

ISSN 0131-8039

ИЗВЕСТИЯ
ВЫСШИХ
УЧЕБНЫХ
ЗАВЕДЕНИЙ

Право. ведение

5

2014

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

АНТОНОВ М. В., к. ю. н., доц.
АНТОНОВА Л. И., д. ю. н., проф.
АРАНОВСКИЙ К. В., д. ю. н., проф.
БАХИН С. В., д. ю. н., проф.
БЕЛОВ В. А., д. ю. н., проф.
БЕЛОВ С. А., к. ю. н., доц.
БУРЛАКОВ В. Н., д. ю. н., проф.
ГАДЖИЕВ Г. А., д. ю. н., проф.
ГОРДОВ О. А., д. ю. н., проф.
ГРАФСКИЙ В. Г., д. ю. н., проф.
ЖАРКОВА О. А., к. ю. н., доц.
ИВАНЕНКО В. С., к. ю. н., доц.
ИЛЬИН А. В., к. ю. н., доц.
КНЯЗЕВ С. Д., д. ю. н., проф.
КОЗЛИХИН И. Ю., д. ю. н., проф.
ЛОПАТИН В. А., к. ю. н., доц.
ЛУКОВСКАЯ Д. И., д. ю. н., проф.
ЛУКЬЯНОВ В. В., к. ю. н., доц.
МАЛКО А. В., д. ю. н., проф.
МАКСИМОВ С. И., д. ю. н., проф.
ПОПОНДОПУЛО В. Ф., д. ю. н., проф.
ПРОХОРОВ В. С., д. ю. н., проф.
ПУГИНСКИЙ Б. И., д. ю. н., проф.
РАЗУБАЕВ Н. В., к. ю. н., доц.
РАССКАЗОВА Н. Ю., к. ю. н., доц.
РЕГИЩИ Г. К., доктор права, проф.
САЙМОНС У., доктор права, проф.
СУХАНОВ Е. А., д. ю. н., проф.
ТАРАСОВ Н. Н., д. ю. н., проф.
ХОХЛОВ Е. Б., д. ю. н., проф.
ЧЕСТНОВ И. П., д. ю. н., проф.
ШЕВЕЛЕВА Н. А., д. ю. н., проф.
ЯРКОВ В. В., д. ю. н., проф.

Редакционная коллегия образуется из числа известных ученых, обладающих безупречной научной репутацией и принимающих активное и полезное участие в развитии журнала, в том числе на регулярной основе участвующих в научном редактировании и рецензировании материалов, представлении интересов журнала в научных центрах и на научных конференциях.

Редакционный совет образуется из числа представителей (руководителей) ключевых постсоветских и ведущих мировых юридических научных центров, руководителей региональных учебно-методических советов по юридическому образованию, а также выдающихся ученых и иных представителей юридического сообщества, обеспечивающих эффективное взаимодействие Редакции и соответствующих партнерских организаций, содействующих реализации особо значимых проектов журнала и подписке на него.

Все решения по вопросам реализации редакционной политики принимаются Главным редактором. Любая внутренняя полемика между сотрудниками Редакции, членами Редакционной коллегии и Редакционного совета, Издателем, авторами и рецензентами, всеми иными лицами рассматривается как целесообразная среда, обеспечивающая возможность всем заинтересованным лицам выразить свое мнение и доводы относительно деятельности журнала и позволяющая принять оптимальное решение по вопросам, возникающим в процессе подготовки к выпуску, выпуска, распространения и развития Журнала.

Не допускается включение в состав Редакционной коллегии и Редакционного совета, а также исключение из их состава каких-то ни было лиц исходя из политических, конъюнктурных или иных соображений, не связанных с вовлечением и фактическим регулярным и эффективным участием этих лиц в деятельности по подготовке к выпуску и развитию журнала.

Приглашаем все заинтересованные российские и зарубежные вузы к плодотворному взаимовыгодному сотрудничеству.
+7 (812) 334 2193
info@lawpress.ru

Редакционная коллегия и Редакционный совет формируются Редакцией и Издателем в соответствии с согласованными с базовыми партнерскими вузами планами содействия организационному развитию журнала «Правоведение», планами деятельности региональных представительств редакции журнала и утвержденными редакционно-тематическими планами, а также с учетом практической деятельности партнеров по их реализации.

Правоведение

ИЗВЕСТИЯ ВЫСШИХ УЧЕБНЫХ ЗАВЕДЕНИЙ

Текущий номер | Архив | Поиск | Авторам | Подписка | Контакты

www.jurisprudence-media.ru Поиск

1. К публикации принимаются произведения (статьи, рецензии, информационно-аналитические материалы), посвященные фундаментальным общетеоретическим проблемам правовой доктрины, нормотворчества и правоприменения, юридического образования и науки, характеризующиеся академическим подходом к научному исследованию и изложению его результатов и ранее не публиковавшиеся на русском языке в других печатных изданиях.

2. Журнал «Правоведение» входит в перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученых степеней кандидата и доктора юридических наук.

3. Редакционно-тематические планы журнала «Правоведение» составляются заблаговременно, в связи с чем Редакция просит уважаемых авторов и научные центры своевременно согласовывать тематику материалов (разделов) и сроки их сдачи для опубликования в определенном номере.

доктор наук, профессор юридического факультета Университета им. Христиана-Альберта (Киль)

доктор наук, профессор РАНХиГС, член правления Германо-российского Форума «Петербургский диалог»

доктор наук, почетный президент Всемирной ассоциации философии права и социальной философии, почетный профессор юридического факультета Университета Буэнос-Айреса

доктор наук, директор Европейской академии теории права, профессор юридического факультета Гентского университета

доктор наук, член Венгерской академии наук, почетный профессор юридического факультета Будапештского университета им. Пазмани

д. ю. н., профессор, заместитель директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ

доктор наук, главный редактор журнала «Rechtstheorie», почетный профессор юридического факультета Вестфальского университета им. Вильгельма (Мюнстер)

д. ю. н., профессор, ректор Санкт-Петербургского государственного университета, член президиума Совета по науке, технологиям и образованию при Президенте РФ, председатель Общественного совета при Министерстве юстиции РФ, председатель Ассоциации ведущих университетов России

д. ю. н., профессор, академик РАН, директор Института государства и права Российской академии наук

доктор наук, профессор юридического факультета университета Лаваль (Квебек)

доктор наук, вице-президент Всемирной ассоциации философии права и социальной философии, член Французского университетского института, профессор юридического факультета Университета Париж-Уэст

д. ю. н., профессор, член-корреспондент РАН, заведующий кафедрой гражданского процесса юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета

доктор наук, почетный президент Всемирной ассоциации философии права и социальной философии, президент Итальянского общества философии права, почетный профессор юридического факультета Болонского университета

Полсон С. (США) – доктор наук, профессор Школы права и кафедры философии университета им. Вашингтона (Сент-Луис)

д. ю. н., профессор, заслуженный деятель науки РФ, член-корреспондент Международной академии сравнительного права, главный научный сотрудник Центра публично-правовых исследований Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации

доктор наук, член Французского университетского института, почетный профессор юридического факультета Университета Париж-Уэст

доктор наук, почетный профессор юридического факультета Оксфордского университета (Оксфорд, Великобритания)

д. ю. н., профессор, член-корреспондент РАН, заслуженный юрист РСФСР, советник Президента РФ по правовым вопросам, председатель Совета Исследовательского Центра Частного права при Президенте РФ, председатель Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства

Деятельность Редакционной коллегии и Редакционного совета призвана обеспечить эффективность научной межвузовской кооперации, в том числе в отношении упрочения системы и принципов цивилизованного рецензирования научных произведений, которое бы не сводилось к комплиментарному началу и не ограничивалось формальной рекомендацией произведения к печати, а служило общим интересам автора, журнала и научного сообщества в создании и издании произведений, отвечающих самым высоким требованиям научной новизны и редакционной подготовки.

4. С авторами, чьи материалы приняты к публикации, заключается авторский договор, при этом представление рукописи для опубликования в журнале «Правоведение» является конклюдентным действием, направленным на передачу издателю исключительного права на использование произведения (в традиционной и электронной версиях отдельных номеров журнала; в специальных тематических разделах и дайджест-выпусках, публикуемых в российских и зарубежных периодических изданиях, справочно-правовых системах и базах данных в целях распространения информации о журнале и его авторах, повышения уровня цитируемости) на весь период выхода в свет журнала «Правоведение» на территории всех стран.

5. Запрещается воспроизведение статей (полностью либо в части) без предварительного письменного согласия Издателя, за исключением случаев, оправданных целями цитирования. При цитировании указания источника публикации — «Известия вузов. Правоведение. 20___. №___. СПб.: Университетский издательский консорциум, 20___. С. ___» — обязательно.

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

АЛЕКСИ Р.
БЕРГМАН В.
БУЛЫГИН Е. В.
ВАН ХУК М.
ВАРГА Ч.
КАПУСТИН А. А.
КРАВИЦ В.
КРОПАЧЕВ Н. М.
ЛИСИЦЫН-СВЕТЛАНОВ А. Г.
МЕЛКЕВИК Б.
МИЙЯР Э.
МУСИН В. А.
ПАТТАРО Э.
ПОЛСОН С.
ТИХОМИРОВ Ю. А.
ТРОПЕР М.
ФИННИС ДЖ.
ЯКОВЛЕВ В. Ф.

Е-ЖУРНАЛ

25.09.2015 года будет представлен новый интерактивный сайт журнала «Правоведение» (www.jurisprudence-media.ru), содержащий полную версию издания, включая новые номера и весь архив Журнала с 1957 года, а также предоставляющий достоверную справочную информацию для авторов, партнеров, читателей и подписчиков. Специальный сервис сайта — личный кабинет, предоставляющий уникальные возможности делать пометки в электронной версии Журнала, писать заметки и готовить к публикации научные статьи, представлять материалы для публикации в Редакцию и отслеживать редакционно-издательскую работу над материалами.

ИЗВЕСТИЯ ВЫСШИХ УЧЕБНЫХ ЗАВЕДЕНИЙ

ПРАВОВЕДЕНИЕ

2014

НАУЧНО-ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ
ОСНОВАН В ОКТЯБРЕ 1957 г.

5 (316)

ПЕЧАТНЫЙ ОРГАН УМО ПО ЮРИДИЧЕСКОМУ ОБРАЗОВАНИЮ ВУЗОВ РФ



УНИВЕРСИТЕТСКИЙ
ИЗДАТЕЛЬСКИЙ КОНСОРЦИУМ

СОДЕРЖАНИЕ НОМЕРА

ПРЕДИСЛОВИЕ	
ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА	
ПОЛЯКОВ А. В. РОССИЯ	6
КОНЦЕПЦИЯ ПРАВА	
ПРАВО, КОММУНИКАЦИЯ И ПОСТКЛАССИЧЕСКАЯ НАУКА	
ФИТТИПАЛЬДИ Э. ИТАЛИЯ	ПСИХОСОЦИОЛОГИЯ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА: ДВЕ ПЕТРАЖИЦКИАНСКИЕ ПЕРСПЕКТИВЫ 8
ЧЕСТНОВ И. Л. РОССИЯ	ПРАВОВАЯ КОММУНИКАЦИЯ В КОНТЕКСТЕ ПОСТКЛАССИЧЕСКОЙ ЭПИСТЕМОЛОГИИ 31
СЫРЫХ В. М. РОССИЯ	ПРОЩАЙ, КЛАССИКА, ВПЕРЕД К МАТЕРИАЛИСТИЧЕСКОЙ ТЕОРИИ ПРАВА! 42
СТОВБА А. В. УКРАИНА	НУЖДАЕТСЯ ЛИ ТЕОРИЯ ПРАВА В ИДЕЯХ М. ХАЙДЕГГЕРА? (ОТВЕТ НА ПОЛЕМИЧЕСКИЕ ЗАМЕЧАНИЯ ПРОФ. А. В. ПОЛЯКОВА) 56
ПЕРМЯКОВ Ю. Е. РОССИЯ	ПРАВОВЫЕ СТРАТЕГИИ КАК КОММУНИКАТИВНЫЕ МОДЕЛИ: ПРОБЛЕМА ОПИСАНИЯ 73
НЕВВАЖАЙ И. Д. РОССИЯ	ЧТО ТАКОЕ ТЕОРИЯ ПРАВА С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ ФИЛОСОФА, РАЗМЫШЛЯЮЩЕГО О ГУМАНИТАРНОМ ЗНАНИИ В КОНТЕКСТЕ КОММУНИКАТИВНОЙ РАЦИОНАЛЬНОСТИ? 81
ТРОФИМОВ В. В. РОССИЯ	СОЦИАЛЬНО-ИНТЕРАКТИВНЫЕ ЗАКОНОМЕРНОСТИ ПРАВА: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И МЕТОДОЛОГИИ 94
МОСИН Е. Ф., САПУН В. А. РОССИЯ	ПРАВООПОНИМАНИЕ И ИНСТРУМЕНТАЛЬНАЯ ЦЕННОСТЬ ПРАВА (В КОНТЕКСТЕ НАУЧНОЙ КОНЦЕПЦИИ А. В. ПОЛЯКОВА) 114
ПАВЛОВ В. И. БЕЛАРУСЬ	ИДЕЯ ПРАВОВОЙ КОММУНИКАЦИИ И СОВРЕМЕННАЯ АНТРОПОЛОГИЯ ПРАВА 127
РАЗУВАЕВ Н. В. РОССИЯ	СОВРЕМЕННАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА В ПОИСКАХ ПОСТКЛАССИЧЕСКОЙ ПАРАДИГМЫ ПОЗНАНИЯ 136
АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ	
ЧАСТНОГО ПРАВА	
ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО	
БАХТИНА А. И., ПОДШИВАЛОВ Т. П. РОССИЯ	КРИТЕРИИ ДОПУСТИМОСТИ ПОТЕСТАТИВНЫХ УСЛОВИЙ СДЕЛКИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ 154
	ИНДИЙСКИЙ ЗАКОН О ДОГОВОРАХ 1872 Г. (ОБЩИЕ СВЕДЕНИЯ, ОБЩИЙ КОММЕНТАРИЙ, ОРИГИНАЛЬНЫЙ ТЕКСТ И РУССКИЙ ПЕРЕВОД) 170
АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ	
ПУБЛИЧНОГО ПРАВА	
КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО	
БЕЛОВ С. А. РОССИЯ	СПОСОБЕН ЛИ РАЦИОНАЛЬНЫЙ ДИСКУРС ОБОСНОВАТЬ ЦЕННОСТНЫЙ ВЫБОР В ПРАВЕ? 224

СОДЕРЖАНИЕ
НОМЕРА

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

МОРОЗ Н. О.
БЕЛАРУСЬ

УНИВЕРСАЛЬНОЕ ДОГОВОРНО-ПРАВОВОЕ
РЕГУЛИРОВАНИЕ СОТРУДНИЧЕСТВА В БОРЬБЕ
С ПРЕСТУПНОСТЬЮ В СФЕРЕ ВЫСОКИХ
ТЕХНОЛОГИЙ

237

ИСТОРИЯ ПРАВОВОЙ МЫСЛИ
ПЕТЕРБУРГСКАЯ ШКОЛА
ФИЛОСОФИИ ПРАВА

ТИМОШИНА Е. В.
РОССИЯ

ПСИХОЛОГИЧЕСКИЙ РЕАЛИЗМ: М. Я. ЛАЗЕРСОН

245

ACADEMIA

BIBLIOGRAPHIA

ТРОФИМОВ В. В.
РОССИЯ

РЕЦЕНЗИЯ НА МОНОГРАФИЮ: ШУНДИКОВ
К. В. СИНЕРГЕТИЧЕСКИЙ ПОДХОД В
ПРАВОВЕДЕНИИ. ПРОБЛЕМЫ МЕТОДОЛОГИИ
И ОПЫТ ТЕОРЕТИЧЕСКОГО ПРИМЕНЕНИЯ. М.:
ЮРЛИТИНФОРМ, 2013. 256 С.

265

CONTENTS

FOREWORD	
FROM THE EDITOR-IN-CHIEF POLYAKOV A. V. RUSSIA	6
CONCEPT OF LAW	
LAW AND COMMUNICATION AND POSTCLASSICAL SCIENCE	
FITTIPALDI E. ITALY	PSYCHO-SOCIOLOGY OF FUNDAMENTAL RIGHTS: TWO PETRAŽYCKIAN PERSPECTIVES 8
CHESTNOV I. L. RUSSIA	LEGAL COMMUNICATION IN THE CONTEXT OF POST-CLASSICAL EPISTEMOLOGY 31
SYRYKH V. M. RUSSIA	FAREWELL, THE CLASSICS, AHEAD TO THE MATERIALISTIC THEORY OF LAW! 42
STOVBA A. V. UKRAINE	DOES THE THEORY OF LAW NEED M. HEIDEGGER'S IDEAS? (RESPONSE TO POLEMIC COMMENTS OF PROFESSOR A. V. POLYAKOV) 56
PERMYAKOV YU. E. RUSSIA	LEGAL STRATEGIES AS MODELS OF COMMUNICATION: THE PROBLEM OF DESCRIPTION 73
NEVVAZHAY I. D. RUSSIA	WHAT IS A THEORY OF LAW IN THE OPINION OF A PHILOSOPHER REFLECTING ABOUT HUMANITARIAN KNOWLEDGE IN THE CONTEXT OF THE COMMUNICATIVE RATIONALITY? 81
TROFIMOV V. V. RUSSIA	SOCIAL AND INTERACTIVE REGULARITIES OF LAW: PROBLEMS OF THEORY AND METHODOLOGY 94
MOSIN E. F., SAPUN V. A. RUSSIA	LAW UNDERSTANDING AND INSTRUMENTAL VALUE OF LAW (IN THE CONTEXT OF A. V. POLYAKOV'S THEORY) 114
PAVLOV V. I. BELARUS	THE IDEA OF LEGAL COMMUNICATION AND THE MODERN ANTHROPOLOGY OF LAW 127
RAZUVAEV N. V. RUSSIA	THE MODERN THEORY OF LAW IN SEARCH OF POST-CLASSICAL PARADIGM OF KNOWLEDGE 136
CURRENT PROBLEMS OF PRIVATE LAW	
CIVIL LAW	
BAKHTINA A. I., PODSHIVALOV T. P. RUSSIA	ADMISSIBILITY CRITERIA OF POTESTATIVE CONDITIONS OF A TRANSACTION IN CIVIL LAW 154
	INDIAN CONTRACT ACT 1872 (GENERAL INFORMATION, GENERAL COMMENTS, ORIGINAL TEXT AND RUSSIAN TRANSLATION) 170
CURRENT PROBLEMS OF PUBLIC LAW	
CONSTITUTIONAL LAW	
BELOV S. A. RUSSIA	CAN RATIONAL DISCOURSE JUSTIFY VALUES CHOICE IN LAW? 224

CONTENTS

INTERNATIONAL LAW

MOROZ N. O.
BELARUS

UNIVERSAL CONTRACTUAL AND LEGAL
REGULATION OF COOPERATION IN THE FIGHT
AGAINST HIGH-TECH CRIME

237

HISTORY OF THE LEGAL THOUGHT

PETERSBURG SCHOOL
OF LEGAL PHILOSOPHY

TIMOSHINA E. V.
RUSSIA

PSYCHOLOGICAL REALISM: M. LASERSON

245

ACADEMIA

BIBLIOGRAPHIA

TROFIMOV V. V.
RUSSIA

REVIEW. SHUNDIKOV K. V. SYNERGETIC
APPROACH IN JURISPRUDENCE. PROBLEMS OF
METHODOLOGY AND THE EXPERIENCE
OF THEORETICAL APPLICATION: A MONOGRAPH.
M.: YURLITINFORM, 2013. 256 P.

265



Как известно, научные конференции являются одним из важнейших средств катализации и капитализации научного знания. Возможность объединить ведущих ученых в решении определенной проблемы путем обсуждения спорных вопросов в немалой степени способствует и легитимации научных идей. Наш журнал регулярно освещает на своих страницах наиболее интересные научные конференции, которые проходили как в нашей стране, так и за рубежом. В последнее время нами апробирована и такая форма знакомства читателей с идеями, озвученными на конференциях, как их стенограмма, позволяющая не только узнать содержание докладов выступающих, но и ознакомиться с комментариями

участников, с дискуссиями по поводу выступлений.¹

Но журнал «Правоведение» не только освещает проводимые в научном мире конференции, но и сам участвует в их организации, в первую очередь опираясь на свои партнерские отношения с Санкт-Петербургским государственным университетом. Это дает возможность эффективно решать научно-исследовательские задачи, в том числе и за счет предварительного обсуждения на страницах журнала тех проблем, которые становятся центральными в рамках готовящейся конференции, что предполагает и предварительную научную экспертизу представляемых материалов.

Настоящий номер как раз и организован подобным образом. Одна из его центральных рубрик называется «Право, коммуникация и постклассическая наука» (раздел «Концепция права»). Название рубрики тесно связано с планируемой на 11–12 декабря этого года в Санкт-Петербургском государственном университете международной научно-практической конференцией «Право и коммуникация» (анонс конференции размещен в № 1 журнала «Правоведение» за 2014 г.). В рубрике помещена часть материалов, которые представлены по тематике конференции, прошли рецензирование и конкурсный отбор и рассматриваются в качестве основы для обсуждения и дискуссий на пленарных заседаниях. Другую часть материалов заинтересованный читатель мог найти в предыдущих номерах журнала за этот год, а заключительная часть будет опубликована в № 6. Этим научное сопровождение конференции не ограничивается: планируется издание двух тематических научных монографий, а результаты конференции будут подытожены в коллективной монографии.

На этот раз в номере представлены статьи: Э. Фиттипальди (Италия) «Психосоциология прав человека: две петражицкианские перспективы»; И. Л. Честнова «Правовая коммуникация в контексте постклассической

¹ См., напр.: *Международная конференция «Научное наследие академика А. В. Венедиктова и современность»* // Правоведение. 2012. № 5–6; *Стенограмма круглого стола «Прямое действие Конституции: 20 лет российского опыта»* // Правоведение. 2013. № 6.

эпистемологии»; В. М. Сырых «Прощай, классика, вперед к материалистической теории права!»; А. В. Стовбы «Нуждается ли теория права в идеях М. Хайдеггера? (Ответ на полемические замечания проф. А. В. Полякова)»; Ю. Е. Пермякова «Правовые стратегии как коммуникативные модели: проблема описания»; И. Д. Невважая «Что такое теория права с точки зрения философа, размышляющего о гуманитарном знании в контексте коммуникативной рациональности?»; В. В. Трофимова «Социально-интерактивные закономерности права: проблемы теории и методологии»; В. И. Павлова «Идея правовой коммуникации и современная антропология права»; Н. В. Разуваева «Современная теория права в поисках постклассической парадигмы познания».

Поскольку тематика конференции включает вопросы, не только относящиеся к теории и философии права, но и затрагивающие отраслевую и межотраслевую проблематику, появилась возможность и в других рубриках журнала поместить статьи, отражающие тематику конференции. Так, в разделе «Актуальные вопросы публичного права» мы публикуем статью петербургского ученого С. А. Белова «Способен ли рациональный дискурс обосновать ценностный выбор в праве?».

Конечно, в журнале присутствуют и публикации иной направленности. Например, читатели смогут ознакомиться с информативной статьей Н. О. Мороз «Универсальное договорно-правовое сотрудничество в борьбе с преступностью в сфере высоких технологий», а те, кто интересуется проблемами частного права, найдут пищу для размышлений в материале Т. П. Подшивалова и А. И. Бахтиной «Критерии допустимости потестативных условий сделки в гражданском праве». Многие читатели ждут продолжения публикации перевода индийского закона о договорах 1872 г., подготовленного и прокомментированного известным специалистом В. А. Беловым. Научное наследие видного представителя Петербургской школы философии права М. Я. Лазерсона раскрывается и анализируется в материале Е. В. Тимошиной (рубрика «История правовой мысли»).

Публикуемые по теме «Право и коммуникация» материалы рассчитаны на продолжение дискуссии, и мы надеемся на это продолжение. Обсуждение данных вопросов приобретает особое значение в преддверии XXVII Всемирного конгресса по философии права и социальной философии (IVR), который пройдет с 27 июля по 1 августа 2015 г. в Вашингтоне (США) под девизом «Право, рациональность и эмоции».² Именно эта проблематика является центральной для современного научного дискурса, в том числе на страницах нашего журнала.

² <http://ivronline.org>; <http://ivr2015.org>.

ПСИХОСОЦИОЛОГИЯ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА: ДВЕ ПЕТРАЖИЦКИАНСКИЕ ПЕРСПЕКТИВЫ*

Э. ФИТТИПАЛЬДИ**



Фиттипальди Эдоардо,
доктор социологии права,
штатный исследователь,
профессор права Государственного
университета Милана

В данной статье автор пытается поместить психо-социальное явление прав человека (или основных прав) в строгие рамки петражицкианства. Поскольку наивное понятие прав человека является практическим и некогерентным, автор предлагает два возможных не-исчерпывающих условных определения, которые направлены на выделение множеств явлений, некоторым образом пересекающихся с множеством явлений, обозначаемых термином «права человека» в разных языках. Оба определения вдохновлены основными положениями петражицкианства, но второе основано также на идеях итальянского исследователя Дж. Паломбеллы и на некоторых идеях, развитых А. Дж. Конте и его школой. Согласно первому определению права человека как гуманные права представляют собой императивно-атрибутивные убеждения (и соответствующие им «проекции»), вызванные появлением и распространением аффилиативных эмоций в обществе. В рамках второго определения права человека понимают-

ся как содержательные убеждения Субъекта, касающиеся условий обязательности нормативного факта (права человека как подкласс ананкастических нормативно-фактических убеждений). В связи с этим обсуждается значение концепции интуитивного права Л. Петражицкого. Это второе определение расширяется, чтобы включить также содержательные убеждения относительно условий, при которых конституционный суд или иной подобный орган переживается как уполномоченный на издание нормоуничтожительного нормативного факта, направленного на устранение правовых убеждений, вызванных другим нормативным фактом (права человека как подкласс содержательных парананкастических нормативно-фактических убеждений).

* Перевод с английского языка А. А. Краевского (a.krajewski@yandex.ru); под ред. Е. В. Тимошиной (timochina@yandex.ru).

Я выражаю особую благодарность *Елене Тимошиной* за ее предложения и критические замечания, которые помогли мне существенно усовершенствовать этот текст.

** Edoardo Fittipaldi — doctor (dottore di ricerca) of legal sociology, tenured researcher, professor of law (ricercatore confermato/professore aggregato) at the State University of Milan (Università Statale di Milano).

E-mail: edoardo.fittipaldi@gmail.com

© Edoardo Fittipaldi, 2014

© Краевский А. А., перевод на русский язык, 2014

© Тимошина Е. В., редакция перевода, 2014

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: права человека, Лев Петражицкий, аффилиативные эмоции, ананкастические конститутивные убеждения, Джанлуиджи Паломбелла, Амедео Дж. Конте, интуитивное право.

FITTIPALDI E. PSYCHO-SOCIOLOGY OF FUNDAMENTAL RIGHTS: TWO PETRAŽYCKIAN PERSPECTIVES

In this article the author tries to put the psycho-social phenomenon of human rights (or fundamental rights) into a strict Petrażyckian framework. Since the naïve concept of human rights is an incoherent and practical one, the author proposes two possible non-exhaustive stipulative definitions aimed at selecting sets of phenomena somewhat intersecting with the set of phenomena designated by the term “human rights” in different languages. Both definitions are inspired by the main tenets of Petrażyckianism, but the second one is also based on the ideas of the Italian scholar G. Palombella, as well as on certain ideas developed by A. G. Conte and his school. The first definition re-defines human rights as humane rights, namely imperative-attributive convictions (and relevant “projections”) caused by the emergence or spreading of affiliative emotions in a certain society. The second definition re-defines human rights as substantive convictions of the Subject concerning the conditions of a bindingness of a normative fact (human rights as a subclass of substantive anankastic normative-factual convictions). In this connection the role of intuitive law is discussed. This second definition is widened in order to cover also substantive convictions concerning the conditions at which a certain Constitutional Court or the similar authorities is experienced as authorized to enact a norm-annihilating normative fact directed at the removal of legal convictions brought about by another normative fact (human rights as a subclass of substantive paraanankastic normative-factual convictions).

KEYWORDS: human rights, Leon Petrażycki, affiliative emotions, anankastic-constitutive convictions, Gianluigi Palombella, Amedeo G. Conte, intuitive law.

1. Введение. Профессор А. В. Поляков посвятил несколько важных работ демонстрации того, что теория права Льва Петражицкого предвосхищает некоторые аспекты современной интегральной, или коммуникативной, теории права. Относительно причин, по которым коммуникативному подходу необходимо отдать предпочтение по сравнению с иными подходами, А. В. Поляков пишет следующее:

«Во-первых, теория права при таком ее понимании позволяет объяснить наибольшее количество явлений, охватываемых словом “право”. [...] Она оперирует единым понятием права,¹ непротиворечиво включающим родовые и видовые признаки. [...]

Во-вторых, право рассматривается в этом случае как сфера человеческого взаимодействия и взаимопонимания, согласия и компромисса, свободы и ответственности, равенства и справедливости, что позволяет и совершенствовать его в этом духе. [...]

¹ Вот определение, которое А. В. Поляков дает в сноске: «Право есть общезначимый и общеобязательный институциональный порядок отношений, субъекты которого нормативно взаимодействуют на основе социально-легитимированных правовых текстов, реализуя принадлежащие им права и обязанности» (Поляков А. В. Что есть право? // Правоведение. 2012. № 6. С. 209).

В-третьих, право в рамках такого подхода рассматривается как феномен, имеющий не государственную, а институциональную и интересубъективную природу. Такой взгляд на право позволяет, в частности, объяснить и понять отношения, связанные с взаимодействием негосударственных акторов на международной арене, и объяснить существование правового плюрализма.

В-четвертых, такой подход дает возможность лучше понять природу прав человека, объясняя ее не с позитивистско-этикатической и естественно-правовой точек зрения, а, скорее, с позиции, «примиряющей» позитивизм и юснатурализм. Такую позицию можно назвать интегральной, или коммуникативной».²

С точки зрения сторонника петражицкианства, подобного мне, некоторые из оснований для предпочтения интегрального, или коммуникативного, подхода к праву перед иными подходами могут быть использованы и в поддержку строгого петражицкианства.

Что касается первого пункта, то мы помним, что профессор Поляков включает в свое *комплексное* определение понятия права также идею Петражицкого об императивно-атрибутивном характере права (см. сн. 1). Второй пункт представляется совместимым с концепциями политики права и эволюции права Петражицкого. В отношении третьего пункта едва ли необходимо подчеркивать, что теория права Петражицкого оценивалась некоторыми авторами как наиболее радикальная юридико-плюралистическая теория права, которая когда-либо была выдвинута. Что же касается четвертого пункта, то, напротив, в работах Петражицкого можно встретить лишь несколько намеков на явление прав человека. Таким образом, цель данной статьи состоит именно в том, чтобы показать, как явление прав человека может быть рассмотрено в петражицкианской перспективе. В особенности моей целью является показать, что строгая петражицкианская перспектива также способна, используя выражение профессора Полякова, «примирить позитивизм и юснатурализм».

Но, несмотря на важные черты сходства между интегральной³ концепцией права и петражицкианством (как я его понимаю), существуют и определенные различия, которые необходимо подчеркнуть.

Первое. Как мы знаем, Петражицкий не говорит нам, что есть право. Он просто предлагает *условное* определение термина «право». Петражицкий отмечал, что его условное определение имеет «приблизительное совпадение» с обычным словоупотреблением, но он не предлагает детальной теории для объяснения того, как явление, условно называемое «право», приводит к появлению соответствующего слова в различных языках.⁴

Конечно, можно доказывать, что из теории Петражицкого мы можем извлечь много условных определений для выбора подмножеств или множеств, пересекающихся с теми некогерентными множествами объектов, которые «выбраны» наивным словоупотреблением и которые таким образом обозначены словом «право»: право как *императивно-атрибутивные* (т. е. правовые) *переживания*, право как *позитивные* правовые

² Поляков А. В. Что есть право? С. 209.

³ О возможной связи между понятием коммуникации и понятием унификации Петражицкого см., напр.: Polyakov A. V., Antonov M. Leon Petrażycki's Legal Theory and Contemporary Problems of Law // Standing Tall. Hommages à Csaba Varga. Budapest, 2012. P. 371–381 (сн. 31).

⁴ Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 1909. С. 139.

переживания, как *официальные* правовые переживания, как *официальные и позитивные* правовые переживания, как *проекции*, возникающие из правовых переживаний, как *правовая догматика*, как *нормативные факты*, как *принудительно осуществляемые* императивно-атрибутивные убеждения и т. д. Все эти понятия, взятые вместе, будут охватывать, используя выражение профессора Полякова, «наибольшее количество явлений, охватываемых словом “право”». Но даже в этом случае теория Петражицкого не может рассматриваться как *интегральная* теория права, поскольку оперирует не «*единым понятием права*», а многими. Вероятно, для отсылки к подходу Петражицкого (и моему) мы могли бы использовать термин «квазиинтегральная теория права». Если этот термин принять, то можно было бы сказать, что в данной статье я стремлюсь предложить некоторые перспективы для квазиинтегральной теории прав человека/основных прав.

Второе. Как строгий петражицкианец, я разделяю психологический субъективизм Петражицкого. А. В. Поляков и М. В. Антонов отмечают, что, «по мнению Анджея Валицкого, Санкт-Петербургская школа была разделена на две группы. Первая развивала идеи Петражицкого об интуитивном праве [...], вторая разрабатывала социологию права [...]. Мы полагаем, что вторая группа смогла взять лучшее из правовых концепций Петражицкого».⁵ Необходимо далее подчеркнуть, что я строго принадлежу к первой группе и в этом также заключается причина, по которой я буду использовать понятие интуитивного права при обсуждении прав человека в петражицкианской перспективе. В некотором смысле *мой вклад может рассматриваться как попытка показать, что права человека могут быть плодотворно помещены в рамки теории Петражицкого даже при сохранении наиболее спорных ее положений*, таких, как солипсизм и все его следствия.

Несмотря на эти различия с современной петербургской интерпретацией идей Петражицкого, важная часть данной статьи была вдохновлена анализом «Антигоны» Софокла, проведенным профессором Поляковым в его статье «Верховенство права, глобализация и проблемы модернизации философии и теории права».⁶ Как уже отмечалось, я полностью присоединяюсь к его утверждению о возможности «примирить позитивизм и юснатурализм», и мне несложно присоединиться к его замечаниям о том, что «реальность прав человека... не зависит напрямую от государства»⁷ или что «и без поддержки государства такие права существуют»,⁸ так же как и к тому, что «не происходит “автоматического” уничтожения прав человека по воле государства».⁹ Поэтому я надеюсь, что моя итальянская версия петражицкианства не будет слишком чуждой для тех, кто развивает его наследие в Санкт-Петербургском университете — этом престижном университете, который видел самые продуктивные годы Льва Петражицкого.

⁵ Polyakov A. V., Antonov M. Leon Petrażycki's Legal Theory and Contemporary Problems of Law. P. 373.

⁶ Поляков А. В. Верховенство права, глобализация и проблемы модернизации философии и теории права // Правоведение. 2013. № 4.

⁷ Там же. С. 24.

⁸ Там же.

⁹ Там же. — В моей петражицкианской перспективе подобное утверждение означает принятие точки зрения определенной догматики права в качестве точки зрения правовой теории. Такие ошибки, используя терминологию профессора Полякова, типичны для классических правовых концепций, которые характеризуется тем фактом, что они «подчеркивают какую-либо одну сторону права», игнорируя остальные (Поляков А. В. Что есть право? С. 200).

Перед тем как попытаться поместить вопрос о правах человека в петражицкианскую перспективу, необходимо сделать несколько замечаний относительно совпадений и различий между правовой концепцией Петражицкого и моей версией петражицкианства.

Во-первых, я придерживаюсь основных положений правовой концепции Петражицкого, выделяемых К. Мотыкой: «...психологизм, антиэтатизм и коррелятивизм, тезис о мотивирующей и воспитательной функциях права наряду с концепцией политики права, а также в числе его методологических утверждений — идея адекватности».¹⁰

Во-вторых, я думаю, что концепция права Петражицкого должна быть скорректирована в свете результатов современных эмпирических исследований (например, психологии, социологии, лингвистики и этологии), так же как и в свете современной эпистемологии, в особенности критического рационализма, разработанного К. Поппером и Г. Альбертом, — единственного, на мой взгляд, направления, совместимого с петражицкианством.¹¹

В-третьих, я полагаю, что теория Петражицкого должна быть скорректирована:

1) в свете серьезной критики со стороны таких последователей его теории, как Е. Ланде, В. Рудзинский, Я. Курщевский и др. (среди прочего я принимаю идею Курщевского о чисто атрибутивных явлениях, для которых я также использую термины *агонистические явления* и *агонизм*¹²), так же как и

2) в свете идей немногих не-петражицкианских теоретиков права, чьи идеи, на мой взгляд, могут быть использованы в строгих петражицкианских рамках; эти теоретики права делятся на две подкатегории:

2.1) сторонники других психологических теорий права: главным образом, Э. Паттаро, К. Оливекрона и А. Хэгерстрем;

2.2) сторонники юридико-догматических концепций — такие, как Г. Кельзен и А. Дж. Конте; данные концепции могут быть использованы для развития петражицкианской правовой догматики или адаптированы к петражицкианской правовой теории.

Для того чтобы прояснить различие между теорией права и юридической догматикой, напомним, что Петражицкий выделял шесть видов правовых наук: (1) теорию права, (2) описательное правоведение, (3) историю права, (4) правовые прогнозы, (5) политику права и (6) юридическую догматику.¹³ Только (1), (2), (3) и (4) были названы им теоретическими науками: (1) — в строгом смысле и (2), (3) и (4) — в широком смысле. Это не означает отрицания того, что утверждения политики права и юридической догматики являются эмпирическими некоторым непрямым образом.¹⁴ Тем не менее только теоретические, описательные, исторические и предсказательные

¹⁰ Motyka K. Wpływ Leona Petrażyckiego na polską teorię i socjologię prawa. Lublin, 1993. P. 198.

¹¹ См.: Fittipaldi E. Continental Realism // Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil-Law World / eds. E. Pattaro, C. Roversi. Dordrecht: Springer (готовится к выходу в свет в 2015 г.).

¹² Это понятие было введено Я. Курщевским в 1976 г. (подробнее об этом см.: Fittipaldi E. 1) Explaining Naïve Legal Ontology. Milan, 2012; 2) Per una definizione interdisciplinare di norma // Sociologia del diritto. 2013. № 2 (40)).

¹³ Ср.: Petrażycki L. Nowe podstawy logiki i klasyfikacja umiejętności / z rękopisu wyd. J. Finkelkraut [J. Licki]. Warszawa, 1939. P. 110.

¹⁴ Ср.: Lande J. O ocenach. Uwagi dyskusyjne // Lande J. Studia z filozofii prawa / oprac. K. Opałek. Warszawa, 1959. S. 828; Фиттипальди Э. Наука на службе у принципа законности: критическая защита концепции юридической догматики Льва Петражицкого / пер. с англ. Е. В. Тимошиной, А. А. Краевского, Д. Е. Тонкова // Правоведение. 2013.

правовые суждения¹⁵ являются *wahrheitsfähig* (способными к истинности или ложности) в строгом смысле, и только науки, которые состоят из этого вида суждений, являются теоретическими согласно Петражицкому.¹⁶

Здесь я рассмотрю вопрос о том, как многогранное социоправовое явление основных прав может быть помещено в рамки *теоретических* правовых наук Петражицкого. Я сделаю лишь несколько намеков на вопросы политики права. Более того, я *надеюсь, что смогу скрыть свои собственные нормативные взгляды на эти вопросы. Мой подход стремится быть ценностно-свободным.*

Чтобы избежать недопонимания, воздержусь от использования терминов *теория права* и *теоретико-правовой* в том смысле, в каком их использовал Петражицкий.¹⁷ Для отсылки к тому, что Петражицкий понимал под этими терминами, я буду использовать термин *психосоциология права*.

В данной статье я буду применять к «правам человека»/«основным правам» (используя их как взаимозаменяемые) квазиинтегральный метод определения термина «право», который, по моему мнению, может быть извлечен из использования Петражицким условных определений. В частности, я предложу два условных определения «прав человека», вдохновленных работами Петражицкого и, таким образом, попытаюсь поместить по крайней мере некоторые аспекты этого сложного явления в петражицкианство. В п. 2 я условно переопределяю права человека как гуманные права, в то время как в п. 3 я переопределяю их как своего рода содержательные ананкастические и парананкастические нормативно-фактические убеждения.

2. Основные права и аффилиативные установки. Понятие *прав человека* или *основных прав* является социальным понятием. *Социальное понятие* — в противоположность *социологическому понятию* — это понятие, которое социолог *находит* в обществе. Напротив, социологическое понятие представляет собой понятие, которое социолог *вводит* для исследования общества.

Социальные понятия, по Петражицкому, — это практические понятия. Таким образом, мы едва ли можем ожидать, что они как таковые подходят для создания адекватных теорий.

Процитирую фрагмент, в котором Петражицкий обсуждает понятие *овоща/зелени*.

«Профессиональное словоупотребление естественно при-
норовляется к тем специальным практическим потребностям
и целям, которые свойственны данной специальной сфере прак-
тической жизни. С точки зрения таких потребностей и целей могут
иметь *одинаковое* практическое значение, одинаковую ценность
и т. п. и требовать к себе *одинакового* практического отношения

№ 5; Fittipaldi E. Jerzy Lande // Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil-Law World / eds. E. Pattaro, C. Rovorsi. Dordrecht: Springer (готовится к выходу в свет в 2015 г.).

¹⁵ Разумеется, Петражицкий использовал бы здесь свое понятие позиции. О понятии позиции у Л. И. Петражицкого см.: Тимошина Е. В. Как возможна теория права? Эпистемологические основания теории права в интерпретации Л. И. Петражицкого. М., 2012. С. 56–65.

¹⁶ Подробнее о делении наук на теоретические и практические в концепции Петражицкого см., напр.: Тимошина Е. В. Л. И. Петражицкий vs. Е. Эрлих: два проекта социологии права // Правоведение. 2013. № 5. С. 84–87.

¹⁷ Ср.: Петражицкий Л. И. Введение в изучение права и нравственности: Основы эмоциональной психологии. СПб., 1908; Petrażycki L. Nowe podstawy logiki i klasyfikacja umiejętności.

(поведения) *разнороднейшие* по своей природе, по своим объективным свойствам объекты; *однородные* объекты могут иметь *различное* значение и требовать к себе различного практического отношения. С этим соотнобразуется соответственное специально-практическое словоупотребление, объединяя разнородное и разделяя однородное, как это удобно и уместно с точки зрения данной специальной потребности и цели, и только с этой точки зрения. Напр., с кулинарной, поварской точки зрения различнейшие растения и притом разные части растений разных родов, видов и т. д. объединяются в одну группу и получают одно имя, напр. «зелени», «овощей» и т. д. — потому что все они ценятся как материал для приготовления пищи или для какой-либо специальной кулинарной надобности (напр. в качестве приправ и проч.); а обезличенные однородные с ними по своей природе растения исключаются из группы и не пользуются соответственным именем; некоторые потому, что невкусны; другие потому, что их надо было бы очень долго варить или вообще так сложно проготавливать, что питательный или гастрономический результат не оплачивал бы затрат; третьи потому, что они колючи, жестки и т. п.; четвертые потому, что они вызывают расстройство желудка или головные боли и т. п.; пятые потому, что их употреблению мешают какие-либо особые местные обычаи, предрассудки, незнание их качеств, и проч., и проч.».¹⁸

Я полагаю, что понятие *основного права* или *права человека* сталкивает социолога права с проблемами, сходными с проблемами социального понятия *овощей* или *зелени* для ботаника. Должны ли права животных считаться правами человека? Должна ли в качестве такового считаться месть за убийство своего ребенка? Может ли *jus necessitatis* — типичное для континентальных уголовных кодексов — рассматриваться как право человека? Является ли предметом права человека отправление физиологических функций? Или, если обратиться к примеру, используемому А. В. Поляковым, существует ли право погребать своих мертвецов?¹⁹

Понятие *основного права/права человека* и соответствующие термины используются по самым разным причинам. Более того, все мы знаем, что каталог основных прав со временем меняется. Некоторые основные права спорны. Соответственно, можно сказать, что концепции основных прав/прав человека, по крайней мере в некоторой степени, «сущностно оспариваемые понятия».²⁰

Это не означает отрицания того, что такое социальное понятие может быть предметом социологического исследования, даже в петражицкианской перспективе.

Прежде всего необходимо подчеркнуть: тот факт, что понятие *основного права* — это социальное понятие, не исключает научной ценности лингвистических исследований того, каким образом такие термины, как *права человека*, *droits de l'homme*, *Menschenrechte* и т. д., используются в настоящее время и использовались в прошлом.²¹

¹⁸ Петражицкий Л. И. Введение в изучение права и нравственности. С. 52.

¹⁹ Поляков А. В. Верховенство права, глобализация и проблемы модернизации философии и теории права. С. 28.

²⁰ Gallie W. B. 1) Essentially Contested Concepts // Proceedings of the Aristotelian Society. 1956. № 56; 2) Art as an Essentially Contested Concept // The Philosophical Quarterly. 1956. № 23 (6).

²¹ Ср.: Петражицкий Л. И. Введение в изучение права и нравственности. С. 50.

Некоторые гипотезы были сделаны относительно тенденций развития основных прав. Под тенденцией развития я понимаю здесь изменение *содержания (intension)* и *объема (extension)* терминов «основные права»/«права человека» в разных языках. В этом контексте называют стремление к равенству, и/или стремление к свободе, и/или стремление к законности, *etc.*

Я не собираюсь утверждать, что эти стремления не играют роли в данном социальном явлении, а всего лишь думаю, что среди этих стремлений мы можем отметить предположение Петражицкого о *существовании в истории человечества тенденции к увеличению аффилиативных эмоций*.²² Это, как полагал Петражицкий, «объясняет», почему, например, наказания по современным законам значительно мягче наказаний по древним законам.

Как мы знаем, финальной стадией развития человечества, согласно Петражицкому, будет *угасание этических эмоций* и их полное замещение аффилиативными, переживаемыми в отношении всех страдающих существ.²³

В качестве промежуточной стадии он называет приписывание прав не только человеческим существам, независимо от их «расы», но и животным.

«В лучшей части современного культурного человечества уже не только “несть эллин, несть иудей”, но все более пробуждается, крепнет и развивается и нравственная, и правовая совесть

²² Ср.: Петражицкий Л. И. К вопросу о социальном идеале и возрождении естественного права // Петражицкий Л. И. Теория и политика права. Избр. тр. / науч. ред. Е. В. Тимошина. СПб., 2010. С. 568. — Петражицкий использует термины *симпатия* и *каритативные эмоции* (см., напр.: Петражицкий Л. И. Введение в изучение права и нравственности. С. 507). В других местах он говорит о любви или солидарности (см., напр.: Петражицкий Л. И. К вопросу о социальном идеале и возрождении естественного права. С. 567, сн. 2). Я предпочитаю использовать термин *аффилиативные эмоции*, чтобы подчеркнуть возможную связь с современными этологическими исследованиями (см. ниже в тексте). Употребление Петражицким слова *любовь* сейчас может прозвучать наивно, но нужно иметь в виду, что Петражицкий различал, по меньшей мере, три возможных значения этого термина: «Любовь — многозначное слово... Это слово в разных случаях означает склонности к весьма различным моторным возбуждениям по адресу определенного объекта или объектов известного класса. Так, в половой области любовь означает склонность к половым возбуждениям по адресу известной особы другого пола. Нечто совсем иное представляет любовь, когда, напр., говорится о любви между братьями, сестрами и т. д. Это склонность к эмоциональным переживаниям, благожелательно-привлекательного характера, с акциями, направленными на причинение приятного, добра, избегание или устранение противоположного (“преданность”) и на пребывание вместе, предупреждение или устранение разлуки (“привязанность”). Опять иное означает “любовь к ближним”, имя для особого эмоционального характера, состоящего в отсутствии или, точнее, слабом развитии склонностей к одиозным, зложелательным моторным возбуждениям по адресу других и в сильном развитии склонностей противоположного, каритативного, благожелательного характера (но без стремления быть вместе, не разлучаться и т. д., как в области половой любви, а равно братской и т. п. любви)» (Петражицкий Л. И. Введение в изучение права и нравственности. С. 258). Я полагаю, что Петражицкий думал о третьем значении, когда говорил о любви как об идеале, к которому должна стремиться политика права. Необходимо подчеркнуть, что согласно учению психоанализа, эти три вида любви, выделенные Петражицким, в определенной степени находятся в отношении взаимного продолжения, даже несмотря на то, что третий вид может также быть связан с репрессией агрессивных побуждений (достаточно вспомнить о *Недовольстве культурой* Фрейда).

²³ Там же. С. 582, 591.

и по адресу прочих, не человеческих живых существ, а в будущем, следует надеяться, известные нравственные и правовые обязанности по отношению к животным сделаются общим этическим достоянием всего человечества».²⁴

Нам сейчас интересна именно эта промежуточная стадия.

Представляется, что тенденция, отмеченная Петражицким, способна «объяснить» возможную корректность предположения о существовании тенденций, подобных следующим:

- 1) все больше и больше людей переживает этические репульсии в отношении пыток и жестоких наказаний;
- 2) все больше и больше людей переживает этические репульсии в отношении мести, даже в случаях, когда лицо, желающее мести, является жертвой (или близким родственником жертвы) ужасного преступления;
- 3) все больше и больше людей переживает этические репульсии в отношении мучения животных.²⁵

Сейчас мышление Петражицкого в терминах тенденций может показаться реликтом стиля мышления XIX в., который резко критиковал К. Поппер.²⁶ Согласно Я. Горецкому, Петражицкий избегал говорить в терминах универсальных законов, предпочитая им «тенденции развития», таким образом «избегая историчистской ошибки [...] разоблаченной Поппером полвека спустя».²⁷

В современных эпистемологических терминах тенденции не являются основанием объяснения. Вот почему до сих пор я всегда использовал термин *объяснять* в кавычках. Объяснения (так же как и предсказания) основаны на номологических гипотезах, но тенденции едва ли можно рассматривать как номологические гипотезы. Номологические гипотезы утверждают, что возникновение определенного *антецедента* (т. е. причины — П) увеличивает вероятность (*p*) определенного *консеквента* (т. е. следствия — С), по сравнению

- 1) как с общей вероятностью *консеквента*,
- 2) так и с вероятностью, которую имел бы *консеквент*, если бы не произошел *антецедент*.

Таким образом, у нас есть две следующие формулы:

$$\begin{aligned} p(C|P) &> p(C) & (1) \\ p(C|P) &> p(C|\neg P) & (2) \end{aligned}$$

Можно показать, что в сущности обе эти формулы эквивалентны. Я остановлюсь на формуле (1).

²⁴ Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 117.

²⁵ Что касается (3), то позвольте мне отметить существование GAP (*Great Ape Project*, «Проект больших человекообразных обезьян») — международной организации, основанной в 1993 г., которая требует принятия Декларации ООН об определенных правах для орангутангов, шимпанзе, горилл и бонобо.

²⁶ Popper K. The Poverty of Historicism. London, 1957; см. также: Albert H. Die Möglichkeiten der Wissenschaft und das Elend der Prophetie // Lesebuch. Ausgewählte Texte / Albert H. Tübingen, 2001. P. 166–183.

²⁷ Gorecki J. Social Engineering Through Law // Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki / ed. by J. Gorecki J. Urbana etc., 1975. P. 118 (см. об этом также: Тимошина Е. В. Теория и политика права профессора Л. И. Петражицкого // Петражицкий Л. И. Теория и политика права. Избр. тр. / науч. ред. Е. В. Тимошина. С. 14–35).

Что является причиной увеличения аффилиативных установок среди людей? Может показаться, что, согласно Петражицкому, эта причина — простое *течение времени*. Если бы это было так, мы могли бы написать:

$$p(A|\Delta t) > p(A) \quad (3)$$

Буква А означает «аффилиативные установки» людей, в то время как Δt — определенный интервал времени. Если бы это было корректной реконструкцией мысли Петражицкого, то вывод мог бы быть следующим: по его мнению, если бы мы могли заставить время идти быстрее, то получили бы большую гуманность — по крайней мере, в долгосрочной перспективе.²⁸

Я думаю, что в современных терминах это не *причинно-следственная связь*, а *корреляция*. Таким образом, увеличение со временем аффилиативных установок среди людей нужно рассматривать как *загадку, требующую объяснения*.

Представляется, что мы можем поискать некоторые ответы на эту загадку также в этологии.²⁹

Нам нужна номологическая гипотеза, устанавливающая, какие обстоятельства, отличные от течения времени, могут увеличить число и вероятность аффилиативных эмоций в определенном обществе. Просто для примера мы могли бы назвать следующие: увеличение благополучия, равенства, признание прав женщин, уменьшение борьбы за ресурсы, половых партнеров и т. д. Я думаю, что едва ли необходимо подчеркивать, насколько совместимы эти предположения с общими идеями Петражицкого о приспособлении права (и этики в целом) к условиям человеческой жизни.

Давайте предположим, что тенденция, о которой говорит Петражицкий, существует (а лично я полагаю, что это так). В этом случае тенденция к расширению качества и количества определенных прав может рассматриваться как выражение тенденции увеличения аффилиативных установок, — выражение, позвольте мне повториться, не являющееся объяснением.

Существование у некоторого Субъекта³⁰ императивно-атрибутивной репутации в отношении причинения боли определенному классу животных, например, большим человекообразным обезьянам, означает, в терминологии Петражицкого, существование в психике Субъекта представления человекоподобных обезьян как имеющих определенные права.

В этом случае мы можем сохранить термин *право человека*, поскольку Субъектом обычно является человеческое существо. Тем не менее, поскольку носитель прав (объект представления Субъекта) — это в приведенном примере животное, представляется по меньшей мере странным утверждать, что животные могут обладать правами человека. В этом заключается причина того, почему для отсылки к социоправовому явлению (в действительности некогерентному), которое является предметом

²⁸ Нужно заметить, что Петражицкий часто подчеркивал нелинейный характер этой тенденции (ср.: Тимошина Е. В. Теория и политика права профессора Л. И. Петражицкого. С. 20).

²⁹ См., напр.: *Aggression and Peacefulness in Humans and Other Primates* / eds. J. Silverberg, J. P. Gray. New York & Oxford, 1992; *De Waal F. B. M. 1) Good Natured. The Origins of Right and Wrong in Humans and Other Animals. Cambridge (MA) & London, 1996; 2) The First Kiss. Foundation of Conflict-Resolution Research in Animals // Natural Conflict Resolution* / eds. F. Aureli, F. B. M. De Waal. Berkeley etc., 2000.

³⁰ Я пишу субъект с заглавной буквы в значении каждого солипсического Я и использую прописную букву в значении объекта предикации в суждении.

данной статьи, возможно, уместнее было бы говорить скорее об основных правах, чем о правах человека.

Возможен и другой терминологический выбор: что касается класса императивно-атрибутивных убеждений, увеличение которых коррелирует с увеличением аффилиативных установок среди людей, то этот класс можно было бы обозначить термином *гуманные правовые убеждения*, а класс соответствующих иллюзий³¹ — термином *гуманные права*.³²

Разумеется, условное переопределение социоправового явления основных прав как *гуманных прав* охватывает только один аспект этого социального явления. Это именно то, что происходит, когда ботаник пытается ввести научное понятие овощей, указывая их специфическую черту.

Понятие, к которому мы приходим через определение основных прав как гуманных прав, лишь пересекается с социальным понятием основного права. С одной стороны, некоторые права, которые многие люди называют *основными правами*, такие, например, как свобода слова, если она включает в себя право отрицать или даже оправдывать холокост, едва ли могут уложиться в рамки *гуманных прав*. С другой стороны, я считаю, что можно выдвинуть проверяемую гипотезу о том, что многие люди отказались бы называть основными правами *гуманные права*, приписываемые животным.

Теперь следует сказать, что, как и социальное понятие овоща составлено из разных элементов, социальное понятие основного права также составлено из разнородных элементов. Один возможный элемент мы обсудили в данном пункте, а именно гипотезу о том, что распространение определенных императивно-атрибутивных переживаний (и последующих иллюзий — прав) вызвано увеличением аффилиативных установок. Эта гипотеза не является несовместимой с другими ранее сделанными предположениями.

3. Основные права и убеждения, касающиеся нормативных фактов. В пункте 2 моей начальной точкой были анализ языкового употребления терминов для практических (или социальных) понятий и гипотеза Петражицкого об эволюции человеческой культуры. Из этой гипотезы я выделил условное определение права человека/основного права. В данном пункте я попытаюсь прямо ввести подкласс (основных) правовых убеждений, подходящих для построения адекватной теории прав человека в смысле концепции Петражицкого.

³¹ Петражицкий использовал бы термин *проекция*. О том, почему теория проекций Петражицкого является «прыгающей», см.: *Fittipaldi E. Explaining Naïve Legal Ontology*.

³² Чтобы избежать недопонимания, необходимо подчеркнуть, что согласно Петражицкому аффилиативные эмоции представляют собой явление, отличное от этических эмоций (см., напр.: *Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности*. С. 507). Поэтому было бы неточно говорить о гуманном праве как о множестве правовых эмоций, *составленных* из аффилиативных эмоций. Я думаю, что анализ Петражицкого корректен. В современных психологических терминах в случае гуманных прав, в особенности, переживаемых третьей стороной, мы имеем дело с аффилиативными эмоциями как *предлогом* для освобождения в иных условиях ограниченной агрессивности. Это то, что можно назвать *возмущением* (в противоположность *гневу* правообладателя) (см. об этом: *Fittipaldi E. 1) Explaining Naïve Legal Ontology; 2) Per una definizione interdisciplinare di norma*). В целом я думаю, что идея Фрейда о том, что этика базируется на агрессивности, вполне совместима с надеждой (и предсказанием) Петражицкого на то, что гуманность в своей конечной стадии не будет иметь этики.

Моей начальной точкой, однако, будут не непосредственно сочинения Петражицкого, а идеи итальянского исследователя Дж. Паломбеллы. Вначале я представляю идеи Паломбеллы, а затем попытаюсь поместить их в рамки строго петражицкианской перспективы. Дж. Паломбелла пишет:

«Я утверждаю “функциональную” концепцию основной природы (основных) прав, предполагая, что обладание этой характеристикой соответствует скорее принятию специфической “функциональной” роли в системе правового государства, чем достижению этического верховенства, универсализма или субстанционального содержания, совпадающего с каким-либо перечнем прав “человека”. Основные права — это прежде всего *правовые нормы*, на которых держится правовая система. Их *моральная* сила, вероятно, происходит из того факта, что они являются субъективными “правами”, поддерживаемыми моральными доктринами, пусть и разными, а также множеством перспектив. Но это не то, что конституирует основной характер в правовой системе: эта квалификация существенно касается иерархии норм. Основные права являются основными, потому что, *и если*, они принадлежат к (функционально) основным критериям признания в правовой системе».³³

Я полагаю, что идея Паломбеллы может быть переведена в термины петражицкианской социопсихологии права следующим образом. Основные права — это иллюзии («проекции»), следующие из определенных подклассов правовых убеждений. Этот подкласс может быть определен функционально, а не содержательно. Основные правовые убеждения являются основными не вследствие некоторого содержания, совпадающего со списком прав человека, но вследствие основной роли, которую они играют в психике определенного Субъекта. Их сила не обязательно выводится Субъектом из некоторого официального или неофициального нормативного факта (даже если применение и поддержка некоторыми должностными лицами некоторого неофициального нормативного факта превращают его в официальный нормативный факт по определению³⁴). Квалификация правовых убеждений в качестве основных касается взаимно относительной силы различных этических убеждений некоторого Субъекта исключительно для этого самого Субъекта. Основные правовые убеждения являются основными, потому что *и если* они относятся к *Grundnorm* некоторого Субъекта (будет ли он должностным лицом или нет).

Паломбелла отказывается определять класс основных прав путем указания содержательного критерия. Он предлагает определять этот класс в зависимости от принадлежности данных прав к *Grundnorm* должностных лиц государства (по крайней мере, высших). Согласно ему, *Grundrechte* — это *Grund-rechte*, потому что они принадлежат к *Grund-norm* некоторого должностного лица или совокупности должностных лиц. В отличие от Паломбеллы я буду учитывать также простых граждан, но не отрицаю особого положения должностных лиц.

³³ *Palombella G. Arguments in Favour of a Functional Theory of Fundamental Rights // International Journal for the Semiotics of Law — Revue Internationale de Sémiotique Juridique. 2001. № 14 (3). P. 303.*

³⁴ Ср.: *Петражицкий Л. И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 221.

В других работах³⁵ я доказывал, что петражицкианство не только совместимо с понятием *Grundnorm* Кельзена, но и нуждается в нем. В петражицкианстве есть место как для *догматико-правового*, так и для *психосоциолого-правового* понятия *Grundnorm*. Здесь сосредоточусь исключительно на психосоциолого-правовом понятии *Grundnorm*.

С социолого-правовой точки зрения мы можем определить понятие *Grundnorm* некоторого должностного лица или гражданина в качестве его конечных этических убеждений. Мы можем разграничить два вида конечных этических убеждений:

- 1) интуитивные этические убеждения;
- 2) интуитивные нормативно-фактические убеждения.

Понятие нормативно-фактических убеждений не было развито Петражицким, но оно требуется для полноты его теории. Я определяю убеждение в качестве «нормативно-фактического», если оно касается таких нормативных фактов, которые Субъект переживает как обязательные для себя.

Нормативно-фактические убеждения могут быть позитивными или интуитивными. Если, как гражданин Италии, я переживаю региональные законы как обязывающие, например, потому что так сказано в Конституции, мое нормативно-фактическое убеждение, касающееся обязательности региональных законов, позитивно. Если я переживаю их как обязывающие независимо от какого-либо другого нормативного факта, то оно интуитивно.

Нормативно-фактические (будут ли они интуитивными или позитивными) убеждения могут быть, по крайней мере, трех видов:

(2.1) аксиотипологические нормативно-фактические убеждения, а именно, убеждения, касающиеся типов (*types*) нормативных фактов, знаки (*tokens*) которых Субъект переживает как обязательные для себя;

(2.2) ананкастические нормативно-фактические убеждения, а именно, возможные дополнительные убеждения Субъекта, касающиеся условий, которым должен соответствовать нормативный факт (уже определенный при помощи аксиотипологических нормативно-фактических убеждений), чтобы переживаться как обязательный;

(2.3) тетические нормативно-фактические убеждения, а именно, возможные дополнительные убеждения Субъекта, касающиеся определенного индивидуализированного в пространстве и времени нормативного факта (еще не определенного при помощи аксиотипологических нормативно-фактических убеждений), которые побуждают Субъекта переживать его как обязательный.

К виду (2.1) может принадлежать диспозиция некоторого Субъекта переживать определенный тип нормативных фактов, например обычай, как обязательный для него самого (*ᾠξία* как обязательность).

К виду (2.2) может принадлежать диспозиция Субъекта переживать в качестве обязательного исключительно обычай, имеющий некоторую степень древности. Здесь степень древности играет роль *необходимого* (отсюда идея *ἀνάγκη*) условия обязательности определенного обычая. Я обязан термином *ананкастический* А. Дж. Конте,³⁶ но можно показать, что это понятие, если не термин, предполагается в сочинениях Петражицкого.

К виду (2.3) можно отнести диспозицию некоторого Субъекта переживать конкретную конституцию как обязывающую. Другой возможный при-

³⁵ См., напр.: *Fittipaldi E.* 1) *Psicologia giuridica e realismo*. Milano, 2012; 2) Jerzy Lande.

³⁶ См., напр.: *Conte A. G. Eidetic-Constitutive Rules* // Pintore A., Jori M. *Law and Language. The Italian Analytical School*. Liverpool, 1997.

мер — случай обязательности Свода законов, обсуждавшийся Петражицким в его *Теории права*.³⁷ Это убеждение означает установление (отсюда идея *τιθήναι*) в качестве обязательного конкретного нормативного факта со стороны Субъекта. Как термином, так и понятием я обязан А. Дж. Конте.

Можно сказать, что ананкастические убеждения ограничивают достижение аксиотипологических убеждений подклассом нормативных фактов, в то время как тетические убеждения распространяют обязательность на специфические, конкретные нормативные факты, не определенные посредством аксиотипологических убеждений.

Если конституционное государство (как представляемое Субъектом) полностью динамично в смысле идей Кельзена, то должностные лица не имеют интуитивных правовых убеждений и имеют только одно интуитивное тетическое нормативно-фактическое убеждение относительно первой конституции.³⁸

Давайте теперь сфокусируемся на *ананкастических* нормативно-фактических убеждениях, поскольку они открывают путь для помещения в рамки петражицкианства догадки Паломбеллы об основных правах.

Можно выделить два вида ананкастических нормативно-фактических убеждений:

2.2.1) формальные ананкастические нормативно-фактические убеждения;

2.2.2) содержательные ананкастические нормативно-фактические убеждения.

Формальные ананкастические нормативно-фактические убеждения касаются определенных *не-семантических* (или *процедурных* в широком смысле) фактов, которые *должны* или *не должны произойти*³⁹ для того, чтобы Субъект переживал определенные нормативные факты как обязательные для себя (например, убеждение некоторых английских должностных лиц в том, что определенный закон должен пройти определенную процедуру, чтобы переживаться как обязательный, или убеждение пастуха в том, что определенный обычай должен иметь определенную степень древности, чтобы переживаться им как обязательный).

Содержательные ананкастические нормативно-фактические убеждения касаются определенных *семантических* характеристик, которыми нормативный факт *должен* или *не должен обладать*, чтобы некоторый Субъект переживал его в качестве обязательного.⁴⁰ В качестве примера такого рода ананкастического нормативно-фактического убеждения я буду

³⁷ Фиттипальди Э. Наука на службе у принципа законности... С. 62.

³⁸ Профессор Мотыка возразил, что это убеждение не обязательно должно быть интуитивным, поскольку некоторые должностные лица или граждане могут воспринимать первую конституцию как обязывающую, потому что это *communis doctorum opinio* или потому что все воспринимают ее как обязательную. Я думаю, что это возражение весомо, и оно поднимает сложный вопрос о том, какого рода факты могут вызывать и оправдывать некоторые нормативно-фактические убеждения.

Следует отметить, что в своих последних работах Кельзен ввел в *Grundnorm* также аксиотипологический выбор обычая, даже когда это несовместимо с первой конституцией (см. об этом: Фиттипальди Э. Наука на службе у принципа законности...).

³⁹ Точнее, единственное, что имеет значение, это вера Субъекта в событие или отсутствие события. Я буду опускать эту важную квалификацию в целях краткости.

⁴⁰ Насколько мне известно, Я. Курцевский (*Kurczewski J.* O badaniu prawa w praktykach społecznych. Warszawa, 1977. Р. 103) впервые привлек внимание к факту, что *все* нормативные факты в некотором роде *символичны*.

использовать пример из Антигоны, который уже обсуждался профессором Поляковым в его статье.

Креонт

Как же могла закон ты преступить?

Антигона

Затем могла, что не Зевес с Олимпа
Его издал, и не святая Правда [Δίκη],
Подземных сопредстольница богов.
А твой приказ — уж не такую силу [σθένειν τοσοῦτον]
За ним я признавала, чтобы он,
Создание человека, мог низвергнуть [ὑπερδραμεῖν]
Неписанный [ἄγραπτα], незыблемый закон [νόμιμα]
Богов [θεῶν] бессмертных. Этот не сегодня
Был ими к жизни призван, не вчера:
Живет он вечно, и никто не знает,
С каких он пор [ἐξ ὅτου] явился меж людей.⁴¹

Здесь Антигона риторически вопрошает, имеет ли закон Креонта «силу» (σθένει τοσοῦτον) для «отмены» (ὑπερδραμεῖν, overcome) ее этики. Этика Антигоны представляется имеющей многие типичные черты интуитивной этики Петражицкого. Она вечна. Никто не знает, когда она впервые появилась. Представляется, что даже если Зевс или Дике (Δίκη) обладают властью отменить эту этику, никто из них не является ее автором. Поскольку никто не знает, когда (ἐξ ὅτου) «незыблемый закон» впервые появляется, представляется возможным интерпретировать θεῶν (во фразе νόμιμα θεῶν) как объективный генитив, а не субъективный: он является не правилом, установленным богами, а правилом, управляющим даже богами. Но это не влечет за собой значимости данного примера для нас. Даже если бы мы интерпретировали этику Антигоны как позитивную,⁴² мы все еще сталкивались бы с конфликтом двух этик: с одной стороны, официально-позитивного права Креонта, с другой — неофициально-позитивной этики Антигоны, и здесь мы заинтересованы в содержательных ананкастических нормативно-фактических убеждениях, независимо от их позитивности или интуитивности. Поскольку ниже я вернусь к возможности неофициальных позитивных основных правовых убеждений, пока буду допускать, что Антигона противопоставляет Креонту свою *интуитивную этику*.

Антигона имеет *содержательное* ананкастическое нормативно-фактическое убеждение в том, что, для того чтобы законы Креонта являлись обязывающими, *их смысл не должен контрастировать с ее определенными интуитивно-этическими убеждениями*. Интуитивно-этические убеждения Антигоны, касающиеся погребения родственников, работают не только на *этическом* (или *деонтическом*) уровне, но и на *нормативно-фактическом* (или *аксиотическом*)⁴³ уровне так, что Антигона не переживает закон Креонта как обязывающий, как имеющий для нее силу.

⁴¹ Софокл. Антигона // Софокл. Драмы / пер. Ф. Ф. Зелинского, под ред. М. Л. Гаспарова и В. Н. Ярхо. М., 1990. С. 449–457.

⁴² Впервые мое внимание к возможности такой интерпретации привлек профессор К. Мотыка.

⁴³ Я обязан А. Дж. Конте терминами *аксиотика* и *аксиотический* и использую существительное *аксиотика* в значении «наука об обязательности нормативных фактов»,

Что остается неясным, так это имеет этическое убеждение Антигоны нравственную или правовую природу? Если это правовое убеждение, то тогда кто является здесь атрибутивной стороной? Если мы не находим атрибутивную сторону, мы не можем говорить о правовых явлениях. В данном случае можно предположить, по крайней мере, две атрибутивные стороны.

Согласно первой реконструкции атрибутивной стороной является Антигона, которая имеет право похоронить своего брата. Это реконструкция, предложенная профессором Поляковым.

«Право Антигоны похоронить своего брата является не столько даже правом, сколько обязанностью, и эта обязанность имеет не только моральный, но и правовой смысл и должна интерпретироваться как правовая обязанность. В глазах древнегреческого общества эта обязанность предстает как право (притязание) на исполнение обязанности, поэтому запрет на ее исполнение воспринимается как посягательство на право человека — право погребать своих мертвецов».⁴⁴

Праву Антигоны можно дать и другую интерпретацию. Мы можем предположить, что она переживает правовую эмоцию, в которой Полиник (или его ψυχή — «душа») выступает атрибутивной стороной. Как мы знаем, в петражицкианстве ничто не препятствует приписыванию права духам или умершим.⁴⁵

Представляется, что вопрос о том, какая интерпретация правильная (или обе они правильны одновременно), может быть решен только антропологическим исследованием. Но и в интерпретации профессора Полякова, и в интерпретации, предложенной здесь, мы сталкиваемся с императивно-атрибутивным явлением, находящимся в психике Антигоны.

Мы приближаемся к пункту, на котором я вновь останавлиюсь ниже. Представляется, что аспектом социально-правового явления основных прав, отличающим его от естественно-правовой традиции, является решающая роль, которую в нем играют императивно-атрибутивные явления, в то время как в естественно-правовой традиции некоторую роль также играют чисто императивные или чисто атрибутивные явления.

Что касается явлений, обычно переживаемых как чисто императивные, то представьте себе этическую репульсию по отношению к именованию *браком* (и к юридико-догматическим последствиям этого) постоянного союза, который не является моногамным, разнополым и заключенным в порядке официального бракосочетания, или этическую репульсию в отношении мучения животных без переживания их в качестве атрибутивных сторон, уполномоченных на то, чтобы их не мучили (см. выше п. 2). Что же касается чисто атрибутивных явлений, то достаточно вспомнить о *jus necessitatis* (*Notstand*) или о праве солдата⁴⁶ убить врага. Я думаю, что едва ли кто-то

а прилагательное *аксиотический* в значении «касающийся обязательности нормативных фактов».

⁴⁴ Поляков А. В. Верховенство права, глобализация и проблемы модернизации философии и теории права. С. 28. — В этом фрагменте ставится очень интересный и сложный вопрос о том, как мы должны понимать *право на исполнение обязанности* в рамках петражицкианства. Исследование этого вопроса требует отдельной статьи.

⁴⁵ Возможность моей интерпретации, как представляется, исключается А. В. Поляковым и М. В. Антоновым (см.: Polyakov A. V., Antonov M. Leon Petrażycki's Legal Theory and Contemporary Problems of Law. P. 377).

⁴⁶ Об этом примере см.: Kurczewski J. Ambiguous Reciprocity // The Polish Sociological Bulletin. 1976. № 2.

будет переживать потерпевшего от осуществления этих прав как императивную сторону, имеющую обязанность претерпевать (*pati*) их осуществление.

Теперь мы можем адаптировать догадку Паломбеллы к петражицкианству путем *определения основных прав в качестве императивно-атрибутивных убеждений*⁴⁷ как должностных лиц, так и простых граждан некоторого государства, в психике которых данные убеждения играют аксиотическую роль.⁴⁸ Если некоторый нормативный факт несовместим с этими ананкастическими нормативно-фактическими убеждениями, он не переживается Субъектом как обязывающий, несмотря на то что может быть совместим с другими формальными ананкастическими нормативно-фактическими ожиданиями Субъекта.

Для лучшего прояснения природы ананкастических нормативно-фактических убеждений уделю несколько слов случаю формальных ананкастических убеждений, «более простому» по сравнению с содержательными. Это даст нам возможность сравнить эти два разных явления и лучше уяснить природу основных правовых убеждений. Обычно ананкастические нормативно-фактические убеждения состоят из определенных intersubjectively удостоверяемых процедур, которые должны иметь место (или не должны — например, отмена или *desuetudo*), чтобы некоторый нормативный факт переживался как обязывающий. Эти процедуры не касаются понятия некоторого нормативного факта,⁴⁹ они касаются только его обязательности (в данном случае имеется в виду психосоциологическая обязательность).⁵⁰ Некоторые члены итальянского Парламента могут собраться в моем доме и разработать закон. *Даже если этот закон будет переживаться как обязательный мною и теми людьми, которые собрались в моем доме*, до тех пор пока он не будет промульгирован Президентом республики, вероятность того, что он будет переживаться как обязывающий должностными лицами (и простыми гражданами), равна нулю.⁵¹ Но это не означает отрицания того, что данный текст является законом для меня и моих гостей. Это просто констатирует его весьма вероятную социологическую необязательность. Эта высокая вероятность необязательности может быть объяснена предположением, что большинство людей имеют формальные ананкастические нормативно-фактические убеждения, в соответствии с которыми законы в Италии для их обязательности должны быть промульгированы Президентом республики. Если не принимать в расчет такие крайние случаи, в современных конституционных государствах правовая психика переживает как обязательный любой нормативный факт, изданный некоторым официальным органом, при условии, что в нем нет больших погрешностей.⁵²

⁴⁷ Эти убеждения не обязательно являются неофициально-интуитивными. Я вернусь к этому вопросу ниже.

⁴⁸ Эта «игра ролей» соответствует использованию термина *функциональный* Паломбеллой.

⁴⁹ Ср. страницы, где Петражицкий отбрасывает любые попытки определить законы в терминах их *Verfassungsmässigkeit* (Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 536). Разумеется, *Verfassungsmässigkeit* может рассматриваться как множество ананкастических условий для обязательности некоторого нормативного факта.

⁵⁰ О различии между психосоциологической и догматической обязательностью см.: Фиттипальди Э. Наука на службе у принципа законности...

⁵¹ В действительности, президент, промульгировавший такой закон, подвергся бы импичменту за *атаку на Конституцию* (ст. 90 Конституции Италии).

⁵² Это социоправовая версия *Prinzip der Selbstlegitimation des behördlichen Aktes* («принципа самолегитимации властного акта») Г. Кельзена и то, что мы можем

Как уже было отмечено, *обычно* должностные лица и простые граждане не переживают законы как обязательные до их промульгации главой государства, который подтверждает, что они прошли определенную процедуру их рассмотрения. Эти формальные ананкастические нормативно-фактические убеждения обычно *вызываются* такими нормативными фактами, как, например, следующий: «Условием для вступления в силу законов, указов и актов локального права является их промульгация» (Конституция Польши, ст. 88).

Но вопрос о природе формальных ананкастических нормативно-фактических убеждений совершенно независим от вопроса о том, имеют ли они позитивную или интуитивную природу. Этот вопрос может быть поставлен так: *какими погрешностями некоторый нормативный факт должен обладать для Субъекта X, чтобы он переживал его как необязывающий?* Указанный вопрос превращается из психически-правового в социоправовой, когда в расчет принимается большое число людей.

Представим, что в некоторых случаях определенные законы могут переживаться как обязывающие, несмотря на то что они не были *ни* приняты парламентом, *ни* промульгированы главой государства. Таков, например, случай *Свода Законов Российской Империи*, обсуждавшийся Петражицким.⁵³ Комиссия, уполномоченная подготовить эту компиляцию, часто меняла тексты включаемых в нее законов или даже вставляла совершенно новые. Более того, должностные лица и большинство населения перестали переживать как обязательные законы, *не* включенные в Свод комиссией; таким образом, их можно было считать социологически отмененными. Все это произошло без какого-либо одобрения Думой или промульгации Императором.

Действительно, вопрос о том, какие формальные погрешности в определенной *правовой системе* (в социологическом смысле) могут вызывать *непереживание* обязательности определенного нормативного факта и какие другие погрешности не могут этого вызвать, является интересным социоправовым вопросом. Но я обратил на него внимание только для прояснения вопроса об основных правах, а именно, вопроса об *определенных содержательных* ананкастических нормативно-фактических убеждениях.

Я отметил выше, что непромульгация закона главой государства обычно вызывает его *непереживание* в качестве обязывающего должностными лицами и большинством населения. Промульгация является формальным условием.

Теперь позвольте мне продолжить использование примера, взятого из польской конституции, и задать вопрос: что изменится, если в нее будет внесена статья следующего содержания?

Условием для вступления в силу законов, указов и актов локального права является их совместимость с врожденным и неотчуждаемым достоинством человека, которое является источником прав и свобод человека.

Такой нормативный факт будет стремиться вызывать у должностных лиц (и большинства населения) (позитивное) *содержательное*

назвать *Hypothese der Tendentiellen Selbstlegitimation des behördlichen Aktes* («гипотеза о тенденции к самолегитимации властного акта») (см.: Kelsen H. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit // Die Wiener Rechtstheoretische Schule / eds. H. R. Klecatsky et al. Salzburg & Stuttgart, 1968–2010. S. 1828).

⁵³ Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. § 45.

ананкастическое нормативно-фактическое убеждение, согласно которому закон, несовместимый с подмножеством их правовых убеждений, не только не должен быть (!) — но и не является обязывающим. Однако я не знаю ни одной конституции или ее раздела, которые стремились бы вызвать у должностных лиц или у большинства населения *содержательные* ананкастические нормативно-фактические убеждения.⁵⁴

Причина этого с политико-правовой точки зрения очевидна. Нормативный факт, вызывающий нормативно-фактическое убеждение о том, что определенные правовые убеждения индивида могут иметь решающее значение для обязательности официально изданных законов, стал бы опасным источником конфликтов. Между прочим, такой нормативный факт усилил бы тенденцию, уже заложенную, согласно Петражицкому, в *интуитивные* правовые убеждения. Как он подчеркивал, интуитивные правовые убеждения обычно имеют «высший ранг [...] значение [...] как высшего масштаба и критерия для оценки позитивных норм, для порицания их в случае несоответствия их содержания содержанию интуитивных норм и т. д.».⁵⁵

С социопсихологической точки зрения, так же как и для формальных ананкастических нормативно-фактических убеждений, можно задать вопрос, есть ли в некотором государстве или в некоторой социальной среде определенные интуитивные *содержательные* ананкастические нормативно-фактические убеждения, которые могли бы воздействовать на определенных Субъектов так, чтобы те не переживали определенные нормативные факты как обязательные?

Если они есть и если такие содержательные убеждения берут свое содержание из определенных правовых убеждений Субъекта, то мы имеем дело с явлением, в определенной степени пересекающимся с правами человека.⁵⁶

Я думаю, что в рамках концепции Петражицкого такими правовыми убеждениями, как лучшими кандидатами на роль содержательных ананкастических нормативно-фактических убеждений, являются *аксиомы интуитивного права*, которые я предпочитаю называть *основными правовыми убеждениями*.

«Следует отметить, что позитивный шаблон с его назначением предупреждать и устранять правовые разногласия и сомнения с их вредными и опасными последствиями является чем-то совершенно лишним и ненужным в тех областях права, где имеются столь общие

⁵⁴ Подходящим примером может быть § 11 немецкого Закона о солдатах (SG, Soldatengesetz), согласно которому «Нет нарушения дисциплины, если команда не соблюдается по причине покушения на человеческое достоинство». Этот пример требует специального обсуждения.

В данном контексте стоит вспомнить, что согласно Петражицкому так называемые *хартии прав* это не *законы* в техническом смысле, а, скорее, *признания* (Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 605).

⁵⁵ Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 485.

⁵⁶ Идея, схожая с идеей содержательных ананкастических нормативно-фактических убеждений, была предложена Г. Радбрухом (Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht // Radbruch G. Rechtsphilosophie. Stuttgart, 1950. S. 353), по мнению которого последствие *Maß der Unerträglichkeit* («степени нетерпимости») состоит в том, что закон *weicht* («уступает место») Справедливости. Не вполне ясно, имеет ли, согласно Радбруху, это явление место в реальности, внешней по отношению к Субъекту, или происходит исключительно в нормативной реальности внутри него.

и крепкие интуитивно-правовые убеждения, что подлежащие правилам общежития, обязанности и права ни в ком, кроме разве психически ненормальных людей, не могут возбуждать сомнений. Такие положения можно условно назвать аксиомами интуитивного права.

Например, споры о том, могут ли по праву дети убивать родителей, родители детей, вообще, можно ли убивать близких, наносить им раны, увечья, выкалывать глаза и т. п., истязать их, клеветать, оскорблять, поджигать и иначе истреблять их имущество, красть, насиловать и проч. и проч., или этого нельзя, мы обязаны по отношению к другим воздерживаться от этого и имеем право на то, чтобы нас не убивали и т. д., — психологически невероятны; и во всяком случае они не могут иметь такого значения в правовой жизни цивилизованных народов, чтобы с их возможностью следовало серьезно считаться. Ибо в психике этих народов имеются соответствующие аксиомы интуитивного права.

Точно так же исключены сомнения и споры о том, имеют ли люди право есть, спать и отправлять иные физиологические потребности, умываться, одеваться, разговаривать и проч. и проч., так что все обязаны это терпеть, никакое *начальство не может этого запрещать* (курсив мой. — Э. Ф.), наказывать за послушание, за дыхание вопреки запрещению и т. п.).⁵⁷

Закон, запрещающий всем гражданам отправлять физиологические потребности, вероятно, не будет принят всерьез (т. е. не будет восприниматься как обязательный) большинством должностных лиц и населением в целом. Я думаю, что мы можем интерпретировать *невозможность для власти запрещать* что-либо подобное как психосоциологическое предсказание того, что нормативный факт с этим значением не будет переживаться как обязательный.⁵⁸ Это относится также к другим примерам Петражицкого.

Но все зависит от исторических обстоятельств, и несложно представить, при каких обстоятельствах определенное содержательное ананкастическое нормативно-фактическое убеждение прекратит свое существование для должностных лиц и населения. Представьте, если бы сегодня, внезапно, был введен закон с целью дискриминации евреев. Я думаю, что многие должностные лица отказались бы считать такой закон обязывающим. Проблема в том, что такие законы едва ли вводятся *внезапно*. Исторически их издание следует за повторяющимися *Kristallnächte*, которые сперва превращают немыслимое в мыслимое, а впоследствии делают это возможным и, наконец, реальным. В таких случаях содержание (*intension*) для фраз о «правах человека»/«основных правах» будет оставаться тем же, но их объем (*extension*) сперва сократится, а затем исчезнет.

*
* * *

Таким образом, я адаптировал условное определение основных прав Паломбеллы к петражицкианству путем их понимания как содержательных ананкастических нормативно-фактических убеждений, содержание которых обусловлено определенными правовыми убеждениями Субъекта.

⁵⁷ Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 615.

⁵⁸ По терминологии А. Дж. Конте мы сталкиваемся здесь с аксиотической невозможностью.

Но, как мы уже видели, это редкое или чрезвычайное явление. В большинстве случаев тот факт, что значение некоторых нормативных фактов несовместимо с некоторыми правовыми (или этическими) убеждениями Субъекта, не означает автоматически, что Субъект перестает переживать их как обязывающие для себя. Обычно Субъект переживает их как обязывающие, пока не издан некоторый нормоуничтожительный нормативный факт. Убеждения, которые касаются условий издания таких нормоуничтожительных фактов, я назову парананкастическими нормативно-фактическими убеждениями.⁵⁹

Чтобы представить понятие парананкастического убеждения, я переформулирую мое, вдохновленное Паломбеллой, петражицкианское определение основных прав с одним небольшим уточнением: основные права являются правовыми убеждениями (являясь официальными или неофициальными, позитивными или интуитивными) должностных лиц (или простых граждан), которые в их психике играют роль содержательных ананкастических нормативно-фактических убеждений таким образом, что, если определенный нормативный факт — например, закон, принятый парламентом и опубликованный главой государства — несовместим с их правовыми убеждениями, то такой нормативный факт переживается как необязательный, без необходимости его «аннулирования» некоторым органом. Таким образом, парананкастические убеждения являются убеждениями, касающимися условий осуществления власти «аннулирования».

Как я уже отмечал, едва ли было бы безопасно с точки зрения политики права вводить нормативный факт с целью разрешить *любому гражданину или должностному лицу как угодно* опираться на свои правовые убеждения (будь они интуитивными или позитивными, официальными или неофициальными) для установления обязательности или необязательности некоторого нормативного факта.

Вот почему в современных конституционных государствах нормативный факт, называемый *конституция*, обычно содержит положение о том, что сила создавать нормоуничтожительные факты, ставящие своей целью противодействие социопсихической обязательности некоторого (другого) нормативного факта, переживаемого как несовместимого с определенными правовыми убеждениями, приписывается некоей *специальной власти*. Такими органами власти обычно выступают специально созданные *конституционные суды*. В некоторых случаях эта сила предоставляется всем судам, так, что верховный суд играет роль конституционного суда только в качестве суда последней инстанции. Некоторые конституции могут содержать положения о том, что эти властные органы могут опираться на свое интуитивно-правовое переживание для введения нормоуничтожительных фактов, которые представляют собой нечто среднее между судебным решением и законом.⁶⁰

В определенных случаях могут быть *дальнейшие* ограничения. Давайте рассмотрим ст. 30 Конституции Польши: «*Врожденное и неотчуждаемое*

⁵⁹ Я адаптирую к петражицкианству понятие, разработанное в 1988 г. Дж. Аццони (Azzoni G. Il concetto di condizione nella tipologia delle regole. Padova, 1988. P. 95 и далее) — участником школы А. Дж. Конте (о школе Конте см.: *Że taniec W. Create to Rule. Studies on Constitutive Rules. Milan, 2013. P. 28* и далее, что также является отличным введением во многие понятия, предложенные А. Дж. Конте).

⁶⁰ В терминах догматики права это называется аннулированием или отменой, в зависимости от временного размаха попытки уничтожить соответствующие убеждения.

достоинство человека является источником прав и свобод человека и гражданина [...]».

Мне представляется маловероятным, что это положение вызовет у какого-либо судьи убеждение в обладании полномочием создавать нормоуничтожительный факт, направленный против другого нормативного факта, который, например, разрешает болезненную вивисекцию. Если «достоинство» некогда принадлежало только людям, имеющим высокие ранги в обществе, то в наши дни, как представляется, оно приписывается всем человеческим существам.

Конституционные положения об основных правах обычно стремятся вызвать у судей конституционных и верховных судов убеждение в наличии у них полномочия издавать некоторый нормоуничтожительный факт, имеющий целью устранение социопсихического эффекта, произведенного другим нормативным фактом. Здесь мы имеем дело с *patti — facere* правовым убеждением относительно издания некоторого нормативного факта. *Это убеждение не имеет ничего общего с явлением простого не-переживания нормативного факта как обязывающего.* Рассматриваемые нами положения вызывают содержательные *парананкастические* гипотетические правовые убеждения. Эти убеждения не касаются переживания некоторого нормативного факта как обязывающего. Они касаются типов обстоятельств,⁶¹ которые должны наступить для кого-то, например, для судьи конституционного суда, чтобы он переживал себя как уполномоченного издавать некоторый нормоуничтожительный нормативный факт.

Во избежание неправильного понимания я хочу подчеркнуть, что ссылаюсь также на те случаи, когда эти суды «создают» права, отличные от тех, которые прямо перечислены в конституции или в каком-либо другом нормативном факте (таком, как международные договоры, ратифицированные государством). На самом деле эти случаи представляются очень интересными с социолого-правовой точки зрения. Другое социопсихическое явление, которое следует изучить, состоит в том, что судьи представляются скромными, когда дело доходит до прямого выражения их интуитивно-правовых убеждений. Во многих случаях они будут претендовать на то, что основываются на некотором своем судебном прецеденте. В этом случае они пытаются представить свое решение (т. е. нормоуничтожительный факт) как следствие некоторого предшествующего обязывающего официального нормативного факта. В других случаях они могут основываться на *неофициальных* нормативных фактах, превращая их в официальные. На это явление обращал внимание уже Петражицкий: «Иногда предъявляются притязания, приписываются обязанности и т. д. со ссылкой на то, что так принято “во всем мире”, “у всех народов”, “во всех цивилизованных странах”, “во всех конституционных государствах” [...]».⁶²

Здесь Петражицкий рассуждает на деонтическом уровне, но я думаю, что это его наблюдение можно распространить также и на аксиотический уровень. В любом случае мы можем сказать, что Петражицкий был одним из первых исследователей, описавших явление транснационального права.

⁶¹ Я использую терминологию Э. Паттаро (*Pattaro E. The Law and the Right. A Reappraisal of the Reality that Ought to Be. Berlin etc., 2005. P. 16, сноска 18*) для выражения немецкого термина *Tatbestand* и итальянского термина *fattispecie astratta*.

⁶² Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 612.

*
* * *

Полагаю, что в заключение могу предложить следующее (второе)⁶³ условное определение прав человека/основных прав:

1) правовые убеждения (будут ли они официальные или неофициальные, позитивные или интуитивные) должностных лиц (или простых граждан) некоторого государства, которые в их психиках играют роль содержательных ананкастических нормативно-фактических убеждений;

2) правовые убеждения (будут ли они официальные или неофициальные, позитивные или интуитивные), на основании которых подмножество должностных лиц переживает уполномоченность издавать нормоуничтожительные факты, направленные против некоторого другого нормативного факта.

Вновь, как и в п. 2, моя цель здесь состояла не в том, чтобы вывести сущность основных прав или прав человека, а, скорее, выделить один элемент, который, вероятно, может быть найден в социальном понятии основных прав/прав человека.

Я надеюсь также на то, что в данном случае, как и в случае с основными правами, условно переопределенными как гуманные правовые убеждения, психосоциолог права может обнаружить адекватные теории в духе Петражицкого или, по крайней мере, некоторые интересные тенденции или корреляции.

Одна простая, адекватная, вероятно, тривиальная теория состоит в том, что нормативные факты, вызывающие содержательные ананкастические нормативно-фактические убеждения у должностных лиц (или простых граждан), будут значительно более конфликтопорождающими, чем нормативные факты, вызывающие содержательные *парананкастические* убеждения, в соответствии с которыми определенные должностные лица уполномочены издавать нормоуничтожительные нормативные факты. Как представляется, это является социоправовой гипотезой, на основании которой может быть оправдано политико-правовое изобретение конституционных судов.

⁶³ Первое предложено в п. 2.

ПРАВОВАЯ КОММУНИКАЦИЯ В КОНТЕКСТЕ ПОСТКЛАССИЧЕСКОЙ ЭПИСТЕМОЛОГИИ

И. Л. ЧЕСТНОВ*

Автор статьи рассматривает перспективы коммуникативной теории права в контексте современного постиндустриального общества. Автор утверждает, что именно коммуникативная теория права обладает наибольшим эвристическим потенциалом, так как учитывает те изменения, которые происходят в современном обществе. Для картины мира постсовременного социума характерен принцип неопределенности. В связи с этим возникает невозможность однозначной категоризации, классификации и квалификации социальной (и правовой) реальности. Автор констатирует, что в ситуации «постмодернити» невозможно дать однозначную оценку, в том числе юридическую, сложного социального явления или процесса. Неопределенность в юриспруденции ставит под сомнение ее краеугольный камень — принцип верховенства права, в частности, его важнейшее положение стабильности и непротиворечивости правовой системы. В качестве средства если не преодоления ее, то, по крайней мере, снижения выступает теория и практика правовой коммуникации. Автор анализирует коммуникативную теорию права Р. Алекси и критического дискурс-анализа. Перспективы критического дискурс-анализа позволяют решить важную проблему коммуникативной теории права — описать механизм конструирования правовых институтов.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: постклассическая эпистемология, коммуникативная теория права, критический дискурс-анализ, конструирование правовой системы, правовые социальные представления.



Честнов Илья Львович,
доктор юридических наук,
профессор кафедры теории
и истории государства и права
Санкт-Петербургского
юридического института (филиала)
Академии генеральной
прокуратуры РФ,
Заслуженный юрист РФ

CHESTNOV I. L. LEGAL COMMUNICATION IN THE CONTEXT OF POST-CLASSICAL EPISTEMOLOGY

The author considers the prospects of the communicative theory of law in the context of contemporary post-industrial society. The author contends that the communicative theory of law has the highest heuristic potential, as it considers the

* Ilya Lvovich Chestnov — Doctor of Law, Professor of the Chair of theory and history of state and law of the Saint-Petersburg Law Institute (branch) of the Academy of the General Prosecutor's Office of the Russian Federation, Distinguished Lawyer of the Russian Federation.
E-mail: ichestnov@gmail.com
© Честнов И. Л., 2014

changes that occur in modern society. The worldview of the postmodern society is characterized by the principle of uncertainty. This raises the issue of impossibility of unambiguous categorization, classification and qualification of social (and legal) reality. The author notes that in a situation of "postmodernity" it is impossible to give an unambiguous assessment, including legal, complex social phenomenon or process. The uncertainty in the law casts doubt as to the cornerstone principle of the rule of law, in particular, its most important provision of the stability and consistency of the legal system. As a tool, if not to overcome it, but at least to reduce this effect, is the theory and practice of legal communication. The author analyzes the communicative theory of law R. Alexy and critical discourse analysis. The perspective of critical discourse analysis allows to solve the important problem of communicative theory of law is to describe the mechanism of how legal institutions are generated.

KEYWORDS: post-classical epistemology, communicative theory of law, critical discourse analysis, the design of the legal system, legal social representations.

Андрей Васильевич Поляков по праву является лидером коммуникативной теории права как варианта постклассической (или неклассической, или постнеклассической)¹ юридической теории. Более того, из всех вариантов постклассического правопонимания² его концепция считается наиболее разработанной, включающей, как справедливо отмечает Н. В. Варламова, не только «философское основание», но и догму права, юридическую технику.³ О значении этого типа правопонимания и его содержании в контексте изменений, происходящих в современном («пост-современном») мире и эпистемологии, и пойдет речь в настоящей статье.

Постклассическая эпистемология задает картину мира, которая принципиально (или значительно) отличается от классической, и определяет различия общества эпохи модерна от социума, именуемого постиндустриальным, информационным, или, по терминологии З. Баумана, постмодернити (вторым или высоким модерном).⁴

Почему для анализа права необходимо обращение к философии? Не только потому, что она задает контекст эпохи, но и потому — это принципиально важно, — что вне и без социальных представлений, содержание которых определяется господствующей картиной мира, социальные явления, в том числе и право, не существуют. Поэтому если изменились господствующие социальные представления о социальном бытии, то одновременно трансформируются и социальные практики, которыми эти репрезентации воспроизводятся. Социальная онтология — если использовать категории классической философии — взаимодействует и во многом

¹ Различия между ними в данном случае не представляются принципиальными

² К таковым, как представляется, можно отнести концепции, разрабатываемые в теории права С. И. Максимовым, В. И. Павловым, А. И. Овчинниковым, Ю. Е. Пермяковым, А. В. Стовбой, Е. В. Тимошиной и некоторыми др.; в отраслевых юридических дисциплинах — А. С. Александровым, Я. И. Гилинским, К. И. Скловским, Д. А. Шестаковым и др.

³ Варламова Н. В. От философии права к юридической догматике // Варламова Н. В. Типология правопонимания и современные тенденции развития теории и права. М., 2010. С. 121.

⁴ Бауман З. Образование — при, для и несмотря на постмодернити // Бауман З. Индивидуализированное общество. М., 2002. С. 155–175.

определяется эпистемологией.⁵ Любое социальное действие становится таковым только тогда, когда предполагается известным окружающим, т. е. получившим наименование и означение (по терминологии Ю. Кристевой — наделение его социальным значением с помощью помещения в контекст интертекста).⁶ Таким образом, знак — конститутивный (т. е. необходимый) элемент или аспект социальной (и правовой) реальности, хотя последняя не сводится только к знаковости.⁷ Кроме всего прочего, именно философия транслирует господствующее в данную эпоху в данной культуре мировоззрение, картину мира в научные идеи, концепции и конструкции, в научный понятийный аппарат (который всегда — кроме чисто конвенциональных понятий, коих в социально-гуманитарной науке не так много — метафоричен) и задает критерии интерпретации и оценки практики.⁸

Постклассическая картина мира — это, прежде всего, **принцип неопределенности**, включающий одновременно гносеологическое, семантическое и онтологическое измерения, взаимодополняющие друг друга, который характеризует возможности человеческого разума по описанию, объяснению, предсказанию и преобразованию социального мира.⁹

⁵ «Ситуация реальна настолько по своим последствиям, насколько она воспринимается как реальная» — афоризм У. Томаса, получивший с легкой руки Р. Мертона название «теорема Томаса» (*Thomas W. Das Kind in Amerika // Person und Sozialverhalten / Hrsq. Von E. Volkart. Neuwied, 1965. S. 114*). Об этом же пишет У. Бек: «Можно сформулировать нечто вроде основного закона новой политики и политической теории: *изменение реальности предполагает изменение подхода*. Политика состоит и возникает из толкования ею исторической ситуации» (*Бек У. Власть и ее оппоненты в эпоху глобализации. Новая всемирно-политическая экономия. М., 2007. С. 365*).

⁶ Если какое-либо явление фактически существует, но о нем ничего не известно сегодня живущим людям, то его в социальном смысле нет.

⁷ Реальность, по мнению В. П. Руднева, есть знаковая система, так как мы не можем воспринимать реальность, не пользуясь системой знаков (*Руднев В. П. Прочь от реальности: исследования по философии текста. М., 2000. С. 180*). В другой работе он утверждает: «Мне представляется, что *реальность есть не что иное, как знаковая система, состоящая из множества знаковых систем разного порядка, то есть настолько сложная знаковая система, что ее средние пользователи воспринимают ее как незнаковую*. Но реальность не может быть незнаковой, так как мы не можем воспринимать реальность, не пользуясь системой знаков. Поэтому нельзя сказать, что система дорожной сигнализации — это знаковая система, а система водоснабжения — незнаковая. И та, и другая одновременно могут быть рассмотрены и как системы вещей, и как системы знаков» (*Руднев В. П. Реальность как ошибка. М., 2011. С. 12*).

⁸ Для социальных наук, по мнению Л. Болтански и Л. Тевено, характерна следующая «трансформация: постепенное превращение метафизического высшего общего принципа в позитивный научный закон» (*Болтански Л., Тевено Л. Критика и обоснование справедливости: Очерки социологии градов. М., 2013. С. 63*).

⁹ Другим обозначением этого же вслед за Н. Луманом можно полагать «комплексность» мира как «точку зрения», обозначающую «такое взаимосвязанное множество элементов, в котором вследствие имманентных ограничений их способности к присоединению становится невозможным, чтобы каждый элемент в любое время был связан с любым другим» (*Луман Н. Социальные системы. Очерк общей теории. СПб., 2007. С. 52–53*). Второе понятие комплексности — «меры неопределенности или недостатка информации» (Там же. С. 57). Другим термином в лексиконе Н. Лумана является «двойная контингентность», которым описывается социальное действие, включающее референцию к другому и самореференцию. Со времен Т. Парсонса известно, что «результат достижения цели зависит не только от успешного познания и управления акторами объектами окружающей среды... но и от взаимодействия акторов при вмешательстве в ход событий» (цит. по: Там же. С. 152). Н. Луман переносит проблему «двойной контингентности» на более общий теоретический уровень, на котором рассматриваются конституция и не-

Социальная реальность (включая, конечно, и правовой ее момент, аспект), определяемая социальными представлениями, принципиально вероятностна, нестабильна и сложна, подвержена рискам саморазрушения.¹⁰ Поэтому управление ею и достижение всеобщего блага — о чем мечтали мыслители эпохи Просвещения — не поддается разумному расчету.¹¹ Человеческое познание опосредовано множеством факторов, в том числе социокультурным контекстом, в связи с чем трансформируется принцип научной объективности познания в интерсубъективность. Собственно в этом — признании неустранимости исторического и социокультурного контекста научного познания — и состоит переход науки от классической стадии ее эволюции к неклассической и пост(не)классической, по мнению В. С. Степина.¹² Тем самым классическая рациональность, ориентированная на объективность познания, элиминирующего человека и социокультурные факторы, вытесняется (например, в квантовой неклассической физике) и заменяется на коммуникативную, включая трансформацию основных понятий гносеологии.

В связи с этим возникает неопределенность в категоризации, классификации и квалификации социальной (и правовой) реальности. Приходится констатировать, что в ситуации «постмодернити» невозможно дать однозначную оценку, в том числе юридическую, сложного социального явления или процесса. Так, например, квалификация действий, направленных на защиту государственного суверенитета другой стороной (с позиции другого «наблюдателя») может быть оценена как нарушение права нации на самоопределение, «гуманитарная интервенция» при массовом нарушении прав человека другими может быть признана как вторжение во внутренние дела государства, т. е. пограние государственного суверенитета и т. п. Неустранимость субъективности позиции наблюдателя,

прерывный процесс осуществления смысла. Тогда об Ego и Alter... следует говорить как об открытых возможностях определения смысла, которые даны переживающему их или другому всякий раз как определение горизонта. /.../ Она позволяет выделить особое *измерение мира* для социально различных смысловых перспектив (социальное измерение) и обеспечивает выделение особых *систем действия*, а именно социальных систем» (Там же. С. 154, 156). Другими словами, комплексность правовой реальности — это ее сложносоставной характер, не позволяющий дать однозначное, «единственно верное» описание, ее неопределенность и неопределимость как «двойная контингентность», предполагающая полное и всестороннее измерение как права, так и актора, рефлексирующего по его поводу.

¹⁰ Вряд ли какие бы то ни было попытки свести всю сложность мира к аккуратной и исчерпывающей классификации могут быть успешными, пишет З. Бауман (*Бауман З. Индивидуализированное общество*. М., 2002. С. 42). Современность — это «состояние перманентной и повсеместной неопределенности /.../ это совокупный опыт *неуверенности* человека в его положении, в правах и доступности средств к существованию, *неопределенности* относительно преемственности и будущей стабильности, *отсутствия безопасности* для физического тела человека, личности и их продолжений — имущества, социального окружения, сообщества» (Там же. С. 151, 194).

¹¹ «Мировое общество риска, — пишет У. Бек, — ... является эпохой цивилизации, в которой решения, касающиеся жизни не только нынешнего, но и последующих поколений, принимаются на основе сознательного незнания» (*Бек У. Власть и ее оппоненты в эпоху глобализации. Новая всемирно-политическая экономия*. С. 153).

¹² «Становление постнеклассической рациональности, — пишет В. С. Степин, — требует нового углубления рефлексии над научным познанием. В поле этой рефлексии включается проблематика социокультурной детерминации научной деятельности. Она рассматривается как погруженная в социальный контекст, определяемая доминирующими в культуре ценностями» (*Степин В. С. Цивилизация и культура*. СПб., 2011. С. 205).

вытекающая из принципа дополнительности, не дает возможность описать и объяснить (квалифицировать) такого рода ситуации одним «единственно правильным» способом. З. Бауман прозорливо пишет, что сегодня «становится все менее и менее ясно, что должен предпринять (политический. — И. Ч.) институт для улучшения ситуации в мире, — даже если рассмотреть маловероятный случай, когда он способен сделать это. Все картины счастливого общества, нарисованные разными красками и множеством кистей за последние два столетия, оказались либо несбыточной мечтой, либо — если их воплощение в действительности и было объявлено — не жизнеспособными (конструкциями. — И. Ч.). На практике приносит столько же несчастий, сколько и счастья, если не больше».¹³ В связи с этим можно согласиться с утверждением Л. Болтански и Л. Тевено, что неопределенность составляет «саму суть человеческого действия».¹⁴

Неопределенность в юриспруденции ставит под сомнение ее краеугольный камень — принцип верховенства права, в частности, его важнейшее положение стабильности и непротиворечивости правовой системы. Именно эти качества призваны обеспечить доверие населения к законодательству. Однако сегодня стала очевидной завышенность претензии человеческого Разума, которую можно обозначить как «миф позитивного права»,¹⁵ построить идеальную (завершенную, непротиворечивую, охватывающую все возможные юридически значимые ситуации) правовую систему. Между принципами права и законодательством, а тем более его конкретизацией в процессуальных нормах, нет логически выводимой связи. Из одного и того же принципа права или конституционного положения можно сделать логически непротиворечивым способом значительно отличающиеся выводы. Например, из принципа разделения властей можно сформировать президентскую, парламентскую или смешанную республиканские формы правления и конституционно-монархическую. Ко всему прочему, норма права не имеет имманентного механизма ее реализации,¹⁶ поэтому процессуальное законодательство в свою очередь может значительно отличаться при относительном единстве материального права, не будучи с ним логически связанным.¹⁷ В ситуации «инфляции законов»

¹³ Бауман З. Индивидуализированное общество. С. 141.

¹⁴ Болтански Л., Тевено Л. Критика и обоснование справедливости: Очерки социологии градов. С. 523. — По их мнению, это связано с тем, что «окончательное закрепление квалификаций за людьми, какими бы они ни были, привело бы к разрушению человечества...» (Там же. С. 522).

¹⁵ Рулан Н. Мифы позитивного права // Рулан Н. Юридическая антропология. Учебник для вузов. М., 1999. С. 242–249. — См. также: Честнов И. Л. Формальная определенность права // История и методология юридической науки. Учебник для вузов / под ред. Ю. А. Денисова, И. Л. Честнова. СПб., 2014. С. 371–376.

¹⁶ «Решение, — писал в свое время К. Шмитт, — никогда не может быть выведено без остатка из содержания нормы» (см. обсуждение этого положения: Агамбен Дж. *Homosacer*. Чрезвычайное положение. М., 2011. С. 59–60, 141).

¹⁷ Вообще говоря, логика в юриспруденции имеет весьма ограниченное применение. «Поиск, оценка фактов, — по мнению Р. Познера, — в основном не являются логическим процессом. Судья, как правило, предпочитает держаться давно действующей нормы права, несмотря даже на ее противоречие со справедливостью. Еще менее применима логика к изменениям правовой системы, принципиально отличающимся от исправления ошибок в силлогизме. /.../ Логика, как и математика, охватывает отношения между идеями, а не соотносимость с фактами», — пишет известный американский юрист (Posner R. *The Problems of Jurisprudence*. Chicago, 1990. P. 50, 52).

(термин Н. Рулана)¹⁸ и «нормальности» чрезвычайного положения¹⁹ говорить о том, что правовая система отвечает требованиям принципа верховенства права, значит занимать некритическую позицию.²⁰

В такой ситуации неопределенности (комплексности, контингентности, перманентной нестабильности) в качестве средства если не преодоления ее, то, по крайней мере, снижения выступает теория и практика коммуникации. Так, Ю. Хабермас, понимая невозможность содержательного обоснования социальных норм, формулирует коммуникативную концепцию социальной нормативности, основанную на формальной, дискурсивной, делиберативной рациональности. «Основное положение этики дискурса, — пишет немецкий мыслитель, — запрещает особо выделять, ссылаясь на философский авторитет, какие-либо моральные содержания (например, определенные принципы справедливого распределения) и раз и навсегда закреплять их средствами морали».²¹ Тем самым обосновывается, что социальные (и, следовательно, правовые) нормы притязают не на истину, а на социальную значимость как их принятие или признание универсальной аудиторией. «Каждая действенная норма должна удовлетворять тому условию, что прямые и побочные действия, которые общее следование ей возымеет для удовлетворения интересов каждого отдельного индивида, могут быть без какого бы принуждения приняты всеми, до кого она имеет касательство».²²

В этом же русле движется мысль А. В. Полякова. Коммуникативность, на что неоднократно обращал внимание ученый, выступает содержанием социальности (а значит — и права) как таковой.²³ Осмысленность

¹⁸ Рулан Н. Историческое введение в право. Учеб. пособие для вузов. М., 2005. С. 15.

¹⁹ «Сегодня, — пишет Дж. Агамбен, — чрезвычайное положение все более и более стремится стать доминирующей управленческой парадигмой современной политики. Превращение временной и исключительной меры в управленческую технологию угрожает радикально преобразовать — и фактически уже ощутимо преобразовало — структуру и смысл различных традиционных конституционных форм. В этой перспективе чрезвычайное положение является порогом, за которым стирается граница между демократией и абсолютизмом. /.../ Сегодня мы наблюдаем со всей очевидностью: с того момента как “чрезвычайное положение... стало правилом”, оно все чаще и чаще оказывается управленческой технологией, а не вынужденной чрезвычайной мерой, и обнаруживает свою природу основополагающей парадигмы правового порядка» (Агамбен Дж. *Homosacer*. Чрезвычайное положение. С. 9, 16).

²⁰ Праву имманентно присуща анонимность и «сущностная амбивалентность», заявляет Дж. Агамбен. Последняя состоит в следующем: «...с одной стороны, тенденция к нормативному регулированию в строгом смысле слова, направленная на создание жесткой системы предписаний, отношение которой к реальной жизни остается, однако, проблематичным, если вообще возможным (совершенное состояние права, в котором все регулируется нормами), с другой стороны — тенденция к анонии, проявляющаяся в ситуации чрезвычайного положения, а также в идее суверена как живого воплощения закона, в котором сила закона, не подпадающая ни под какую норму, представляет собой чистое вторжение жизни» (Там же. С. 113).

²¹ Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. СПб., 2000. С. 182.

²² Там же. С. 179.

²³ Поляков А. В. Коммуникативный подход к праву как вариант постклассического правопонимания // Классическая и постклассическая методология развития юридической науки на современном этапе. Сб. науч. тр. / редколл.: А. Л. Савенок (отв. ред.) [и др.]. Минск, 2012. С. 22.

человеческих действий, а тем самым и формирование социального мира²⁴ как мира значений²⁵ происходит в интерсубъективном взаимодействии, включающем «внутренний диалог» — ответ себе как Другому.²⁶

Правовая коммуникация, по мнению А. В. Полякова, охватывает (связывает) разные аспекты бытия права как многомерного феномена,²⁷ и в этом смысле коммуникативная теория права может быть обозначена как «интегральная концепция».²⁸ На сегодняшний день она представляет собой развитую, хорошо аргументированную теорию, содержащую фило-софское обоснование права, теорию «среднего уровня» (или догму права) и возможность конкретизации на эмпирическом материале.

Признавая эвристическую ценность и научную перспективность, а также социальную значимость коммуникативной теории права, нельзя не затронуть вопрос о ее **перспективах** в связи с изменяющимися социо-культурными и историческими условиями (пост)современного социума. Мне уже приходилось высказываться по поводу «точек роста» коммуни-кативной теории права.²⁹ Среди них одной из наиболее актуальных проблем представляется дискурсивность конструируемости и воспроизводимости правовой реальности. Как именно происходит формирование «правовых текстов», которые, по мнению А. В. Полякова, обеспечивают взаимное признание прав и обязанностей субъектов правовой коммуникации,³⁰ тем самым собственно и конституируют ее — правовую коммуникацию?

Весьма перспективным и популярным вариантом ответа на этот во-прос является дискурсивная теория права, представленная в социальной

²⁴ По мнению А. Ю. Антоновского, ссылающегося на авторитет В. Вунда и Дж. Г. Мида, самовосприятие собственного жеста является условием самосознания, а следовательно, и социальности (Антоновский А. Ю. Пространство, время и интерсубъективность в сим-волическом интеракционизме Дж. Г. Мида // Интерсубъективность в науке и философии / под ред. Н. М. Смирновой. М., 2014. С. 254).

²⁵ «Социальная феноменология видит социальную реальность как структуриро-ванный мир значений, выступающий в форме типизированных представлений об объ-ектах этого мира», — пишет Н. М. Смирнова (Смирнова Н. М. Коммуникативный смысл интерсубъективности: феноменология и когнитивные науки // Интерсубъективность в науке и философии / под ред. Н. М. Смирновой. М., 2014. С. 289–290).

²⁶ «Смотреть на себя и размышлять о себе возможно, лишь занимая чужую по-зицию. И именно в коммуникации рождается основание самоидентификации инди-вида — слова, и, прежде всего, само слово — “Я”» (Антоновский А. Ю. Пространство, время и интерсубъективность в символическом интеракционизме Дж. Г. Мида. С. 260).

²⁷ «Право в рамках коммуникативного подхода представляет собой интегральную целостность, включающую материальное (знаковые системы нормативных правовых текстов) и идеальное (интерпретация и легитимация правовых текстов, осознание суб-ективных прав и обязанностей); должное (нормативная составляющая легитимирован-ных правовых текстов) и сущее (реализация прав и обязанностей в правоотношениях); субъективное (права и обязанности) и объективное (правовые нормы, правовые тексты, правовые институты); рациональное (логическая структура нормы) и иррациональное (ее ценностное восприятие); виртуальное (право с позиции внешнего наблюдателя) и актуальное (право с позиции участника правовых отношений); эксплицитное (техни-ческая сторона правовой коммуникации) и имплицитное (ценностные начала правовой коммуникации, следующие из ее природы)» (Поляков А. В. Коммуникативный подход к праву как вариант постклассического правопонимания. С. 27–28).

²⁸ Там же. С. 20.

²⁹ Честнов И. Л. Коммуникативная теория права как «незримая коллегия» // Право-ведение. 2013. № 5.

³⁰ Поляков А. В. Коммуникативный подход к праву как вариант постклассического правопонимания. С. 25.

философии идеями дискурсивной этики К.-О. Апеля и Ю. Хабермаса, в юриспруденции разрабатываемая Р. Алекси как «специфические правила дискурса». Главные из них гласят: 1. Каждый, кто может говорить, может принимать участие в дискурсе. 2. (а) Каждый может поставить под сомнение любое утверждение. b) Каждый может ввести любое утверждение в дискурс. (с) Каждый может выражать свои взгляды, желания и потребности. 3. Ни одному из ораторов нельзя препятствовать реализовывать его права, закрепленные в пунктах (1) и (2), никаким давлением, в рамках или за пределами дискурса.

Эти правила гарантируют права каждого из тех, кто принимает участие в дискурсе, а также свободу и равенство в рамках дискурса. Они служат выражением универсального характера теории дискурса». ³¹

Приведенные положения являются приложением к правоведению идей дискурсивной рациональности, основанной на «идеальной речевой ситуации», как практики «идеального коммуникативного сообщества», развиваемой К.-О. Апелем и Ю. Хабермасом. При всем авторитете данной программы и ее обоснованности нельзя не заметить, что в ней не принимается во внимание контекст коммуникативной ситуации, роль власти и идеологии в манипуляции реальным (а не идеальным) коммуникативным сообществом при выработке, столкновении и борьбе аргументов. Поэтому «делиберативная (она же дискурсивная) теория права», ориентированная на консенсус, сегодня поставлена под сомнение критическим дискурс-анализом, акцентирующим внимание на различия, конститутивные для всех социальных идентичностей (в том числе и правовых статусов). ³² Не случайно Р. Алекси оговаривается: «Центральная проблема теории дискурса состоит в том, что ее система правил не предоставляет никакого метода, который позволил бы конечным числом операций достигать всегда точно определенного результата». ³³

Право с точки зрения критического дискурс-анализа не есть некая объективная данность, а представляет собой результат активной деятельности господствующей социальной группы по формированию образов юридически значимого поведения и убеждению населения в необходимости его воспроизведения. Правовой институт конструируется первичным единичным действием (например, представителя референтной группы или правящей элиты по объявлению какого-либо действия правомерным либо противоправным). В силу авторитета субъекта — носителя символического капитала, именующего некоторые действия в качестве правомерных либо

³¹ Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс // *Российский ежегодник теории права*. Вып. 1. 2008. СПб., С. 455.

³² В свое время М. Фуко, полемизируя с Ю. Хабермасом, идеи которого он, несмотря на расхождения во взглядах, оценивал очень высоко, заявил: «Идея, будто может существовать состояние коммуникации, которая будет таковая, что игры истины смогут циркулировать в ней без препятствий, без давления и последствий принуждения, на мой взгляд, принадлежит к порядку утопии» (Фуко М. Этика заботы о себе как практика свободы // Фуко М. Интеллектуалы и власть: Избранные политические статьи, выступления и интервью. Ч. 3. М., 2006. С. 266). На утопичность делиберативного консенсуса (легитимности) обращают внимание постструктуралисты, придерживающиеся преимущественно постмарксистских взглядов, утверждая, что политическая (и правовая) коммуникация основана на различии, гегемонии (которую не следует путать с безраздельным господством в «догматическом марксизме») доминирующей социальной группы, навязывающей свою номинацию мира (Laclau E., Mouffe C. *Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics*. 2nd ed. London, 2000. P. 136).

³³ Там же. С. 453.

противоправных, других обстоятельств (например, функциональной значимости определенного действия, подлежащего нормативной охране, — закрепления посягательства на него как противоправного, заимствования иностранного опыта и т. п.) — происходит легитимация сконструированного социального мира (социального института, правила поведения), т. е. признание его широкими слоями населения и седиментация («осаждение» — букв. «выпадение в осадок» — в образцы традиционного поведения). Все это приводит к тому, что сконструированный мир реифицируется и начинает восприниматься как объективная данность, природа вещей, естественная сущность.

При этом следует иметь в виду, что социально значимый субъект, тот, кто сумел победить в борьбе за «право номинации социального мира» (по терминологии П. Бурдьё), формулирует правило поведения (в том числе, юридически значимое) отнюдь не произвольно, т. е. конструирование социального (и правового) мира не является абсолютно произвольным, ничем не обусловленным креативным актом. Он (его волюнтаризм) ограничен как ресурсом наличных средств, так и здравым смыслом, и оценкой легитимирующего потенциала. «Кажущаяся бесконечность возможностей творческого потенциала в дискурсивной практике, — справедливо отмечает Н. Фэркло, — ...на практике оказывается весьма ограниченной и скованной из-за существующих отношений гегемонии и борьбы за гегемонию».³⁴ Эта «борьба за гегемонию» вводит такие ограничения на инновацию, как историческое прошлое, господствующая культура, состояние сфер общества, международное окружение. Эти внешние факторы интериорируются правовой культурой в правосознание социума и подвергаются селективному отбору со стороны правящей элиты и референтной группы, после чего новый образец социально значимого поведения легитимируется и означает (приобретает значение) как правовое поведение. Этому в немалой степени, конечно, способствует придание образцу поведения юридически знаковой формы, т. е. облечение в соответствующую форму права. Однако реальность права возникает не в момент его официального провозглашения, а только после того, когда новое правило поведения трансформируется в правопорядок.

В конечном счете, окончательный выбор правила поведения как правомерного или противоправного зависит от широких народных масс, которые либо принимают его и включают в контекст правовой культуры общества, либо отвергают с помощью дискурсивных практик, вне которых принципы права, а также любые знаковые его фиксации остаются «мертворожденными». Здесь принципиально важное значение имеет социокультурный и исторический контекст, который, по большому счету, и является трансцендентным критерием правовой селекции — важнейшим элементом конструирования правовой реальности.

Формирование правового института происходит в результате складывания и функционирования **правового социального представления**. Это происходит тогда, когда социальное представление о юридически значимом поведении начинает массово воспроизводиться опривыченными (хабитуализированными) практиками широких слоев населения. Формирование соответствующего навыка у субъекта (актера) снижает его когнитивную нагрузку — необходимость рассчитывать каждый свой шаг, экономит

³⁴ Fairclough N. Critical discours analysis and the marketization of public discourse: the universities // Discourse and Society. 1993. Vol. 4 (2). P. 137.

мышление и предполагает выполнение соответствующих привычных действий практически без осознанного контроля. Предсказуемость «юридической повседневности» свидетельствует о высоком уровне правовой инкультурации социализированного индивида, о совпадении его экспектаций с экспектациями контрагента — носителя соответствующего правового статуса в контексте нормы права. Обретение соответствующих юридически значимых навыков и умений свидетельствует о правовой социализации как возможности самостоятельно играть роли — реализовывать своими действиями правовые статусы,³⁵ т. е. о дееспособности индивида.

Правовые социальные представления формируются в процессе конкурентной борьбы социальных групп за право официальной номинации социальных явлений и, соответственно, юридической квалификации. При этом за видимостью «естественного хода истории» скрывается борьба социальных сил, их гегемонистские стратегии. Так, по мнению М. Олсона, формирование государства — это преодоление анархии кочующих бандитов, возникающее, подобно рыночному порядку, из эгоистических стремлений тех же бандитов к максимизации взимаемой с общества дани. Необходимые условия этой максимизации образуют принципиально новый порядок, власть оседлого бандита, становящегося автократом (автократическим правительством). Он пишет, что правительства для групп больших, чем племена, обычно возникают не из общественных договоров или добровольных сделок любого вида, а скорее, по причине рационального корыстного интереса у тех, кто способен мобилизовать наибольший потенциал насилия. Силовые предприниматели, естественно, не называют себя бандитами, но, напротив, дают себе и своим наследникам возмечивающие их титулы. Иногда они даже заявляют, что правят по божественному праву. Поскольку история пишется победителями, происхождение правящих династий, конечно, обычно объясняется в терминах высоких мотивов, а не корыстными интересами. Автократы всех разновидностей заявляют, что их подданные желают, чтобы они ими правили, и тем самым подпитывают чуждое истории предположение о том, что государственная власть возникает из какой-либо разновидности добровольного выбора.³⁶

По мнению Г. Брейквелл, на конструирование социального представления принципиальное влияние оказывают следующие факторы: во-первых, расстановка сил в межгрупповой борьбе, включающая воздействия СМИ и политтехнологий на население; во-вторых, связь с социальной идентичностью членов соответствующей группы, которой не может противоречить формирующееся социальное представление (в противном случае неизбежен когнитивный диссонанс); в-третьих, включение нового социального представления в весь комплекс социальных представлений, образующих менталитет социума.³⁷

Несмотря на то что правовые социальные представления навязываются обществу (выступающему, в свою очередь, как и любое коллективное образование, социальным представлением, связывающим конкретных

³⁵ Правовой статус — это не просто права и обязанности, закрепляемые законодателем за человеком, а фактическая возможность и желаемость их реализации. А это возможно только при наличии правовой идентичности индивида — соотношении себя с соответствующим статусом.

³⁶ Olson M. Dictatorship, Democracy and Development // American Political Science Review. 1993. Vol. 87 (3). P. 568.

³⁷ Breakwell G. M. Social representations and social identity // Papers on social representations. 1993. Vol. 2 (3). P. 196–197.

людей в некое единое целое) элитой и референтной группой, они не могут не обладать определенной степенью легитимности.³⁸ Анализ измеримости и достижимости легитимности правовых институтов (шире — правовой системы) — отдельная важная тема, требующая специального рассмотрения.

Вышеизложенное свидетельствует, как представляется, о том, что именно коммуникативная теория права сегодня выступает наиболее эвристически ценным типом правопонимания, нуждающимся в дальнейшей теоретической и эмпирической разработке.

³⁸ «В некоторых ситуациях люди могут договориться между собой даже несмотря на разногласия по поводу общих сближений», — утверждают Л. Болтански и Л. Тевено (*Болтански Л., Тевено Л. Критика и обоснование справедливости: Очерки социологии градов. С. 68*).

ПРОЩАЙ, КЛАССИКА, ВПЕРЕД К МАТЕРИАЛИСТИЧЕСКОЙ ТЕОРИИ ПРАВА!

В. М. СЫРЫХ*



Сырых Владимир Михайлович,
доктор юридических наук,
профессор, заслуженный
деятель науки РФ,
заведующий отделом теории
и истории права и правосудия
Российской академии правосудия

В статье обосновываются основные достижения коммуникативной теории права в исследовании общих проблем понимания права, суть которых состоит в интегративной трактовке права как явления, состоящего из трех взаимосвязанных компонентов — позитивного права, индивидуального права и договора, соглашения. При этом коммуникативная теория права обоснованно признает ведущую роль индивида в правовой коммуникации. Однако коммуникативный подход, будучи справедливым относительно большинства действующих норм позитивного права, все же не является всеобщим. В частности, с его помощью невозможно отличить действительное право от его превращенной формы в случаях, когда индивид, не имеющий профессиональных правовых знаний, не способен выявить действительную норму права и вынужден либо проводить в жизнь законодательный произвол, либо действовать в обход закона, руководствуясь иными социальными нормами, а порой и нормами теневого права.

У коммуникативной теории права имеются все возможности для раскрытия закономерностей функционирования и развития права, формулирования на их основе критериев, позволяющих четко и последовательно отличать действительное право от его превращенной формы. Для этого необходимо признать, как это имеет место в материалистической теории права, позитивное право, индивидуальное право и договор в качестве самостоятельных форм, органично связанных друг с другом и переходящих друг в друга. Позитивное право представляет собой абстрактное право, общее веление, которое не может стать действительным до тех пор, пока не будет реализовано в конкретном правоотношении. Индивидуальное право выступает самостоятельной формой права. Оно лишает позитивное право абстрактного характера, переводит его на уровень представлений индивида о должном и необходимом, которые получают воплощение в реальной жизни в той мере, в какой они будут воплощены в договоре, соглашении с другим субъектом права.

* Syrykh Vladimir Mikhaylovich — doctor of legal sciences, professor, honoured scientist of the Russian Federation, head of the Department of Theory and History of Law and Justice of the Russian Academy of Justice.

E-mail: 2707xyz@mail.ru

© Сырых В. М., 2014

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: позитивизм, коммуникативная теория права, материалистическая теория права, понятие права, действительное право, норма права, правоотношения, превращенная форма права.

SYRYKH V. M. FAREWELL, THE CLASSICS, AHEAD TO THE MATERIALISTIC THEORY OF LAW!

The article substantiates main achievements of the communicative theory of law in researching general problems of law understanding the main essence of which is an integrative interpretation of law as a phenomenon consisting of three interrelated components: a positive law, an individual right and a contract, an agreement. The communicative theory of law reasonably acknowledges the leading role of an individual in the legal communication. However, the communicative approach, being suitable for the majority of applicable rules of the positive law, can not be a comprehensive one. In particular, it does not enable to distinguish the valid law from its converted form in cases when an individual without professional legal expertise is incapable of identifying a valid rule of law and has either to take legislative arbitrary actions or to circumvent the law following other social norms or sometimes even rules of the shadow law.

The communicative theory of law is able to reveal the regularities of functioning and development of law, to establish on their basis the criteria which enable to clearly and coherently distinguish the valid law from its converted form. For this purpose it is necessary to acknowledge, as in the materialistic theory of law, the positive law, the individual right and the contract as independent forms smoothly connected with each other and merging to each other. The positive law is an abstract law, a common command which cannot be valid until it is implemented in a specific legal relation. The individual right is an independent form of law. It deprives the positive law of its abstract nature and transfers it to the level of an individual's ideas about the due and the necessary. These ideas are implemented in the real life in so far as they are implemented in the contract or agreement with another right holder.

KEYWORDS: positivism, communicative theory of law, materialistic theory of law, concept of law, valid law, rule of law, legal relations, converted form of law.

Мысль о том, что классические доктрины права — юридический позитивизм, равно как и теория естественного права, — являются односторонними и не способными раскрыть закономерности функционирования права как системного целостного организма, в настоящее время прочно вошла в сознание российских правоведов и не нуждается в дополнительных обоснованиях. Это отношение к названным доктринам А. В. Поляков точно определил как прощание с классикой.

Не вызывает отторжения российских правоведов и идея формирования новой доктрины права на путях интегративного восприятия всего ценного, что достигнуто представителями классических теорий права. Однако этим единодушие современных теоретиков права и завершается, ибо другой, логически связанный с этим вопрос о путях построения предлагаемой интегративной теории оказывается подернутым «научной дымкой», неясным и проблематичным. Поиски интегративного правопонимания в основном ограничились представлением права как феномена, который не имеет «внутреннего антропологического источника саморазвития, движения и выступает «мертвым», «абстрактным», «внешним» для субъекта правом, некоей априорной данностью, или знаковым комплексом, оторванным от человека и его жизненного мира».¹

¹ Поляков А. В. Прощание с классикой, или Как возможна коммуникативная теория права // *Российский ежегодник теории права*. СПб., 2009. С. 11–12.

Заметный прорыв на пути современного видения права был осуществлен коммуникативной теорией права, наиболее ярким представителем, последовательным сторонником и пропагандистом которой из числа российских правоведов предстает профессор, доктор юридических наук А. В. Поляков. Его перу принадлежит курс лекций «Общая теория права. Феноменолого-коммуникативный подход» (СПб., 2003); учебники «Общая теория права. Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода» (СПб., 2004); «Общая теория права» (в соавт. с Е. В. Тимошиной) (СПб., 2005) и др.

Творчески продолжая наиболее плодотворные положения, идеи психологической теории права Л. И. Петражицкого, коммуникативная теория права наделяет индивида статусом основного носителя права. Как признают А. В. Поляков и Е. В. Тимошина, система правовых коммуникаций представляет собой такую систему отношений, «субъекты которых на основе интерпретации различных социально легитимированных правовых текстов нормативно взаимодействуют между собой путем реализации принадлежащих им прав и обязанностей».²

Коммуникативная теория права позволяет успешно преодолеть односторонность классических теорий права и обладает рядом несомненных достоинств. В их числе следует, прежде всего, отметить: 1) отрицание основного постулата позитивистской доктрины — способности позитивного права выступать в качестве единственного правового регулятора общественных отношений; 2) признание взаимообусловленных прав и обязанностей субъектов коммуникации в качестве необходимого, основного признака права; 3) обоснование правовых отношений как вторичного правового текста, «который уточняет, конкретизирует смысл правовой нормы».³

Понимая позитивное право (государственно-правовую норму) как общезначимое и общеобязательное правило поведения, вытекающее из установленных или санкционированных государством правовых текстов, в качестве его обязательного признака коммуникативная теория права называет реализуемость нормы в социальной практике. Соответственно «законодательное правило только тогда становится правовой нормой, когда оно конституирует коммуникативное взаимодействие правовых субъектов, при котором каждый из них будет определять свое поведение в соответствии с имеющимися правами и обязанностями».⁴

Обоснование реализуемости нормы права в качестве ее обязательного признака позволяет преодолеть основной догмат позитивистской доктрины, согласно которому норма права считается действующей с момента вступления соответствующего источника в силу и до даты его официальной отмены. При этом никакие иные обстоятельства и факты, в том числе и случаи несоответствия нормы содержанию регулируемых общественных отношений, во внимание позитивистской доктриной не принимаются. Субъекты, по ее мнению, должны неукоснительно выполнять действующую норму в ущерб себе и обществу до тех пор, пока она не будет отменена компетентным правотворческим органом.⁵

² Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права. СПб., 2005. С. 109.

³ Там же. С. 109–111.

⁴ Там же. С. 111.

⁵ Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. С. 58; Мальцев Г. В. Социальные основания права. М., 2007. С. 607; и др.

Несообразность подобной конструкции действия позитивного права аргументированно раскрывается теорией коммуникативного права, связывающей факт действия нормы права, во-первых, с ее непременным осознанием субъектами права и, во-вторых, с их твердым намерением воплотить субъективные права и обязанности, закрепленные нормой права, в конкретном правоотношении. «Правовая норма, — признает А. В. Поляков, — это норма поведения, и нормой правовой коммуникации может стать только такое правило, которое реализуется в поведении субъектов как их права и обязанности... Текст закона, не реализуемый в поведении, позволяет конституировать лишь виртуальную норму, но не норму права в коммуникативном понимании».⁶

Признание коммуникативной теорией права индивида, иного субъекта права в качестве необходимого соучастника творения правовой реальности, обеспечивающего перевод права, содержащегося в правовых текстах, в русло конкретных правоотношений, по нашему мнению, имеет принципиально важное научное значение. Доктрина восстанавливает действительную творческую роль индивида в механизме правового регулирования, отрицая одностороннее и глубоко неверное представление позитивистской теории права о нем как простом исполнителе норм права, да еще по мотивам боязни быть привлеченным к юридической ответственности.

В процессе правовой коммуникации субъекты не ограничиваются формально-логическим знанием позитивного права, а творчески развивают его, согласовывая между собой меру своей свободы в конкретном правоотношении посредством определения правомочий и корреспондирующих им юридических обязанностей. Именно в акте согласования содержания планируемого правоотношения позитивное право становится реально действующей нормой права. Поэтому права и обязанности участников конкретных правоотношений, закрепленные договором, соглашением, «онтологически "ближе" к феномену права, чем тексты законов или других правовых актов... там, где отсутствует система взаимообусловленных когерентных прав и обязанностей как части жизненного мира данного социума, отсутствует и право».⁷

Цитируемое положение примечательно еще одним выводом, который с точки зрения теории позитивного права является невозможным и абсурдным: соглашение, договор участников конкретного правоотношения находятся к реальному праву ближе, чем позитивное право. Между тем это положение заслуживает самого пристального внимания, поскольку оно достоверно характеризует путь воплощения абстрактного позитивного права в конкретном правоотношении, в реальной жизни. Абстрактное позитивное право не может воплотиться в конкретных правоотношениях иначе, как приняв последовательно форму правовых притязаний индивидов, а затем индивидуального договора, соглашения, ибо участники конкретных правоотношений реализуют в своих действиях не нормы позитивного права, а индивидуальный договор, который хотя и не противоречит действующему праву, но зачастую дополняет его новыми, оригинальными правовыми предписаниями. В то же время договор (соглашение) завершает правотворческую деятельность общества, государства и индивида

⁶ Поляков А. В. Прощание с классикой, или Как возможна коммуникативная теория права. С. 19.

⁷ Там же. С. 18.

формулированием и закреплением конкретных прав и обязанностей участников правоотношения, имеющих общеобязательное значение.

Раскрытие теорией коммуникативного права действительной динамики процесса формирования права от общей нормы к конкретным правоотношениям позволяет ей по-новому представить соотношение основных компонентов коммуникации как единого целостного образования. «Ни правовые тексты, ни правовые ценности, ни субъективное правосознание, ни индивидуальные правопритязания не образуют право в качестве разрозненных элементов. То, что их объединяет, — это правовая коммуникация, возникающая как intersubjective реальность».⁸

Коммуникативная теория права, таким образом, вплотную подошла к материалистической теории права, в основе которой лежит идея о признании юридической формы экономических отношений в качестве объективного права, которое в процессе своего перехода в действительность, в систему конкретных правоотношений последовательно принимает четыре равноценные, равнозначные формы: позитивного, индивидуального, конкретного права и фактических правоотношений. В целом же частное право согласно материалистической теории права представляет собой всеобщую и эквивалентную взаимосвязь свободно волящих участников имущественных отношений, основанную на договоре и реализованную в конкретных действиях и поступках.⁹ Более подробно об этом будет сказано чуть ниже.

Необходимо признать, что интересы дальнейшего плодотворного развития коммуникативной теории необходимо обуславливают ее дальнейшее сближение, интеграцию с материалистической теорией права. Коммуникативной теорией права успешно решена лишь первая задача научной теории правопонимания, ею выявлены бесспорные критерии права, позволяющие отличать его от иных социальных норм. Однако, как известно, существует вторая, не менее важная задача всякого правопонимания — поиск и обоснование критериев, позволяющих отличить действительное право от его превращенной формы, т. е. законодательного и иного правового произвола. К сожалению, эта задача коммуникативной теории права решена менее успешно.

Следуя догматам философии субъективного идеализма, отрицающим наличие «социальной физики», представители коммуникативной теории права довольствуются в основном описанием и объяснением процесса коммуникативного действия права. Представители этой доктрины признают, что во всех случаях, когда «общество воспринимает свой правовой строй как справедливый и свободный и при этом субъекты, ориентирующиеся на легитимированные тексты, обладают необходимыми правами для самостоятельного действия и могут рассчитывать на исполнение юридических обязанностей, то мы имеем дело с правопорядком, независимо от того, как мы можем оценить этот правопорядок сегодня».¹⁰

Создается впечатление, что в вопросе о сущности и содержании права коммуникативная теория пока что не нашла достаточно четкого критерия отличия действительного права от его произвола, его превращенной формы. Взаимность прав и обязанностей субъектов правоотношения как существенный признак права все же не исключает ситуаций, когда

⁸ Там же.

⁹ Сырых В. М. Материалистическая теория права. Избр. М., 2011.

¹⁰ Поляков А. В. Прощание с классикой, или Как возможна коммуникативная теория права. С. 39.

законодательный произвол может быть легимитирован участниками договора вследствие недостаточно высокого уровня их правового сознания, неспособного безошибочно отличить действительное право от его превращенной формы, отсутствия иного правового варианта их социальной связи, мошенничества одного из участников договора и др.

Например, трудовым договором между вузом и профессором установлен с их общего согласия и в соответствии с действующим законодательством базовый оклад чуть более 20 тыс. руб.¹¹ С точки зрения коммуникативной теории подобный акт представляет собой действительное право, ибо все его признаки налицо: правовая норма, согласие участников и подписанный договор. Однако с точки зрения материалистической теории права нормативный акт, закрепляющий размеры должностных окладов профессорско-преподавательского состава вузов, представляет собой превращенную форму, поскольку не соответствует принципу эквивалентности. Вряд ли можно найти еще одну страну, где бы заработная плата высококвалифицированных работников науки и образования на 16 % не дотягивала даже до средней заработной платы по стране.¹²

Таким образом, назначение правовой науки состоит как в том, чтобы верно констатировать реальное бытие права, так и в том, чтобы раскрыть критерии, признаки, позволяющие отличить действительное право от его превращенной формы. Актуальность и значимость этой основополагающей проблемы теории права обуславливается тем, что ни позитивное право, ни тем более правосознание индивида не существуют в чистом виде, в полном соответствии со своей правовой сущностью, своим «должным». Наряду с нормативными правовыми актами, содержащими действительное право, могут действовать нормы, закрепляющие законодательный произвол, равно как и представления индивида о собственном праве могут весьма далеко отходить от принципов и норм действительного права.

Превращенная форма позитивного права — это действующие нормативные предписания, которые являются таковыми лишь по форме. По своему же непосредственному содержанию они представляют собой выражение произвольной, субъективной правотворческой воли. Субъективизм этой воли может проявляться в виде: 1) нормативных предписаний, не соответствующих нормам и принципам объективного права и/или закономерностям функционирования права; 2) предписаний, противоречащих актам высшей юридической силы; 3) нормативного правового акта или отдельных предписаний, принятых правотворческим органом за пределами его компетенции; 4) нормативного правового акта, принятого с грубым нарушением законотворческой процедуры.

На всем протяжении истории превращенная форма права, порожденная волюнтаризмом законодателя, органично уживалась с действительным правом, а порой и полностью подменяла его. Чаще всего посредством превращенной формы урезались права одних социальных слоев в пользу

¹¹ Согласно данным, приведенным заместителем Председателя Профсоюза работников образования Т. В. Куприяновой на Пленуме Центрального Совета Профсоюза 17 декабря 2013 г., минимальный должностной оклад профессора в размере 19 555 руб. установлен в вузах Псковской области, а максимальный в размере 29 444 руб. — в вузах Ростовской области // pro54.ru/system/files/vystuplenie_t.v._kupriyanovoy_na_plenume.doc (дата доступа 21.09.2014).

¹² В 2,2 раза увеличатся базовые оклады преподавателей в подведомственных Минобрнауки России вузах до конца 2013 г. // <http://sovetrektorov.ru/news/2013/100813/> (дата доступа 20.09.2014).

других или общества в целом, как это имело место в России в XIX в., где сохранялось крепостное право, закреплявшее право помещиков на эксплуатацию крепостных крестьян и устанавливавшее обязанность последних бесплатно трудиться на благо своих хозяев, церковь и царя-батюшку. Бесправное положение крестьян настолько глубоко вошло в быт и сознание помещиков, что даже отмена крепостного права ими не мыслилась иначе, как посредством выкупа крестьянами земельных наделов и сохранением телесных наказаний крестьян вплоть до начала XX в. Советское государство также не особенно церемонилось со своими хозяевами — трудящимися массами, принимало акты, грубо нарушающие их элементарные экономические права и свободы, в том числе провело раскулачивание, насильно согнало крестьянство в колхозы, лишило их права самостоятельного распределения полученных доходов, словом, ввело крепостное право на новых, «социалистических» началах. Доставалось и пролетариату как гегемону революции, которого советская власть не спешила обеспечивать нормальными жилищными условиями, достойной заработной платой, а перед началом Великой Отечественной войны и вовсе лишила права на свободный выбор труда, прочно закрепив каждого трудящегося на его рабочем месте.

Превращенная форма позитивного права широко использовалась в Российской Федерации в качестве инструмента легализации процессов разгосударствления и приватизации, закрепления права частной собственности, обеспечения экономической свободы участникам общественного производства. «Сегодня понятно, — пишут по этому поводу А. И. Селиванов, А. Г. Хабибулин, С. М. Шахрай, — что многие законы и подзаконные акты формировались как результат открытого или скрытого лоббирования со стороны отдельных персон, групп или корпораций, региональных элит. При этом интересы российского государства в целом, как некоторой территориально-исторической целостности фактически были отодвинуты на задний план». ¹³ Результаты такого законодательного волюнтаризма оказались самыми плачевными, ни государство, ни трудовые коллективы не были защищены от легализованного разворовывания государственных средств относительно небольшой группой людей, временно оказавшихся у власти. В результате «слабая юридическая защита прав собственности участников приватизационного процесса привела к передаче государственных активов узкой группе лиц, целью которой было не достижение конкурентоспособности экономики, а эксплуатация национального богатства страны в интересах скорейшего личного обогащения». ¹⁴

Превращенная форма позитивного права сохраняет свое действие в российском законодательстве и по настоящее время в виде норм, самым грубейшим образом нарушающих принцип равенства субъектов частного права, свободы их воли, эквивалентности правоотношений, возложения обязанностей, которые значительная часть населения выполнить не в состоянии. В прессе и юридической литературе нормативные предписания, представляющие собой превращенную форму позитивного права, подвергаются обстоятельной и аргументированной критике. Так, В. А. Толстик и Н. А. Трусов в числе таких норм обоснованно называют непомерно высокие ставки налогов, которые разоряют предприятия, высокую оплату

¹³ Селиванов А. И., Хабибулин А. Г., Шахрай С. М. Государство и экономика современной России: реальность и перспективы (политико-правовой анализ). М., 2006. С. 108.

¹⁴ Там же. С. 104.

жилищно-коммунальных услуг при их крайне низком качестве, недопустимо маленькую заработную плату работников систем здравоохранения и образования при их напряженном и ответственном труде и т. д.¹⁵

Превращенная форма позитивного права, как и всякий произвол, неизбежно порождает негативные социально-правовые последствия для лиц, нарушение прав которых легализуется законом, и создает благоприятные условия для других, права которых неоправданно расширяются. Лица, лишённые действующими законами надлежащих материальных средств, в борьбе за выживание чаще всего интенсивно ищут возможные пути обхода превращенных форм права, становятся на путь правонарушений. Так, «субъекты хозяйственной деятельности вынуждены уклоняться от уплаты налогов, жильцы квартир проводят тайные розетки в обход счетчиков, образование «заболело тяжелым недугом» взяточничества. Получается, что нарушение нормативных предписаний государства влечет юридическую ответственность, а их должное исполнение — негативный социальный эффект».¹⁶

Следовательно, теория права, не желающая оправдывать законодательный произвол и его негативные социальные последствия, не может абстрагироваться от проблемы поиска критериев, позволяющих отделять действительные нормы права от их превращенной формы. В этих критериях непосредственно заинтересован и современный законодатель, ориентированный на подготовку качественно совершенных законов как основы правового государства, и индивид, предпочитающий руководствоваться нормами действительного права, а не его превращенной формой. Индивид непосредственно заинтересован в действительном праве, поскольку только оно гарантирует его субъективные права, оптимальные результаты их реализации и обеспечивает действительную защиту этих прав.

Коммуникативная теория права справедливо признает ведущую роль индивида в правовой коммуникации, но не вооружает его знаниями, позволяющими отделить зерна от плевел, действительные нормы от их превращенной формы. Сам же индивид, не имеющий профессиональных правовых знаний, не всегда способен самостоятельно выявить действительную норму права, вынужден или проводить в жизнь законодательный произвол, или действовать в обход закона, руководствуясь иными социальными нормами, а порой и нормами теневого права. Следовательно, в случаях, когда компонентами коммуникативного права выступают нормы, представляющие собой превращенную форму позитивного права либо неверные ценностные оценки индивида, конечный результат на уровне вторичного права — договор, соглашение — оказывается далеким от действительного права. Однако коммуникативная теория, не имеющая действенных критериев, признаков действительного права, признает действительным правом как коммуникативные отношения, обладающие этими свойствами, так и отношения, представляющие собой превращенную форму, неправо.

Иной подход к проблеме действительного права и его превращенной формы используется в материалистической теории права, где частное право признается правовой формой экономических отношений производства, распределения, обмена и потребления, которые имеют объективный, независимый от воли индивидов характер. Присущая экономическим отношениям объективность выступает необходимым свойством как их

¹⁵ Толстик В. А., Трусев Н. А. Борьба за содержание права. Нижний Новгород, 2008. С. 170.

¹⁶ Там же.

экономического содержания, так и их правовой формы. *Объективную основу* правовой формы, раскрытую К. Марксом в «Экономических рукописях», составляют принципы равенства, свободы воли, взаимосвязи, эквивалентности и общеобязательности.¹⁷ Названные принципы в своей совокупности, системе позволяют достаточно четко квалифицировать эмпирически действующие предписания законодательства как действительное право или как его превращенную форму.

Позитивное право признается действительным отнюдь не потому, что с ним солидарны все или большая часть общества, а потому, что оно соответствует всем без какого-либо исключения принципам объективного права. Например, нормы гражданского законодательства, закрепляющие договор купли-продажи, поставки, перевозки и др., представляют собой действительное право. Они в полной мере соответствуют всем принципам объективного права и предстают адекватной правовой формой экономических отношений производства или перераспределения материальных благ. Иными предстают нормы трудового права, которые наделяют работодателя весьма широкими полномочиями при заключении договора найма рабочей силы, допускающие возможность нарушения им принципа эквивалентности или свободы договора, например, навязывания кабальных условий, пользуясь затруднительным материальным положением работника (требовать исполнения трудовых обязанностей в условиях, не соответствующих правилам техники безопасности, устанавливать не предусмотренные законодательством штрафы за упущения по работе, устанавливать удлинённый рабочий день и др.).

Понятно, что законодательный (правотворческий) произвол, введенный в закон, ни при каких условиях, в том числе и при условии его общественного одобрения и реализации в конкретных отношениях не может породить статуса действительного права и, соответственно, действительного коммуникативного права. Коммуникативной теории права, по нашему мнению, этот аспект права необходимо учитывать и находить соответствующие пути его воплощения в теории и практике.

Одним из существенных путей дальнейшего развития коммуникативной теории права, ориентирующей на раскрытие качественных особенностей компонентов, образующих правовую коммуникацию (позитивного права, правосознания субъектов и заключаемых ими соглашений, договоров), а также механизма, обуславливающего их тесную взаимосвязь, является заимствование опыта решения подобных проблем материалистической теорией права.

Согласно материалистической теории права переход объективного права из возможности в действительность осуществляется в четырех стадиях: позитивного права, индивидуального права, конкретного права и фактического правоотношения. Все стадии находятся между собой в устойчивой и необходимой связи. Каждая стадия необходимо предполагает другие, выступающие по отношению к ней в качестве либо основания, либо последующей стадии, удерживающей и развивающей результаты, достигнутые на этой предшествующей стадии.

Первой формой, которую принимает объективное право в процессе перехода в действительность, является позитивное право — система норм права, установленных или санкционированных государством, его органами в форме законов и иных нормативных правовых актов.

¹⁷ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 46. Ч. 1. С. 188–192.

Материалистическому правопониманию чужды представления юридического позитивизма о праве как регуляторе общественных отношений. Экономические отношения сами в себе, в своей форме содержат и свое право, которое, как и любая иная часть этих отношений, носит объективный и независимый от воли людей характер.

Миссия законодателя сводится к тому, чтобы осуществить непосредственный перевод экономических отношений в юридические принципы и нормы, ничего не утрачивая от них и ничего им от себя не добавляя. Однако поставленная подобным образом цель правотворчества по ряду объективных причин не может быть полностью реализована. В позитивном праве всех стран, наряду с действительными нормами, соответствующими требованиям объективного права, имеются нормы, которые не соответствуют своему основанию и представляют собой превращенную форму права, законодательный или правотворческий произвол.

Неверное или неточное отражение объективного права позитивным вследствие субъективизма и произвола законодателя не влечет за собой утрату первым способности действовать реально, объективно и независимо в данном случае от воли законодателя. Объективное право проявляет себя в виде конкретных фактических отношений либо правовых обычаев либо существует в форме правовых притязаний того социального слоя, класса, чьи права и свободы оказываются урезанными действующим позитивным правом.

Общество, индивиды, иные субъекты частноправовых отношений в целях минимизации вредоносных последствий правотворческого произвола государства предпринимают попытки обойти законы и применяют созданные ими самостоятельно нормы права, которые можно обозначить как право, предшествующее позитивному — предпозитивное право.

Предпозитивное право, соответствующее объективному праву, является действительным, хотя первоначально может и признаваться государством правонарушением, а реализующие его лица будут привлекаться к ответственности как правонарушители. Однако прогрессивный ход развития общества неизбежно приведет к победе предпозитивного права, и чем дольше законодатель упорствует в его неприятии, сохраняет устаревшие законы, видит в них залог общественного благополучия, тем больший урон он наносит обществу, нерационально растрачивая материальные ресурсы и производительные силы. Поэтому логика развития современного законодательства требует решительного поворота в сторону анализа практики формирования и действия предпозитивного права, опыта правотворческой деятельности общества, которое способно не только закрыть отдельные пробелы действующего законодательства, но и дать бесценные образцы, модели его дальнейшего развития.

В конкретных правоотношениях позитивное частное право воплощается в той мере, в какой индивиды и иные управомоченные лица сочтут возможным его использовать в целях реализации предоставленного им субъективного права. А. В. Поляков правомерно признает, что «лишь субъект, который воспринимает текст как необходимое руководство к действию, программирует и свое поведение. Таким образом, правовой текст полноту своего смысла реализует не сам по себе, а только в рамках правовой коммуникации, которая представляет собой сложную систему текстуальных отношений между субъектами».¹⁸

¹⁸ Поляков А. В. Прощание с классикой, или Как возможна коммуникативная теория права. Там же. С. 22.

Чтобы со знанием дела формировать свою волю на совершение юридически значимых действий, индивид должен, во-первых, обладать знаниями той или иной совокупности действующих норм позитивного и предпозитивного права и, во-вторых, конкретизировать общие нормы применительно к условиям и содержанию планируемых правоотношений, т. е. обладать собственным правом.

Самое сложное и загадочное здесь состоит в том, каким образом свободно волящий индивид без всякого государственного принуждения добровольно и вполне осознанно избирает правовой вариант своих действий, решается действовать на всеобщих принципах и требованиях объективного права, нередко вопреки превращенной форме позитивного права.

Бесспорно, формально-логический анализ нормы права и отражающей ее мыслительной деятельности не способен выявить причин, побуждающих индивида без какого-либо государственного принуждения и даже угрозы такового избирать правовой вариант юридически значимых своих действий. Лишенный действенных мотивов правомерного поведения индивид в позитивистской доктрине, как и в христианстве, предстает скорее грешником, склонным к совершению зла и насилия, противоправных деяний, нежели стремящимся к правде и справедливости. Однако все становится на свои места, если индивидуальное право и формирующую его мыслительную деятельность индивида рассматривать в тесной связи с экономическим содержанием правоотношения.

Ведущей побудительной силой, заставляющей индивида вести мыслительный поиск путей вступления в правоотношение, как уже говорилось, предстает потребность в каком-либо материальном или духовном благе. К поиску правовой формы индивид приступает лишь после того, как он определил экономическое содержание деятельности, определился с предметом и способами его приобретения в собственность или временное владение и пользование.

Поиски правовой формы, способной воплотить определенное индивидуумом экономическое содержание в действительность, могут завершиться двумя вариантами: 1) индивид нашел соответствующий вариант правового отношения в позитивном праве; 2) в позитивном праве отсутствуют нормы, позволяющие осуществить правоотношение на условиях, определенных индивидом. Действующее законодательство возлагает на него некоторые дополнительные и обременительные обязанности либо навязывает, по мнению индивида, кабальные условия вступления в планируемое правоотношение.

Таким образом, индивид избирает определенный вариант правоотношения, закрепленного позитивным правом, не потому, что к этому его побуждает угроза государственного принуждения, а потому, что благодаря избранному варианту он может удовлетворить свою потребность, реализовать законные интересы на приемлемых для себя экономических условиях. Государственная воля, выраженная в праве, и индивидуальная воля совпали, будучи ориентированными на один и тот же результат. Правомерные действия гарантируют получение именно тех результатов, которые индивид определил для себя как экономически выгодные и полезные. Однако полного согласования государственной воли, выраженной в праве, и индивидуальной воли достичь удастся отнюдь не во всех сферах деятельности, определяемой частным правом.

Индивидуальное право — это вторая форма проявления объективного права. Оно состоит из норм позитивного или предпозитивного права,

которыми индивид желает руководствоваться в конкретных отношениях, правовых оценок действующего законодательства, а также правовых позиций, формулируемых индивидом в процессе конкретизации, уточнения общих норм права применительно к условиям планируемых конкретных правоотношений.

Индивидуальное право в основном представляет собой искаженную неточную, неполную копию позитивного или общественного права, которую способен создать член гражданского общества, не имеющий профессионального образования. Наряду с верными правовыми знаниями в ней уживаются неверные в виде правовых мифов и заблуждений; соотношение же истинных и мифологических знаний о праве носит сугубо индивидуальный характер. На уровне индивидуального права конкретизируются два важных аспекта объективного права: субъект будущего правоотношения и его правовая позиция относительно путей и условий участия в этом отношении. Критерием истинности данных правовых позиций выступает, таким образом, не позитивное действующее право, а объективное право. Поэтому в случаях, когда индивидуальное право соответствует объективному, но противоречит позитивному, именно индивидуальное право является действительным, тогда как позитивное право представляет собой неправо, его превращенную форму.

Признание разумности гражданина как творческой личности, способной самостоятельно познать свое право и отстоять его в споре с компетентными государственными органами, есть лишь начало длительного пути по созданию дополнительных организационных форм, позволяющих гражданам самостоятельно определять свои имущественные права без участия государства и вопреки его неправовым, несовершенным законам. Приоритет индивидуального права перед позитивным частным правом из маловероятной гипотезы со временем неизбежно станет самым обычным и распространенным явлением, каким ныне предстает диктат позитивного права, несмотря на все его несовершенства и неспособность оперативно откликаться на быстротекущие изменения реальной жизни.

Следующая форма объективного права — конкретное право не может возникнуть ранее того, как участники конкретного правоотношения определяют свои правовые притязания и позиции в этом правоотношении и сформируют волю на вступление в него. Конкретное право понимается как закрепленная в договоре свободная воля его сторон на вступление в конкретное правоотношение и выраженная в форме конкретных предписаний, закрепляющих цели правоотношения, права и обязанности его сторон, а также пути и способы достижения поставленных целей.

Основное достоинство прав и обязанностей, закрепленных договором, состоит в том, что в них абстрактные предписания позитивного права приобретают конкретный и индивидуальный характер. Ими определены субъекты, который берут на себя обязанности выполнить определенные действия в пользу другого участника правоотношения, перечень мероприятий, совершаемых во исполнение обязательств, качество, которым должен обладать объект правоотношения. В результате полностью устраняется неопределенность объективного и позитивного права, кто и в каком порядке будет обеспечивать субъективные права, определены даже сроки, в течение которых будут совершены предусмотренные договором действия в пользу управомоченного лица.

Таким образом, благодаря договору общая, закономерная связь, объективное право обретают свою конечную форму конкретных прав и обязанностей, принадлежащих индивидуально определенным лицам, которые

к тому же преисполнены желания воплотить свои обязательства в жизнь. Именно этой стадией завершается мыслительная деятельность общества и государства, связанная с познанием объективного права и его воплощением в реальную жизнь в форме действительных конкретных взаимных правопритязаний участников планируемого правоотношения. Субъекты знают свое право и основанные на нем конкретные субъективные права и юридические обязанности. Им не остается ничего иного, как добросовестно исполнить свои юридические обязанности в пользу другого, чтобы реализовать собственное субъективное право, собственный интерес.

Реализация субъективных обязанностей частного права лежит в области экономической деятельности, т. е. экономических отношений, формой которых выступает право в целях обеспечения стабильности и порядка в обществе, определения правовых путей владения, использования и распоряжения индивидами и иными лицами принадлежащей им собственности. Потребность в праве на стадии воплощения объективного права в действительность возникает лишь в случаях, когда обязанное лицо не желает исполнить своей обязанности или причинения вреда третьими лицами. Однако обеспечение действительности права в этих случаях осуществляется чаще всего в соответствии с публичным правом.

Опыт разработки материалистической теории права диалектики взаимоотношений позитивного, индивидуального и конкретного права может успешно использоваться представителями коммуникативной теории права прежде всего в целях наиболее полного и глубокого выявления качественных особенностей специфики компонентов правовой коммуникации, их взаимодействия между собой и другими социальными явлениями. Однако, чтобы последовательно и творчески раскрыть предмет теории коммуникативного права во всей его полноте и всесторонности, ее представителям следует также решительно порвать со своим философским основанием в виде субъективного идеализма, отрицающего «физику социологии».

Пандемия субъективного идеализма в форме герменевтики и феноменологии, свирепствующая ныне практически во всех общественных науках на Западе и в России, существенно ограничивает их научный потенциал, ориентируя исследование на анализ письменных текстов в духе экзистенциалистской герменевтики. В результате такой обработки текстов, как обоснованно показывает Э. В. Ильенков, даже от гегелевской диалектики «сохраняется только ее фразеология, терминология, ее своеобразный синтаксис да произвольно перетолкованная “семантика”, одна словесная оболочка без одухотворявшей ее когда-то мысли».¹⁹

Симптоматично, что философия, претендующая на всеобщее признание и применение, не способна заметить у себя даже такого очевидного противоречия: ее исходный постулат об отсутствии закономерностей в социальной сфере и научном познании представляет собой не что иное, как закономерность.

Коль скоро представители такой философии отрицают объективный характер социального мира, они тем самым постулируют закономерное, но закономерное самого худшего пошиба, выражающееся в признании неспособности человека познать социальный мир. Однако многовековая история человечества успешно опровергает этот постулат субъективного

¹⁹ Ильенков Э. В. Диалектика и герменевтика // Современная зарубежная концепция диалектики: критические очерки. М., 1987. С. 163.

идеализма. Сознание отдельного индивида, будучи суверенным и ограниченным, способно допускать ошибки в познании, но предметно-практическая деятельность человечества на всем протяжении его истории взаимно погашает ошибки индивидов, успешно развивается по своим законам, последовательно переходя от одного менее развитого исторического этапа к другому, более развитому.

По нашему мнению, у коммуникативной теории права имеются все возможности для раскрытия закономерностей функционирования и развития права, формулирования на их основе критериев, позволяющих четко и последовательно отличать действительное право от его превращенной формы, и в конечном счете для создания развернутой, оригинальной концепции (модели) материалистического понимания права.

НУЖДАЕТСЯ ЛИ ТЕОРИЯ ПРАВА

В ИДЕЯХ М. ХАЙДЕГГЕРА?

(ответ на полемические замечания проф. А. В. Полякова)

А. В. СТОВБА *



Стовба Алексей Вячеславович, кандидат юридических наук, доцент философского факультета Харьковского национального университета им. В. Н. Каразина

Статья представляет собой авторский ответ на полемические замечания проф. А. В. Полякова по поводу лекции А. В. Стовбы под названием «Что есть право?». В настоящей статье изложены возражения на критику российского правоведа, а также содержатся основные постулаты темпоральной онтологии права — той концепции, которая является базовой для воззрений, помещенных в обсуждаемой А. В. Поляковым лекции. Кроме того, статья содержит ряд общих размышлений: о соотношении общей теории права и философии права, предмета и метода фундаментального правоведения, роли общей философии для правовой науки и философии права. В ходе ответа на критику А. В. Полякова А. В. Стовба активно обращается к достижениям общеправовой мысли: феноменологии (в том числе респонсивной), экзистенциализму, фундаментальной онтологии, этике Другого (Э. Левинас) и др. Характерной чертой разрабатываемой украинским правоведом темпоральной онтологии

права является акцент на вопросе о бытии права, которое предлагается осмыслить из горизонта правового времени. Таким образом, право мыслится не как некое сущее — идея, норма, закон и пр., а как бытие этого сущего, которое дает ему быть правовым. Взятое в таком аспекте право предстает как своеобразная тяга, возникающая в момент совершения правосоразмерного деяния и притягивающая к нему правовые последствия. Это, в свою очередь, влечет за собой переосмысление ключевой проблемы — нормативности права. Последняя выступает уже не в роли свойства правового сущего (предписывать некое поведение субъекту права), но как способ бытия самого права. В качестве истока бытия права А. В. Стовба предлагает обратиться к особому — правовому — событию, без которого весь массив правового сущего остается мертвым и обездвиженным. Тем самым подход украинского ученого принадлежит к направлению так называемого «динамического правопонимания», активно разрабатываемого в настоящее время на постсоветском пространстве.

* Stovba Aleksey Vyacheslavovich — candidate of legal sciences, associate professor of the philosophical department of the V. N. Karazin Kharkiv National University.

E-mail: stovba34@mail.ru

© Стовба А. В., 2014

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: право, темпоральная онтология права, бытие права, правовое сущее, правовое бытие.

STOVBA A. V. DOES THE THEORY OF LAW NEED M. HEIDEGGER'S IDEAS? (RESPONSE TO POLEMIC COMMENTS OF PROFESSOR A. V. POLYAKOV)

The article contains the author's response to polemic comments of professor A. V. Polyakov regarding A.V. Stovba's lecture entitled "What is Law?". This article sets forth objections to the criticism of the Russian legal scientist and contains the main premises of the temporal ontology of law, the concept which is a basis for opinions given in the lecture discussed by A.V. Polyakov. Moreover, the article contains a number of general reflections about interrelation between theory of law and philosophy of law, a subject and a method of fundamental jurisprudence, the role of general philosophy for legal science and philosophy of law. Replying to A. V. Polyakov's critical remarks, A. V. Stovba actively refers to achievements of the general philosophical thought: phenomenology (including responsive one), existentialism, fundamental ontology, ethics of the Other (E. Levinas) etc. The characteristic feature of the temporal ontology of law developed by the Ukrainian legal scientist is an emphasis on the issue about the existence of law which is perceived in terms of horizon of the legal time. Thus, the law is perceived not as some matter — an idea, norm, statute etc — but rather as existence of this matter which enables it to be a legal one. Viewed in this aspect, the law is a sort of draught which arises at the moment of committing a law-proportionate act and attracts legal consequences to it. In its turn, it leads to rethinking of the key problem — the normative character of law. The latter does not constitute a property of the legal matter (prescribe a certain behaviour to a right holder), but rather a mode of being of law itself. For origins of being of law, A.V. Stovba proposes to refer to a special — concrete — event without which the entire legal matter will remain lifeless and restrained. Thus, the approach of the Ukrainian scientist belongs to the so-called "dynamic law understanding" which is actively being developed currently in the former Soviet Union.

KEYWORDS: law, temporal ontology of law, being of law, legal matter, legal being.

В четвертом номере журнала «Правоведение» за 2013 г. было опубликовано предисловие главного редактора данного журнала проф. А. В. Полякова. Значительная часть этого материала была посвящена критическому разбору моей лекции под названием «Что есть право?», помещенной в том же номере. Так как замечания проф. А. В. Полякова напрямую касаются сути дела, а именно фундамента той философско-правовой позиции, которая выражена в соответствующей лекции, я, воспользовавшись его любезным предложением, постараюсь ответить на упомянутую критику и очертить специфику моей концепции, которая может быть названа темпоральной онтологией права.

В последние несколько лет представители как «классической», так и «неклассической» («постклассической») фундаментальной правовой науки все чаще и чаще задаются вопросом: чем обусловлена именно правовая (а не иная — моральная, религиозная, политическая) идентификация того или иного явления?¹ В той мере, в какой очевидным является то, что

¹ См., напр.: Рабінович П. Філософія права: деякі «вічнозелені» наукознавчі сюжети // Право України. К., 2011. № 8. С. 15; Толстик В. Борьба за содержание права — важнейшее научное направление // Право України. К., 2010. № 4. С. 30; Стовба А. В. Право и событие. Экзистенциально-онтологический анализ // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011. С. 133–146.

«чисто» правовых явлений не существует, а любой факт, предмет, ситуация обладают спектром возможных значений, каждое из которых может быть актуализировано в зависимости от обстоятельств,² перед правоведами все более настойчиво встает вопрос о пределах и предмете их дисциплины — фундаментальный вопрос о праве.

Фундаментальность этого вопроса заключена в том, что лишь ответ на него позволяет иметь под ногами почву для дальнейших правоведческих разысканий: как для философских и теоретических, так и для отраслевых. Ведь только осмыслив, что именно дает основания «втянуть» тот либо иной феномен в правовую сферу, возможно ответить на вопрос о предмете правоведения: праве как таковом. Иными словами, лишь получив критерий для размежевания предметного поля исследования с другими, смежными дисциплинами (социологией, политологией, экономикой, этикой и пр.), правоведение сможет понять, что, собственно, оно исследует.

В свою очередь, сколь всякий предмет требует своего метода, т. е. адекватного способа подхода к нему, столь всякий вопрос о предметной идентификации правоведения заключает в себе и вопрос о методе. Иными словами, от того, что именно мы будем понимать под правом, зависит то, как именно мы будем подходить к нему. При этом необходимо оговориться, что, поскольку проблемой является не просто содержательное наполнение феномена права, но механизм, алгоритм правовой идентификации того либо иного явления, метод должен быть адекватен не только предмету, но и способу его образования как релевантного в правовом отношении.

Как несложно заметить, подобными факторами обусловлен выход за методологические рамки классической правовой науки — теории права. В отличие от юридического позитивизма либо нормативизма, которые догматически постулировали правовой статус соответствующих явлений, априорно очерчивая сферу правового и направляя свои методологические усилия исключительно на поиск адекватного понятийно-категориального оформления соответствующей (заранее выделенной) предметной области, философия права вынуждена сперва выделить свое поле исследования, отграничивая право от родственных ему явлений (политики, морали, экономики и т. п.). Однако, так как в действительности в одном и том же отношении зачастую одновременно присутствуют и экономическая, и политическая, и правовая, а также ряд иных составляющих, правоведению необходим такой подход, который был бы способен, во-первых, ухватить целостность того либо иного отношения и, во-вторых, «дистиллировать» его правовой ракурс.

В отличие от теории права, которая является частной наукой, будучи ограниченной в качестве таковой своим особым предметом — правом, взятым как изолированное явление, философия права имеет своим предметом право как *целое*, т. е. «тотальность права». Когда право являет себя нам, оно закрывает все иные перспективы, охватывая мир в целом. Как указывал немецкий философ М. Хайдеггер, спецификой философского вопрошания является именно то, что оно всегда ведет речь о целом.³ На мой

² Подобные замечания высказывались, в частности, С. И. Максимовым, А. В. Поляковым и в особенности И. Л. Честновым (см., напр.: *Неклассическая философия права: вопросы и ответы*. Монография / Максимов С. И., Пермяков Ю. Е., Поляков А. В., Стомба А. В., Честнов И. Л., Четвернин В. А. // Библиотека международного журнала «Проблемы философии права». 2013. С. 31, 32, 94, 138, 168; *Честнов И. Л.* Постклассическое правопонимание. Краснодар, 2010. С. 7.

³ *Хайдеггер М.* Что такое метафизика? // Хайдеггер М. *Время и бытие*. М., 1993. С. 16.

взгляд, если теория права всегда направлена на поиск сущности «права в себе» — некоего идеального набора свойств и признаков, позволяющих отличить некое реальное либо воображаемое изолированное явление — право — от неправа, то философия права всегда стремится осмыслить «право в мире» — установить условия возможности того, как вообще может существовать нечто такое, как право. А уж раскрыть любое явление с точки зрения условий возможности его бытия — это непосредственная проблема онтологии соответствующей философской дисциплины: социальной онтологии (как возможно существование общества), онтологии права (как возможно бытие права), политической онтологии (как возможно существование власти) и т. п.

Тем самым полемическое заглавие, избранное А. В. Поляковым, полностью оправданно. Действительно, теория права, иррелевантная в онтологическом отношении, вообще не нуждается в философии — ни в Хайдеггеровской, ни в какой другой, сколь существование права не проблематизируется, а ключевой вопрос сводится к определению сущности права (т. е. набору его сущностных черт). Напротив, философия права, как вопрошающая об онтологических условиях его возможности, проще — о бытии права, необходимым образом нуждается в философии как таковой и в философии Хайдеггера в частности, которая, как фундаментальная онтология, сделала бытие своей непосредственной темой.⁴

Упомянутое — основополагающее — разделение между теорией права и философией права является базовым для ответов и на остальные вопросы, адресованные мне питерским правоведом. Так, А. В. Поляков пишет:

Уже в начале лекции А. В. Словба ставит задачу выявить «исток, который порождает правовой статус вещей, отношений и т. п.». По мысли А. В. Словбы всякая вещь, лицо, отношение приобретают «правовой статус исходя из определенного события, «правового поворота», который переключает реальность в ее правовой ракурс» (с. 180). Отмечу некоторую парадоксальность такого хода мысли: в данном случае возникновение права (приобретение правового статуса) уже предполагает существование «правового» («правового поворота»), т. е. существование «права самого по себе» (но именно эта возможность оспаривалась ученым). Может быть, это небрежность изложения мысли? Но нет. Далее автор конкретизирует свои размышления: «...искомым истоком правового сущего, откуда оно обретает правовой способ бытия, является правовое событие» (с. 182). Поскольку правовое событие является правовым безотносительно к правовому сущему, то, следовательно, правовое здесь предшествует праву.

Для начала следует оговориться, что выражение «правовое событие» отнюдь не следует понимать догматически, как соответствие некоего события, предмета, явления нормам естественного либо позитивного права. Это выражение лишь призвано обозначить тот факт, что произошедшее в ходе определенного события невозможно осмыслить в каком-то ином ключе: моральном, экономическом, религиозном и т. п. Так, например, кража, конечно же, имеет свои моральные, религиозные, экономические и ряд иных аспектов. Вместе с тем лишь право как соответствующий режим осмысления способно дать четкий ответ на вопрос: что именно произошло, каков смысл происходящего? Ведь экономика (устанавливающая

⁴ О моей позиции относительно соотношения философии права и теории права более подробно см.: *Неклассическая философия права: вопросы и ответы*. Монография. С. 153 и далее.

факт утраты/приобретения материальных благ), религия (решающая вопрос о загробной участи вора) либо мораль (всегда готовая ввергнуть нас в антиномию: *простить вора или осудить его*) способны лишь констатировать факт, но не дать четкого алгоритма действий, позволяющего адекватно осмыслить суть происходящего.

Тем самым тот «правовой поворот» либо «правовое событие», о которых идет речь в моей лекции, являются «правовыми» не в том смысле, в каком предикат («правовой») принадлежит субъекту («повороту» либо «событию»): выражение «правовой» призвано лишь маркировать то обстоятельство, что подобный «поворот» как бы «поворачивает» предметы и явления их правовой стороной и может быть назван «правовым» исключительно в этом смысле.⁵

Кроме того, правовое событие не есть нечто, существующее «до» права как сущего. Называя правовое событие «истокom правового сущего», я пытаюсь обратить внимание читателя на тот факт, что всякое сущее получает свой правовой способ бытия (бытие — как доказательства, субъекта права, объекта права собственности и пр.) благодаря вовлеченности в правовое событие. В противном случае мы можем лишь произвольно «привязывать» к сущему правовые предикаты: превращая прогулку с собакой в «реализацию свободы передвижения», встречу с друзьями — в «осуществление права на свободное развитие личности», научную дискуссию «в пользование правом на свободу мнений» и пр.⁶ Спровоцированное деянием, правовое событие продолжает существовать до тех пор, пока упомянутое деяние не встретит соразмерной ему «ре-акции», ответного деяния, которое «исчерпает событие».⁷ Правовое событие и начинается, и оканчивается деянием. Протянув деньги продавцу, мы, совершив деяние, на мгновение «зависаем» в правовом событии, которое оказывается исчерпанным, как только продавец дает нам товар. В этом случае сущее (деньги, товар, мы сами) становится правовым (обретает правовой модус бытия) на тот кратчайший промежуток, который отделяет передачу денег и получение товара. Таким образом, правовое событие как нечто *целое* не существует ни «до», ни «после» правового сущего, но лишь *одновременно с ним*. И в этом состоит особая («точечная») темпоральная природа *правового события*, которая отличает его от континуальности *юридического процесса*. Как пишет польский философ Р. Ингарден, «каждый процесс не только развивается в своих фазах во времени, но также требует времени для конституирования себя. Это не касается события. Оно появляется в бытии сразу как готовое создание, входя как бы одним махом в бытие и уходя из него».⁸

Тем самым частично дается ответ и на следующее замечание А. В. Полякова:

⁵ О правовом повороте более подробно см.: *Стовба А. В.* 1) О перемене сущности, или «Что есть» право в эпоху постметафизики // *Правоведение*. 2008. № 1. С. 162; 2) Право и событие. Экзистенциально-онтологический анализ // *Российский ежегодник теории права*. № 4. 2011. С. 145; *Неклассическая философия права: вопросы и ответы*. С. 138.

⁶ Дополнительную аргументацию данного тезиса см.: *Стовба А. В.* Артур Кауфманн: в поисках «целого» права // *Российский ежегодник теории права*. № 1. 2008. С. 149.

⁷ См. подробнее: *Неклассическая философия права: вопросы и ответы*. Монография. С. 133.

⁸ *Ингарден Р.* Спор о существовании мира. Время и способ существования // *Вопросы философии*. 2006. № 12. С. 160.

Что же такое «правовое событие», существующее до права? Другими словами, что делает какое-либо событие «правовым»? Ответа на этот вопрос нет. Автор лишь утверждает, что событие начинается с деяния — действия или бездействия. Невольно закрадывается мысль — а не является ли декларируемое автором событие всего лишь разновидностью юридического факта — феномена, который давно известен юридической науке и объяснение которого отнюдь не требует прибегать к терминологии Хайдеггера? Стовба дает следующее пояснение: «Разумеется, это не любое деяние. Правовой вопрос способен задать лишь то деяние, которое (пусть на мгновение) заставляет задуматься — как быть дальше? Другими словами, правовое деяние есть то, которое направлено на нас в нашем бытии друг с другом, причем так, что мы сами в конкретном модусе нашего бытия оказываемся поставленными под вопрос» (с. 183).

Как можно видеть из предыдущего ответа, правовое событие отнюдь не существует «до права». Права не существует «вне» или «помимо» правового события. Право сбывается в ходе события. Событие же делает правовым всего лишь невозможность адекватного его осмысления в ином (экономическом, моральном и пр.) режиме. Конечно, мы можем закрыть глаза на суть происходящего и попробовать, например, морально «осудить» либо, наоборот, «простить» преступника. Однако излишне говорить, что из этого будет мало толку.

Отсюда следует и ответ на ремарку А. В. Полякова относительно юридических фактов. Разумеется, любое деяние, релевантное в правовом отношении, можно назвать и так. Однако при этом следует иметь в виду, что в классической теории права факт становится юридическим отнюдь не благодаря своим имманентным свойствам, но исключительно в силу решения законодателя. Тем самым классическая юридическая наука оказывается не в состоянии установить какой-либо объективный механизм правовой идентификации факта, удовлетворяясь чистейшей воды релятивизмом — произвольным решением законодателя. Напротив, акцент на правовом деянии как том факте, который сам по себе является правовым и тем самым способен придать сопредельному с ним сущему «правовую окраску», позволяет уйти от произвола и релятивизма факта юридического. И здесь возникает вопрос, который весьма уместно задает А. В. Поляков: в чем же состоит правовой характер деяния, от которого оказывается производным правовой статус всего остального сущего? Как пишет сам российский ученый:

Автор (А. В. Стовба. — А. С.), на наш взгляд, приходит к удивительно-мному выводу о том, что любое деяние, которое 1) «направлено на нас в нашем бытии друг с другом» и 2) «заставляет задуматься — как быть дальше» («мы... оказываемся поставленными под вопрос»), является правовым деянием. Мало того, что правовое событие уравнилось с правовым деянием (интересно, являются ли, с точки зрения Стовбы, правовыми событиями такие феномены, как рождение или смерть человека, явно не относящиеся к деяниям?), так еще и критерии правового деяния (фактически — права) оказываются предельно размытыми, т. е. «не лезущими ни в какие ворота». Действительно, ведь и правонарушающее действие «направлено на нас» и «заставляет задуматься — как быть дальше», да и действия в правовом отношении нейтральные вполне могут подходить под обозначенные критерии и быть при этом феноменами морали, политики или просто демонстрацией дружеских отношений.

Ответ на подобное замечание вынуждает нас углубиться в онтологию социальных отношений. Как можно предположить, одним из ключевых

признаков, отличающих право от иных соционормативных феноменов (морали, обычаев и пр.), является его «субъектный состав».

В отличие от теории права, полагающей в качестве мельчайшей социальной единицы индивида, который, вступая во взаимодействие с подобными себе существами, подпадает под правовое регулирование, моя концепция основывается на Хайдеггеровском экзистенциале бытия-с (нем. *Mitsein*).⁹ Разница состоит в том, что если классическая «субъектная» социальная онтология исходит из того, что «вначале» существуют разрозненные индивиды, которые «затем» начинают взаимодействовать между собой, то «бытие-с» предполагает изначальную сопряженность «мы»: не «Робинзонов», плавающих друг к другу в гости, но *людей*, всегда-уже необратимым образом включенных в сеть взаимных отношений.

Актуализация подобной включенности как раз и имеет место в ходе «правового деяния», ставящего под вопрос Другого. В отличие от морали, где всякое деяние и порожденное им отношение завязано на незаменимости и уникальности как Я, так и Других (друзей, родственников и т. д.), в правовом отношении на месте каждого из его участников всегда может оказаться «кто угодно». Поэтому в правовых отношениях мы присутствуем не как уникальные и неповторимые Я, но как взаимозаменяемые Любые (П. Рикер), существующие «как» кто-то (В. Майхофер). Следовательно, правовым деянием под вопрос ставятся не Я либо Ты как личности, но Любой в соответствующем модусе бытия: бытии-продавцом, водителем, врачом и т. д.¹⁰ При этом следует добавить, что конститутивным для «постановки под вопрос» является упомянутый временной разрыв между правовым деянием и его правовыми последствиями (ответной реакцией на них). Этот разрыв во временном отношении может быть и микроскопическим (между протянутыми деньгами и полученным хлебом), и огромным (между занятой суммой и возвратом долга). Однако, несмотря на размеры этого разрыва, он в равной мере ставит под вопрос возможности нашего бытия в соответствующем модусе (покупателя, кредитора и т. п.).¹¹

Тем самым указание А. В. Полякова на то, что и правонарушение в равной мере ставит нас под вопрос, является справедливым. Собственно, именно возможность правонарушения, коренящаяся в деянии, и делает его релевантным в правовом отношении, т. е. порождающим микроскопическое (мелкая бытовая сделка) либо глобальное (тяжкое преступление) правовое событие. Таким образом, уточняя нашу позицию, следует сказать, что деяние делает правовым не соответствие некой позитивной либо естественно-правовой норме, но его способность дать начало релевантному в правовом отношении положению вещей, правовому событию, в котором мы, как Любые, оказываемся «вопросительно выдержаны в возможности небытия» (М. Хайдеггер). И в этом также проявляется ключевое отличие правового (релевантного в правовом отношении) деяния от упомянутых А. В. Поляковым моральных отношений. В морали под вопрос ставимся не мы как Любые, а Я и Ты в нашей уникальной и неповторимой связи, где оба мы являемся незаменимыми.

⁹ Хайдеггер М. Бытие и время. М., 1997. С. 117 и далее.

¹⁰ Анализ экзистенциала бытия-как, равноисходного бытию Самости, был принят В. Майхофером (см.: Майхофер В. Право и бытие // *Российский ежегодник теории права*. № 1. 2008. С. 186–259).

¹¹ Подробнее о подобном «разрыве» см.: *Неклассическая философия права: вопросы и ответы*. Монография. С. 135, 138.

Но своеобразие социальной составляющей правовой онтологии отнюдь не исчерпывается заменой уникального индивида на всеобщих Любых. Правовое отношение как отношение между заменимыми Любыми никогда не включает в себя лишь два члена, но всегда предполагает и Третьего, который готов встать на место Любого. Третий не есть (как в классической теории права) просто «арбитр», всегда внешний по отношению к ситуации и выносящий свое авторитетное суждение. Третий как обязательная составляющая правового отношения всегда-уже (в силу возможности указанной субституции) оказывается «задет», «поставлен под вопрос» тем релевантным в правовом отношении деянием, которое «запускает» правовое событие. Как указывает французский философ Э. Левинас, «в мире, где я живу, наряду с первым встречным всегда есть и третий, и он тоже мой друг, мой ближний. Так что мне необходимо знать, кто из них впереди, не является ли один гонителем другого»¹²

Таким образом, в отличие от классической социальной онтологии теории права, базирующейся на понимании субъекта права как индивида, который, существуя в некий момент времени, «затем» устанавливает связи с другими людьми, темпоральная онтология права берет в качестве исходной точки не субъекта, но сиюбытность (Dasein) как бытие-с (Mitsein) и бытие-как (Alssein), где люди всегда-уже сосуществуют друг с другом как Любые Другие на фоне Третьего. Именно эта всегда-уже включенность в связь с Другими, где на месте меня либо Другого всегда может оказаться Третий, является той исходной социально-онтологической предпосылкой, которая делает возможным правовое деяние. В отличие от этого деяние, например, моральное, всегда предполагает не индифферентных Любых, но незаменимых Я и Ты, поступки которых являются их *личным делом*, исключающим вмешательство Третьего.

При этом, отвечая на замечание А. В. Полякова, необходимо добавить, что с позиций темпоральной онтологии права для того, чтобы быть правовым, деяние вовсе не обязательно должно предполагать *осознание* деятелем правового характера своих действий. Так, например, участники ДТП вообще могут ничего не совершать осознанно: пешеход, стоящий на обочине, в мгновение ока может быть сбит водителем, у которого на секунду отказали тормоза. Но неосознанность, разумеется, ни в коей мере не делает описанный случай иррелевантным в правовом отношении. Точно так же и приведенные А. В. Поляковым примеры — рождение и смерть — конечно же, являются правовыми деяниями (как, например, и зачатие, поскольку данное деяние направлено на Другого, на месте которого может оказаться и Третий), сколь они влекут за собой соответствующие правовые последствия.¹³

¹² Левинас Э. Философия, справедливость и любовь // Левинас Э. Тотальность и бесконечное. М., 2013. С. 356.

¹³ «Классическое» возражение теории права по поводу «вины» как субъективного отношения к происходящему, которое якобы является обязательным для правового характера соответствующего деяния, оказывается несостоятельным. Так, практикующий юрист может сразу вспомнить случаи, когда законом предусмотрена ответственность без вины (например, возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности). Кроме того, следует вспомнить, что в русском языке (так же, как, например, в латыни) «вина» исходно означает не «психическое отношение к содеянному», но «причину» того, что произошло. В этом случае «вина» из феномена психики человека превращается в его способность порождать тот причинно-следственный ряд, который приводит к определенным — правовым — последствиям (нанесению ущерба Другому).

Следовательно, под правовым деянием следует понимать то действие или бездействие, которое направлено на Другого как Любого (на месте которого всегда может оказаться Третий) и каковое (благодаря временному разрыву между деянием и его правовыми последствиями — встречным деянием) ставит под вопрос возможность нашего бытия-с друг другом в соответствующих модусах бытия-как.

Ключевой характер ответного — встречного — деяния для правовой идентификации происходящего признает и А. В. Поляков. Он далее пишет:

В этой идее («встречного деяния» как конститутивного для правового характера происходящего. — А. С.) много верного. Право, как уже было отмечено, существует в отношениях между людьми, причем в таких отношениях, которые, ограничивая произвол человека, дают возможность свободно действовать, реализуя собственные интересы, т. е. становятся правом при определенной корреляции между ними (отношениями). Проблема заключается в том, чтобы определить механизм такой корреляции и ее правовой смысл. А. В. Стомба полагает, что такой смысл возникает при простой констатации факта деяния и непонятно чем обусловленного ответного деяния. Автор все время говорит о соразмерности деяния и его последствиях, о необходимости наступления таких последствий, но нигде не объясняет природу этой соразмерности и необходимости. Поскольку А. В. Стомба не называет объективных и общепризнанных критериев для оценки такого соответствия, то в рамках его концепции остается полагаться в этом вопросе только на субъективные представления участников социального взаимодействия. Вряд ли такой вариант может считаться удачным и работающим в системе отношений, где требуются как раз согласованные действия. Ведь они предполагают некоторое общее понимание и согласие относительно того, что делать можно, а чего делать нельзя, а следовательно, и согласие относительно «соразмерности».

Представляется, что ответ на заданные А. В. Поляковым вопросы о «механизме и правовом смысле» корреляции деяний людей, а также о необходимости правовых последствий и критериях их соразмерности совершенному деянию также лежит в плоскости описанной выше социальной онтологии. Как известно, темпоральная онтология права базируется на том, что право существует как событие, когда навстречу деянию, релевантному в правовом отношении, выступают соразмерные ему правовые последствия (ответное деяние). Сколь этого «ответа» не происходит, право как бы «зависает» в своем бытии, соответственно не сбывается.¹⁴ Таким образом, конститутивным для описания условий возможности «сбывания права» является установление того «механизма и правового смысла» корреляции первичного и ответного деяний, о которых пишет А. В. Поляков. Собственно, вопрос о «механизме» и предполагает обоснование «необходимости», а вопрос о «смысле» — «соразмерности».

Как уже было сказано, темпоральная онтология права исходит из того, что мы никогда не существуем «просто вообще». Напротив, в бытии-с друг другом мы всегда-уже существуем «как» некто: отец, сын, водитель,

Подробнее данные положения развиты в: Стомба А. В. 1) Правосудие: процесс, событие, происшествие? Каузальные ряды вины и приговора // *Российский ежегодник теории права*. № 1. 2008. С. 84–98; 2) Феномен вины як екзистенційна засада правосуддя // *Вісник Львівського університету*. Львів, 2010. Вип. 50. С. 307–312.

¹⁴ Подробнее см.: Неклассическая философия права: вопросы и ответы. Монография. С. 133, 138.

пассажир, покупатель, пешеход и др.¹⁵ Однако нужно отметить, что подобный статус не произвольно избран нами, но является «ответом», «реакцией» на определенную ситуацию: мы, например, не можем избрать бытие-программистом в Средневековье и пр.

Кроме того, наш способ бытия всегда-уже оказывается своеобразным «откликом» на запрос, притязание со стороны Другого. Я могу быть-пешеходом лишь когда «уже» есть водитель, покупателем — лишь если Другой хочет продать нечто, и т. п. Как указывает немецкий философ, автор концепции респонсивной феноменологии Б. Вальденфельс, Другой как разновидность Чужого воплощается в притязании, на которое мы отвечаем, когда мы отвечаем *нечто*. Это притязание следует понимать двояко. В притязании, которое я воспринимаю как призыв, выдвигают притязания, претензии, о которых пока еще неизвестно, правомерные они или нет.¹⁶

При этом упомянутая «претензия» отнюдь не означает некоего эксплицитного притязания «на нечто»: мое имущество, жизнь и т. п. Речь идет о том, что, так как с момента рождения я попадаю в сеть отношений, где всякий есть «не вообще» но «как некто», я «обречен» отвечать на подобные претензии, в свою очередь неизбежно «становясь» кем-то: ребенком, воспитанником детского сада, школьником и т. п. Как пишет Б. Вальденфельс, Другой всегда встречает меня как Третий. Он пребывает в социальной опосредованности, сколь являет себя как брат, жена, сосед, коллега, согражданин, ровесник, европеец, как ближний мне, который касается меня самого.¹⁷ В данном случае «Третий» не означает некоего «постороннего», который индифферентен по отношению ко мне, будучи произвольно привязан к соответствующим обстоятельствам. Конститутивным для Третьего является ранее уже упомянутая возможность субститутивности, его способность «оказаться на моем месте». Как отмечает Б. Вальденфельс, «Третий обозначает такую точку зрения, которую я занимаю относительно тебя либо меня, когда рассматриваю нас как *кого-то*. Этому Кому-то приписывается определенная роль, функция, работа... В Третьем воплощается член, который в кооперации или состязании направляет нас на определенные цели, подчиняет наше поведение общим правилам и таким образом устанавливает между нами социальную связь».¹⁸

Таким образом, всякий раз я совершаю деяние (действие либо бездействие), релевантное в правовом отношении, будучи не «вообще», но существуя «как» кто-то, т. е. в определенном статусе, когда этот последний являет собой своеобразный «ответ» на притязание со стороны Другого как «Третьего». По словам Б. Вальденфельса, подобный ответ уже предполагает подчиненность нашего поведения определенным правилам. Если мы отвергаем позицию правового позитивизма, когда под «общими правилами» понимается позитивная норма, подчиненность которой есть следствие ее

¹⁵ «Отец» и «сын» (равно, как возможное бытие-как «матери», «внука» и т. п.) в данном случае обозначает не совокупность уникальных и неповторимых отношений «Я — Ты», где каждый из членов отношения является незаменимым, но модусы бытия-как друг с другом, где каждому из этих способов бытия принадлежат соответствующие правомочия (подробнее об этом см.: *Стовба А. В. Право естества: в попытках переосмысления естественного права // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. С. 87 (примеч.))*.

¹⁶ Вальденфельс Б. Топографія Чужого. Студії до феноменології Чужого. К., 2002. С. 102.

¹⁷ Там же. С. 100.

¹⁸ Там же. С. 106.

авторитетного статуса, то что же это за «общие правила», которые предполагают «подчинение» им? Тем более что и А. В. Поляков в своих работах неоднократно подчеркивал, что права нет без подчинения неким общепризнанным правилам.¹⁹

Конечно, право невозможно без типического, повторяющегося поведения, когда мы можем хотя бы примерно предвидеть, какие именно правовые последствия вызовет то или иное деяние. Право невозможно без ограничений, и с этим трудно спорить. Вместе с тем с позиций темпоральной онтологии права роль подобного ограничения несет в себе некая внешняя норма, но тот «Любой», на место которого всегда может заступить Третий и каковой встречен нам не «вообще», но в конкретном модусе бытия-как кого-то.

Конкретизируя сказанное, следует отметить, что деяние Любого, релевантное в правовом отношении (т. е. отвечающее приведенным выше критериям), всегда направлено не в «никуда», но на Другого. В таком — правовом — деянии имманентно всегда присутствует возможность причинения ущерба тому лицу, на которое оно направлено (прямо либо опосредованно). Под ущербом при этом понимается не обязательно физический вред (здоровью, имуществу и пр.). Подобный — правовой — ущерб исходно состоит в том, что пострадавший более не может в полной мере быть тем, кто он есть.²⁰ Иными словами, сколь всякое правовое деяние мы совершаем в конкретном модусе бытия-как, этот последний коррелятивно связан с соответствующими модусами бытия Других как Любых. Соответственно Другой — в праве его естества — и есть та граница как предел дозволенного, который нельзя преступать.²¹

Подробная аргументация данного тезиса изложена в моих работах. Здесь лишь следует отметить, что как подчинение праву, так и причинение ущерба имеют тот общий корень — «чин», который я обозначаю как правомерный способ соотнесения друг-с-другом в соответствующих модусах бытия-как.²² Конечно, конкретный объем правомочий, имманентных тому либо иному способу бытия-как, исторически и культурно обусловлен. Но вместе с тем *механизм* такого общения, как определенный алгоритм действий, — а именно его мы и пытаемся эксплицировать — оказывается неизменным.

Таким образом, та «необходимость», о которой упоминал А. В. Поляков, есть необходимость действовать «в ответ»: для того чтобы остаться тем, кто ты есть, — избежать ущерба либо восстановить нарушенный статус. Соразмерность же ответного деяния такова, что если оно соразмерно первичному, то необходимость дальнейших действий утрачивается: право сбылось. И наоборот — если встречное деяние несоразмерно первичному, оно, в свою очередь, заставляет первичного деятеля прилагать усилия для сохранения своего статуса, т. е. способа бытия-как.

Отсюда, кажется, в основном уже найдено направление ответа и на следующие замечания А. В. Полякова:

Между тем представляется очевидным, что любая «соразмерность» возможна только при наличии «мер», т. е. того, что определяет границы

¹⁹ См., напр.: Поляков А. В. Прощание с классикой, или Как возможна коммуникативная теория права // *Российский ежегодник теории права*. 2008. № 1. С. 17.

²⁰ Подробнее об этом см.: Стовба А. В. Право естества: в попытках переосмысления естественного права. С. 90 и далее.

²¹ Подробнее см.: Там же. С. 8 и далее.

²² Там же. С. 92 и далее.

возможных действий, их направление и модальность. Такая мера имеет «объективное» значение в том смысле, что она не зависит от индивидуальных предпочтений участников правового взаимодействия и выступает по отношению к ним «внешним» авторитетным источником наших знаний о «соразмерности», а также о «правовом» и «неправовом». Почему, например, убийство одним человеком другого человека влечет ответственное деяние в виде наказания такого лица? Какая соразмерность здесь заложена? На наш взгляд, она определяется историческими предпосылками и культурными условиями жизни общества, которые и легитимируют определенную норму, такую соразмерность устанавливающую и существующую через определенные правовые тексты. Именно поэтому в одних обществах соразмерным убийству последствием считают смертную казнь, а в других обществах — лишение свободы или возмещение причиненного вреда.

Еще более очевидна необходимость такой общей меры в том случае, если смысл деяния оказывается далек от логики априорной соразмерности ввиду его (деяния) ценностной нейтральности. Например, езда на автомобиле по той или иной стороне улицы не может рассматриваться как деяние, неминуемо влекущее необходимые последствия, если отсутствует общая и убедительная для всех мера, позволяющая судить о том, как должны двигаться по дорогам транспортные средства, какую половину дороги выбирать для движения — левую или правую.

В данном пассаже А. В. Поляков дает весьма удачное, на наш взгляд, определение меры в правовом ключе, как того, что «определяет границы возможных действий, их направление и модальность». Человеку, воспитанному на определениях классической теории права, показалось бы странным, если бы эта мера могла быть выражена в чем-то ином, помимо нормы. Однако в рамках темпоральной онтологии права, как уже было сказано, на место нормы выходит Другой, взятый как Любой: он, существуя в соответствующем модусе бытия-как, и есть тот, кто определяет границы возможных действий, их направление и модальность. Собственно Другой в его естестве (модусе бытия-как) и есть та мера, которая ограничивает нас в нашем бытии-с друг другом.

Конкретизируя данное утверждение, следует отметить, что для того, чтобы быть правовым (т. е. релевантным в правовом отношении), деяние должно быть прямо либо опосредованно направлено на Другого. В противном случае оно не будет иметь никакого правового значения. Но Другой есть и тот, кто ставит предел моим поступкам: ведь очевидно, что если бы я был единственным человеком на Земле, я бы мог творить что угодно. При этом, как уже неоднократно подчеркивалось, конститутивным для правового характера направленного на Другого деяния является фигура Третьего как того, кто в любой момент может оказаться на месте Другого. Так, если бы в мире было лишь два человека, права бы не существовало, поскольку на место одного либо Другого никто не мог бы встать, и эти двое были бы обречены на сосуществование в модусе уникальных Я и Ты, которые не нуждались бы в праве.

Однако наиболее интересным является вопрос о модальностях поступков: как именно следует себя вести по отношению к Другому? В своих работах я уже пытался дать ответ на этот вопрос.²³ Здесь я постараюсь вкратце изложить результаты подобных разысканий и немного продвигнуться далее. Так, я утверждал, что в нашем бытии-с друг другом мы

²³ Там же. С. 90 и далее.

манифестируем свою сущность как своеобразный «при-каз».²⁴ Это означает, что, с одной стороны, мы кажем-себя не вообще, но «при» определенном деле, существуя «как» некто. Как пишет известный французский философ Э. Левинас, «в мире социальность является коммуникацией либо общностью. Поссориться значит констатировать отсутствие чего-либо общего. Контакт возникает благодаря причастности к чему-либо общему. Люди не находятся просто друг против друга, они пребывают друг с другом вокруг чего-то. Ближний — это сообщник. Я как термин отношения вовсе не теряет в нем своей самости... Все конкретные отношения между людьми в мире заимствуют свой характер у третьего термина. Это общность».²⁵

В то же время существуя «при» деле, мы так или иначе выказываем себя, и в этом казании задаем определенную модальность того, как следует вести себя по отношению к нам. Данная модальность была охарактеризована мною как «чин». Иными словами, каждый из нас задает определенные рамки отношения к себе в нашем бытии-с друг другом, в зависимости от того, *кто и как мы есть в соответствующем отношении*. Так, когда я водитель, я тем самым задаю определенную размерность поведения другим участникам дорожного движения. Выйдя из машины и войдя в здание университета, я, как преподаватель, самим фактом своего присутствия (выказывая-себя при-деле) «требую» определенного отношения к себе от студентов, коллег и т. п.

Сказанное верно и касательно моего поведения в отношении Других, которые, выказывая-себя в бытии-с друг другом *как* некто, задают модальность моего поведения по отношению к ним. При этом, разумеется, конкретные пределы и рамки возможного поведения, а также его правовые последствия заданы соответствующей культурной, исторической и рядом иных ситуаций. Общим пределом, однако, при этом выступает Другой в его естестве. Иными словами, действуя в отношении Другого, я в правовом отношении должен действовать так, чтобы мои поступки не нарушали его возможности бытия-как. При этом необходимо иметь в виду, что поскольку я в своем бытии-с Другими коррелятивно связан с модусами их бытия, то, нарушая их возможности казания-себя при соответствующем деле, я в свою очередь разрушаю и свои возможности казания-себя «как» кого-то. Например, если я вместо чтения лекции рассказываю студентам анекдоты, я не только не даю им быть-как студенты, но и, в свою очередь, нигилирую свой модус бытия-как преподавателя.

Еще одним фактором, определяющим модальность отношения к Другому, является Третий. Как уже неоднократно подчеркивалось, в правовом отношении к Другому мы существуем как Любые, сколь на наше место всегда может заступить Третий. Соответственно, определяя модальность наших отношений как конкретный объем прав и обязанностей по отношению друг к другу, мы должны исходить из того, что как на нашем месте, так и на месте Другого может оказаться кто угодно — Третий. Поэтому, действуя по отношению к Другому и ожидая отношения к себе, нам следует действовать и оценивать поступки Других без всякой скидки на индивидуальные особенности: что мы были бы в подобной ситуации должны Любому и что мы могли бы требовать от него.

²⁴ Там же. С. 89 и далее.

²⁵ Левинас Э. От существования к существующему // Левинас Э. Тотальность и бесконечное. М., 2013. С. 23.

Конечно, А. В. Поляков прав в том отношении, что, в зависимости от конкретно-исторической ситуации, правовыми последствиями, например, убийства может быть и смертная казнь, и тюремное заключение, и изгнание либо выплата виры. И мы не можем говорить в абсолютном отношении, что смертная казнь будет соразмерным наказанием, а выплата возмещения — нет. Однако мы и не стремимся изложить некие вечные и абсолютные содержательные правила — это прерогатива классического естественного права. Задачей темпоральной онтологии права является, прежде всего, *установление некоего онтологически-смыслового алгоритма происходящего — смысла правового события как своеобразной «схемы его движения»*.

Изложенная позиция, когда Другой, взятый как Любой, а также Третий задают направление, пределы и модальность наших поступков в бытии-с-друг-другом, является *экзистенциальной составляющей ответа*. Однако ведь А. В. Поляков спрашивает глубже: почему правовое (т. е. релевантное в правовом отношении) деяние (например, убийство) всегда влечет за собой ответное деяние — наказание? Какая соразмерность здесь заложена? Для ответа на эту часть вопроса следует перейти от экзистенциальной к онтологической составляющей темпоральной онтологии права.

Как следует из лекции, которая послужила поводом для критики А. В. Полякова, темпоральная онтология базируется на онтологическом (между правовым сущим и бытием права), а также постонтологическом (между правовым бытием и бытием права) правовых различиях. Правовое сущее при этом представляет собой все то, с чем мы имеем дело в сфере права, — физических и юридических лиц, законы, юридические институты, доказательства и пр. Правовой статус всему указанному сущему придается особым — правовым — способом его бытия. Данный модус бытия (бытие права) обусловлен вовлеченностью упомянутого сущего в правовое событие. В свою очередь, правовое событие в темпоральном отношении оказывается «растянутым» между правовым деянием и его правовыми последствиями (ответным деянием, соразмерным первичному), наступление которых «исчерпывает» правовое событие. Подобная исчерпанность возможна благодаря тому, что между правовым деянием и его последствиями имеется особого рода связь — так называемая «тяга», которая представляет собой чистое правовое бытие (без опоры на сущее), которая как бы «сшивает воедино» деяние и его правовые последствия.²⁶

Таким образом, онтологическим условием всякой возможной соразмерности между деянием и его правовыми последствиями как раз и служит чистое правовое бытие — «тяга», которая делает возможной связь между ними. Однако указанная позиция служит объектом активной критики А. В. Полякова, который пишет:

А. В. Словба не только убежден, что определенному деянию на каком-то уровне бытия каким-то неизвестным образом соответствует набор определенных последствий, но и хочет убедить нас, что между ними (деянием и последствиями) существует некая «тяга». Он пишет, например, следующее: «...в совершенном правовом деянии имманентно уже содержится весь веер всех возможных правовых последствий. Собственно связь между ними, их взаимное притяжение, тяга, которая разворачивается

²⁶ Более полное изложение указанных воззрений см.: *Неклассическая философия права: вопросы и ответы*. С. 127 и далее.

в горизонте правового времени, и может быть названа правовым бытием» (с. 185).

Между тем любому непредвзятому исследователю совершенно ясно, что в самом деянии никаких последствий содержаться не может. Последствия определяются правовой нормой, которая устанавливает, какое деяние и при каких обстоятельствах влечет за собой определенные последствия. Поэтому и вся «тяга» между деянием и его последствиями есть лишь результат интерпретации соответствующего нормативного текста определенным субъектом, причем вытекающие отсюда социальные экспектации, при такой же интерпретации этого текста другими субъектами, превращаются в «ожидания ожиданий» (Н. Луман), т. е. во взаимные права и обязанности. «Тяга» есть результат правовой коммуникации, т. е. внутренне осмысленной и признанной логически и аксиологически связи между возможным и должным поведением субъектов. Поиск же источника «тяги» (между деяниями и их последствиями) на пути, вольно или невольно предлагаем А. В. Стовбой, логически должен привести к малопродуктивному в научном плане выводу о наличии как у «деяния», так и у «последствий» магнитного поля, заставляющего эти феномены стремиться друг к другу с определенной скоростью.

Представляется, что в ходе критики А. В. Поляков не учитывает, что, как уже было сказано, в темпоральной онтологии права на место позитивной либо естественно-правовой нормы приходит Другой, который, в своем модусе бытия-как, коррелятивно сопряженном с соответствующим модусом нашего бытия, задает направленность наших поступков, ставит им предел и определяет их модальность. Иными словами, как только я совершил какое-то действие в отношении Другого как Любого, правовые последствия моего деяния *исходно* определяются не некоей авторитетной нормой, внешней касаясь моих отношений с Другим, но самим этим Другим, его «ре-акцией». Датский экзистенциалист Г. Кон приводит выразительный пример стычки двух лесорубов, когда один задел топором другого, а задетый в ответ поколотил первого. Таким образом, ситуация была исчерпана и разрешена без всяких исков о причинении ущерба и возмещения убытков.²⁷ Разумеется, из приведенного примера не следует, что общей нормой для всех лесорубов в подобной ситуации должна стать обязанность дать оплеуху незадачливому коллеге. Речь, скорее, идет о том, что «нормативный центр» правовой ситуации *исходно* содержится не в авторитетных велениях государства либо абстрактных законах разума, но в Другом как том, на кого направлено правовое (релевантное в правовом отношении) деяние, либо в соответствующей ситуации в целом.²⁸

Вообще, следует отметить, что сам феномен правонарушения как несоответствия поведения лица неким абстрактным предписаниям возник достаточно поздно: как минимум, с развитием сильной централизованной власти, воплощенной в фигуре монарха. Собственно, одним из признаков «классического» государства и становится монополизация последним насилия и правосудия, когда у людей отбирается право мстить, право самостоятельно преследовать по суду обидчика, своими силами выполнять решение суда и пр. В то же время, как отмечает М. Фуко, например,

²⁷ Cohn G. Existentialism and Legal Science. New York, 1967. P. 36.

²⁸ При этом, сколь участники правового события в ходе его свершений осуществляют своеобразный «обмен» деяниями, упомянутый «нормативный центр» события не жестко фиксирован, но может «сдвигаться», «передаваться» от одного участника к другому (в зависимости от того, на кого направлено последнее деяние).

в древнегерманском обществе правовой конфликт имеет истоком не правонарушение, а нанесение ущерба.²⁹

Следовательно, никакая норма не в силах *исчерпывающе* установить, «какое деяние и при каких обстоятельствах влечет за собой определенные последствия» (А. В. Поляков). Такой «нормой» может быть исключительно Другой как Любой в его бытии-с нами, который и осуществляет все те интерпретации и экспектации, о которых пишет А. В. Поляков.³⁰ Всякая же опора на нормативные тексты, обычаи, судебную практику будет носить в данном случае вторичный и производный характер. Ведь любой практикующий юрист согласится с тем, что если физическое либо юридическое лицо считает, что его интересы нарушены, и готово начать соответствующую тяжбу, то рано или поздно оно, скорее всего, добьется какой-либо сатисфакции, «задним числом» подогнав под свои требования соответствующие нормы.

Тем самым все «те взаимные права и обязанности», все «внутренне осмысленные и признанные логически и аксиологически связи между возможным и должным поведением субъектов», о которых упоминает А. В. Поляков, являются вторичной и производной реакцией субъектов, их рациональной рефлексией по поводу деяния Другого. Первичным же феноменом при этом выступает упомянутая «задетость» Другого деянием, которое «ставит его под вопрос» в соответствующем модусе бытия-с, т. е. возможное или действительное нанесение ему ущерба.

Вместе с тем, если исключить ссылки на логику и аксиологию, можно согласиться с высказанным А. В. Поляковым замечанием о том, что тяга есть связь между возможным и должным поведением субъектов. Нужно лишь при этом оговориться, что тот, кто действует первым, исходит из чистой возможности действия, в то время как Другой «должен» отвечать, уже учитывая специфику первичного деяния, «привязывая» свою «ре-акцию» (правовые последствия первичного деяния) к тому, что и как было совершено.

Следовательно, источником упомянутой «тяги» между деянием и его правовыми последствиями является правовая (релевантная в правовом отношении) природа самого этого первичного деяния. Критикуемое А. В. Поляковым утверждение, что «возможность правовых последствий имманентно заложена в деянии», следует понимать так, что правовые последствия (как «ре-акция» Другого на совершенное в отношении него) не самостоятельны, но носят вторичный и производный характер, будучи обусловлены первичным деянием. Иными словами, сколь Другой, манифестируя себя в соответствующем модусе бытия-как, задает направление, предел и модальность поступков по отношению к нему, столь и первичное деяние, сбываясь так, а не иначе, «требует» определенного отношения к себе, как бы «вытягивая», провоцируя Другого на встречное деяние. Конечно, как уже было сказано, содержательное наполнение этого

²⁹ Фуко М. Истина и правовые установления // Интеллектуалы и власть. М., 2005. С. 80.

³⁰ Критериев «правомерности» реакции на совершенное деяние в данном случае может быть два. Либо тот, на кого направлено ответное деяние, посчитал событие исчерпанным, воздержавшись от совершения ответных действий, либо же (если правовое событие не исчерпано ответным деянием), это может быть «ре-акция» Третьего, который всегда готов встать на место Другого. И в этом случае тот, на кого направлено ответное деяние Третьего, может либо «согласиться» с ним, исчерпав инцидент, либо продолжать действовать далее.

«вторичного деяния», т. е. правовых последствий совершенного, будет колебаться в зависимости от эпохи, культуры и т. п. Вместе с тем алгоритм происходящего, когда совершенное правовое деяние требует соразмерных себе правовых последствий, которые бы исчерпали соответствующее событие, остается неизменным. Парадоксальным образом лишь исчерпанность правового события и говорит о том, что право действительно сбылось.³¹

Таким образом, можно предположить, что упрек А. В. Полякова в том, что «Стовба не желает признаваться, что за его живописными метафорами скрываются давно известные юридические феномены (источник права, правовая норма, юридический факт, субъективные права и обязанности), которые хотя и по-разному, но давно уже описаны в литературе, а используемые им понятия не требуют искусственной антропологизации», являясь безосновательным. В отличие от теории права, которая, формируя определенный понятийный каркас, направлена на обращение с сущим, философия права старается выйти на более изначальный — бытийный уровень, на котором весь аппарат правовой аксиоматики (источник права, правовая норма, юридический факт и пр.) оказывается призванным обозначать лишь вторичные и производные по своей сути явления.³² Поэтому необходимость фундаментальной онтологии М. Хайдеггера для философии права как раз и заключается в том, что она дает последней тот необходимый фундамент (бытийное основание, язык и метод), на котором лишь и возможно обосновать предметную область всякой возможной правовой науки — в том числе и теории права.

Подводя итоги, следует сказать, что критика А. В. Полякова, без сомнения, является острой и актуальной, за что я и приношу ему свою благодарность. Вместе с тем хотелось бы отметить, что действительно новое в правоведении возможно лишь в ходе превосхождения классического, теоретико-правового описания правовой реальности и обращения к современным философским концепциям. В противном случае правоведа ожидает та судьба, о которой столь выразительно писал сам А. В. Поляков: «Рационалистическая система знания о праве как система взаимообусловленных понятий или вращается в замкнутом логическом круге, или выходит за свои системные границы, явно или скрыто опираясь на металогические основания, имеющие ту или иную ценностную окраску».³³ Конечно подобный круг, как некая магическая пентаграмма, защищает исследователя от «философской ереси». Однако не является ли самодостаточный и замкнутый «рай» теории права тем «адам», который ожидает всякого, кто печется не об истине, но лишь о собственном спасении?

³¹ Неклассическая философия права: вопросы и ответы. С. 133. — Также см. лекцию, служащую объектом критики: Стовба А. В. Что есть право? // Правоведение. 2013. № 4. С. 183.

³² О соотношении предмета философии и теории права более подробно см.: Неклассическая философия права: вопросы и ответы. Монография. С. 153 и далее.

³³ Поляков А. В. Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход. СПб., 2003. С. 254.

ПРАВОВЫЕ СТРАТЕГИИ КАК КОММУНИКАТИВНЫЕ МОДЕЛИ: ПРОБЛЕМА ОПИСАНИЯ

Ю. Е. ПЕРМЯКОВ*

Поскольку юридическая наука описывает те фрагменты правовой действительности, к которым применимо определение «как таковой», ни один субъект права не выступает в качестве непосредственного объекта познания, но лишь как мыслимая внутри правовой ситуации модель поведения. Иначе говоря, субъект права познается юридической наукой в той мере, в которой ей удастся построить некий алгоритм его поведения, именуемый правовой стратегией. Правовая мысль, ориентированная в описании права на бытие абсолютных ценностей, единичной государственной воли, однозначно возникающих из юридического факта, не нуждается в том, чтобы к имеющемуся тезаурусу прибавить еще один термин. Для обоснования научно-категориального статуса правовой стратегии необходимо опуститься с уровня абстрактно-теоретических рассуждений о сущности права до уровня практики реализации прав и обязанностей, что в онтологическом аспекте понимается как особый способ конфликтного существования субъекта права, названный в свое время Р. Йерингом «борьбой за право». Интерес к вопросу о правовой стратегии оправдан, если правовая реальность мыслится не просто как поле различных по своей оптимальности решений, а как столкновение позиций, чреватых для тех, кто их занимает, смертью, утратой правосубъектности, конкретного блага или желаемого правового статуса. Правовая стратегия представляет собой не деятельность как таковую, а особый тип коммуникации, в котором субъект права реагирует, т. е. вступает во взаимодействие в ситуации неопределенности. Правовая стратегия предназначена для формирования условий правового общения, первоначально она заявляет о себе в акте правовой артикуляции и выборе юридических конструкций.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: правовая коммуникация, правовая стратегия, правовое суждение, субъект права, игровая ситуация, правовая технология, правовое мышление, методология юридической науки.

PERMYAKOV YU. E. LEGAL STRATEGIES AS MODELS OF COMMUNICATION: THE PROBLEM OF DESCRIPTION

Since legal science describes those details of the legal reality to which the definition of "as such" is applicable, neither right holder is a direct object of cognition, but rather a model of behaviour conceivable within the legal situation. In other words, the legal

* Пермяков Юрий Евгеньевич — кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права, международного права Самарского государственного университета.

Permyakov Yuri Evgenyevich — candidate of legal sciences, associate professor of the Department of Theory and History of State and Law and International Law of the Samara State University.

E-mail: permyakov54@mail.ru

© Пермяков Ю. Е., 2014

science perceives the right holder insofar as it manages to establish an algorithm of the right holder's behaviour which is called "a legal strategy". The legal thought, which in the description of law is directed at the existence of absolute values, of individual state will which definitely arises out of a legal fact, does not require adding one more term to the existing thesaurus. In order to substantiate the scientific and categorical status of the legal strategy, it is necessary to move from abstract theoretical discussions about the essence of law to the practice of implementation of rights and duties. In terms of ontological aspect, it is understood as a special means of conflict existence of the right holder which R. Ihering called "the struggle for law". The interest to the issue of the legal strategy is justified, if the legal reality is perceived not as a field of different in their optimality decisions, but as a collision of positions which can lead those who take them to death, loss of legal personality, of a specific good or of a desirable legal status. The legal strategy is not an activity as such, but rather a special type of communication by means of which the right holder reacts, that is interacts in an uncertain situation. The legal strategy is used to form the conditions of legal communication. Initially it manifests itself in the act of legal articulation and in the choice of legal constructions. KEYWORDS: legal communication, legal strategy, legal judgment, right holder, game situation, legal technique, legal thought, methodology of legal science.

Поскольку юридическая наука описывает лишь те фрагменты правовой действительности, к которым применимо определение «как таковой», ни один субъект права не выступает в качестве непосредственного объекта познания, но лишь как мыслимая внутри правовой ситуации модель поведения. В рамках юридической науки нельзя изучать *вот этого* прокурора или *вот этого* потерпевшего, но можно изучать тип поведения, именуемый прокурорским реагированием, или норму, предписывающую потерпевшему образ действий по защите своих интересов. Иначе говоря, субъект права познается юридической наукой в той мере, в которой ей удастся построить некий алгоритм его поведения, именуемый правовой стратегией.

Поскольку официальное признание статуса сопряжено для власти с предоставлением его носителю реальной защиты, юридическая наука обязана раскрыть механизм правового регулирования не только как технологию управления, порядок делопроизводства, инструкцию по осуществлению какой-либо деятельности, но и как конструкцию, предназначенную для инстанции, т. е. затрудняющую неприемлемые стратегии защиты права и ограничивающую его ложные толкования.

Ближе всего к проблематике правовой стратегии расположены науки, исследующие конкурентную борьбу, информационные технологии и особенно юридический процесс, в котором декларируемый законом принцип состязательности предполагает множественность субъектов права и наличие разнообразных процессуальных противников и партнеров.¹ В научной и учебной литературе криминалистического и криминологического цикла также устоялись темы, в обсуждении которых уместно поня-

¹ См., напр.: Михайловская Н. Г., Одинцов В. В. Искусство судебного оратора. М., 1981; Мельниковский М. Беседа с подзащитным: стратегия и тактика // Советская юстиция. 1993. № 7. С. 14–15; Стойко Н. Г. Стратегии уголовного процесса и их совместимость // Российский следователь. 2006. № 4. С. 12–15; Чашин А. Н. Стратегия и тактика адвокатской деятельности. Учеб. пособие. М., 2008; Гоулд Ф. Стратегическое планирование избирательной кампании // Полис. 1993. № 4. С. 134–138; Вирилио П. Информационная бомба. Стратегия обмана / пер. с фр. И. Окуневой. М., 2002.

тие «стратегия».² В недавнее время понятия «тактика» и «стратегия» стали использоваться при освещении различных аспектов правовой защиты, в частности, при обсуждении компромиссов в уголовном праве, оптимальных моделей поведения кредитора при взыскании долга и т. д.³ Наконец, с недавних пор правовые стратегии стали предметом изучения общеправовой теории.⁴ Повышением исследовательского интереса к правовым стратегиям мы обязаны в первую очередь отказу от наивного понимания правовой реальности, где кроме государства, создающего право, никто не обладает признаками субъекта, судьба которого напрямую зависела бы от характера его участия в правовых отношениях.

О стратегии поведения или же о стратегии как таковой уместны упоминания прежде всего в том случае, когда речь идет о войне, политике, спорте, предпринимательстве, менеджменте, массмедиа или методологии научного исследования, поскольку именно в агональных моделях коммуникации, для которых характерны захват пространства, борьба, соперничество, нападение и защита, поражение и победа, объективно высока вероятность принятия ошибочных решений и, соответственно, несения каких-либо утрат.⁵ Тот, кому нечего терять, вопросами стратегии не озабочен.

² Кудрявцев В. Н. Стратегии борьбы с преступностью. М., 2003; Саморока В. А. Тактика допроса и стратегия поведения // Российский следователь. 2005. № 12. С. 2–4; Головина Е. В. Ошибки в выборе стратегии и тактики расследования преступлений: субъективно-психологический аспект // Известия Тульского гос. ун-та. 2009. № 1. С. 350–353; Филиппов А. Г. О криминалистической стратегии как самостоятельном разделе науки криминалистики // Криминалистика и судебная экспертиза: наука, обучение, практика. 8-я (внеочередная) междунар. науч.-практ. конф. / под общ. ред. С. П. Кушниренко. СПб., 2012. С. 130–133.

³ Панченко П. Н. Стратегия законности и тактика компромисса в уголовном праве // Право. 2014. № 1. С. 107–116; Мальцев А. Построение стратегии защиты товарного знака // Корпоративный юрист. 2006. № 7. С. 34–36; Малкин О. Управление задолженностью. Стратегии взыскания долгов и защиты от кредиторов. М., 2007; Трепашкин М. Как мошенники укрывают имущество // www.trepashkin.com/news/articles?id=123.

⁴ Карташов В. Н. Юридическая техника, тактика, стратегия и технология. К вопросу о соотношении // Проблемы юридической техники. Сб. ст. / под ред. В. М. Баранова. Ниж. Новгород, 2000. С. 16–23; Нургалиев Ш. Х., Чинчикова Г. Б. Правовая тактика и правовая стратегия. Вопросы теории соотношения и практики // Юридическое образование и наука. 2006. № 2. С. 34–36; Мазуренко А. П. Стратегия законотворчества и правотворческая политика: проблемы соотносимости // «Черные дыры» в российском законодательстве. 2007. № 2. С. 73–75; Миронов А. Н. Юридическая стратегия в правотворческой деятельности // Российская юстиция. 2007. № 6. С. 43–47; Стрельников К. А. Государственно-правовая стратегия как категория современной юридической науки // Государственная власть и местное самоуправление. 2009. № 8. С. 3–4; Даниленко И. Н. Определение понятия «правовая стратегия» // История государства и права. 2011. № 17. С. 10–13; Поцелуев С. П. Диалог как властная стратегия // Философия права. 2011. № 2. С. 123–127; Максуров А. А. Координационная юридическая стратегия: проблема определения // Вестник Пермского ун-та. Юридические науки. Вып. 2(12). С. 23–25; Фалькина Т. Ю. Юридическая стратегия как важнейший элемент юридической технологии // Вестник Московского ун-та МВД России. 2012. № 2. С. 135–137; Правкина И. Н. Роль правовых стратегий в современном праве // История государства и права. 2013. № 12. С. 30–33.

⁵ Наверное, приоритет в рассуждениях о стратегии и тактике принадлежит военным, в частности, здесь уместно назвать книги Карла Клаузевица о принципах ведения войны, написанные им в 1820-е гг. и изданные под разными названиями после его смерти (см., напр.: Клаузевиц К. фон. Принципы ведения войны. М., 2009). Интересный материал о методике и планах воздушного боя содержится также в книге известного летчика, легендарного героя Великой Отечественной войны А. И. Покрышкина, составленной на основе его дневниковых записей 1941–1944 гг. (Покрышкин А. И. Крылья истребителя. М., 1944). Сформулированные им принципы (например, учет пространственных пределов преимуществ противника при

Поэтому правовая мысль, ориентированная в описании права на бытие абсолютных ценностей, единичной государственной воли, однозначно возникающих из юридического факта правоотношений или неустрашимого из жизни государства народа, вряд ли нуждается в том, чтобы к имеющемуся тезаурусу прибавить еще один термин. Диверсификация законодательных или судебных решений, допускаемая теорией, описывающей право как удерживаемый в одних руках инструмент регулирования общественных отношений или развития правовой системы в целом, также не дает повода помыслить о стратегии, поскольку в аспекте юридической техники (технологии) любая ошибка интерпретируется всего лишь как промах, отклонение от алгоритма, исключение из правил. И даже в рассуждениях о правовой политике постановка вопроса о стратегии может быть избыточной, если ее субъектом мыслится уникальное, т. е. единственным образом существующее, государство наряду с полагающимися ему согласно политической теории неустрашимыми приложениями — территорией, населением, общественными интересами, социальными ролями, институтами, властью и т. д. Конечно, курс на реализацию важнейших и долговременных интересов общества может быть назван стратегией, но в этом случае излишне именовать его правовым и тем более придавать термину «правовая стратегия» значение категории юридической науки, как это без методологического обоснования предлагает, например, К. А. Стрельников.⁶

Политические стратегии могут сопровождаться мерами правового обеспечения, что не придает им принципиально нового качества, поскольку субъект политической жизни мыслится за рамками самого права, он аксиоматично задан самой конструкцией повествования. Р. Дворкин в своей известной книге также употребляет в описании права термин «стратегия», однако он сразу предостерегает: «“Стратегией” я называю стандарт, формулирующий необходимость достижения некоторой цели, обычно связанной с улучшением каких-то экономических, политических или социальных условий в обществе (хотя некоторые цели являются негативными — в том смысле, что они требуют защиты существующего положения от неблагоприятных изменений)».⁷ Так, требование, гласящее, что количество автомобильных аварий должно уменьшаться, с его точки зрения, есть стратегия, которая может быть положена в основание правовой нормы (в отличие от принципов, которые образуют ее моральные основания безотносительно к полезному эффекту).⁸ Задействованные в правовой ситуации психологические, экономические и политические по своему характеру модели поведения остаются за пределами предмета юридической науки.

избрании оптимальной высоты боя), на мой взгляд, имеют универсальный характер и вполне пригодны при разработке стратегии правовой защиты по конкретному делу (в частности, выбор суда в случае альтернативной подсудности при наличии зависимости преимуществ процессуального противника от территориального расположения официальной инстанции). Одно из первых теоретических рассуждений о тактике и стратегии игры предпринял Макс Эйве, известный шахматист, автор книги «Стратегия и тактика. Курс шахматных лекций» (1936 г.). Им был поставлен вопрос о соотношении стратегии и тактики, общих принципах стратегии и особенностях тактической (комбинационной) игры (см. подробнее: *Эйве М. Стратегия и тактика. Курс шахматных лекций*. М., 2013).

⁶ Стрельников К. А. Государственно-правовая стратегия как категория современной юридической науки. С. 3, 4. — См. также: Голощапов А. М. Конституционные основы становления государственно-правовой стратегии Российской Федерации // Государство и право. 2006. № 11. С. 95–100.

⁷ Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 45.

⁸ Там же.

Для обоснования научно-категориального статуса правовой стратегии необходимо опуститься с уровня абстрактно-теоретических рассуждений о сущности права до уровня практики реализации прав и обязанностей, что в онтологическом аспекте понимается как особый способ конфликтного существования субъекта права, названный в свое время Р. Йерингом «борьбой за право». Движение к стратегической цели — обретению статуса и реализации права — затруднено, поскольку двигаться приходится совместно с политическим или процессуальным противником, конкурентом, иначе говоря, притязающим на благо и преследующим свои цели субъектом права. Я бы сравнил это движение с вальсирующей парой, где партнеры не только готовы укусить друг друга, но еще и навязывают друг другу разный темп и даже разный танец.

Итак, интерес к вопросу о правовой стратегии оправдан, если правовая реальность мыслится не просто как поле различных по своей оптимальности решений, но и как столкновение позиций, чреватых для тех, кто их занимает, смертью, утратой правосубъектности, конкретного блага или желаемого правового статуса. Общие стратегические начала кажутся всем очевидными, хотя, пожалуй, трудно найти источник, где бы были изложены правила и вытекающие из этих начал принципы. Так, ввиду того что само основание для обращения в суд не служит гарантией справедливого решения, заявление в суд следует подавать не тогда, когда появился законный повод, а когда есть предпосылки для вынесения желаемого решения. В суде дело можно и проиграть. В то же время решение суда, в котором было отказано в жалобе или иске, фактически легитимирует действия обидчика на неопределенно долгий срок. Поэтому не следует спешить подавать заявление в суд, полагаясь на то, что справедливость восторжествует сама собой.

Как видим, эти соображения продиктованы не общей логикой социального устройства и развития, не безликой политической волей, не программными установками и доктринами, не экономической необходимостью или исторической закономерностью, а практикуемыми действиями иных субъектов права, вовлеченных в правовое общение. Стратегия есть там, где движение к конечному результату опосредовано игровой ситуацией, непредставимой без наличия противника и партнера.

Чтобы обсуждение правовой стратегии не оказалось встречей со старыми схемами и повторением известных истин с обновленной терминологией, правоведам нужно по крайней мере признать, что на поведенческом уровне субъекта, индивидуального или коллективного, на котором, кстати говоря, только и обретает свое практическое значение юридический факт, возможны самые различные комбинации юридических последствий. Субъект права рассматривается юридической наукой как объект, образ поведения которого вписывается в логику права, т. е. некую обусловленную правовыми нормами последовательную цепочку актов. Это означает, что суждения, содержащие правовые притязания, исходят от субъекта права согласно его статусу и в соответствии с юридической процедурой, внутри которой он расположен. Обычное судебное разбирательство навевает скуку на обывателей и журналистов именно потому, что действия и речи его участников, подчиняющихся предписанному порядку, легко прогнозируемы, шаблонны и ожидаемы. Однако из стандартных ходов следуют неожиданные комбинации, на которые отечественная юридическая наука пока что обращает мало внимания. Ей необходимо отказаться от такой теоретической модели действия и реализации права, где кроме нормы права и адресата, которому она предназначена, нет никого, кто бы смог оказать влияние на содержание принимаемого им решения.

Между тем описание правового решения представляет собой непростую для юридической науки задачу. Она не предназначена для описания мысли. Востребованная для этой цели герменевтическая методология вряд ли годится, поскольку интерпретативные стратегии эксплицируются в границах индивидуальной деятельности и нацелены на норму как уже состоявшийся объект интерпретации. Известны не только норма, но и статус, функции субъекта права. «Юридическая интерпретация дифференцируется в зависимости от основной функции, осуществляемой субъектом в правовом поле», справедливо утверждает М. А. Беляев.⁹ Констатация этой функции, всегда производной от статуса, приводит М. А. Беляева к логичному выводу о единственно возможной правовой стратегии в поведении субъекта права: «Поскольку субъект — носитель обыденного правосознания обладает единственной значимой функцией — инициированием актов правовой коммуникации, то его стратегия может быть названа интерпретативно-апеллятивной (лат. *appello* — обращаться к кому-либо)».¹⁰ С его точки зрения, логика профессионального правосознания учитывает задачи реального применения норм права, а потому названа им интерпретивно-аппликативной, что «подчеркивает ее основную цель — применение нормы».¹¹ При такой постановке формулирование начал каких-либо иных стратегий в рамках заявленной методологии не предвидится. В итоге правовая реальность редуцируется в лучшем случае до четырех участников правового общения, в котором каждый из них вынужден пребывать лишь в том качестве, которому соответствует его основная функция — гражданина, правоприменителя, законодателя и правоведа.

Однако современный взгляд на правовую реальность допускает, что исполнение правовых предписаний — далеко не главная цель, которую преследует субъект, наделенный правовыми возможностями. Нельзя сказать, что теория государства и права об этом не подозревала: различие правовых актов и правовых поступков в учении о юридических фактах как раз основано на том, что поступки совершаются с целью, далекой от приобретения соответствующих прав или обязанностей. Однако это допущение не меняло общей картины мира, в котором нормы устремлялись на людей, принуждая их к соблюдению и не оставляя им никаких шансов на встречу с иной реальностью.

Правовая стратегия представляет собой не деятельность как таковую, а особый тип коммуникации, в котором субъект права реагирует, т. е. вступает во взаимодействие в ситуации неопределенности. Объектом наблюдения оказываются не факты, а ожидания. Действие партнера обусловлено не состоявшимся фактом, а угадываемой возможностью. Иные участники правового общения присутствуют в качестве, которое не подлежит однозначной юридической квалификации. Подозреваемый в правонарушении не знает, каковы последствия его ответа на вопрос, который задает следователь. И даже в том, что субъект права готов в своей деятельности соответствовать своему статусу, уверенности нет. Так, судья, принимающий дело к своему производству, может вовсе не иметь в своих

⁹ Беляев М. А. 1) Научное познание права: генезис и эпистемологическая специфика. Автореф. дис. ... к. филос. н. Воронеж, 2009. С. 22; 2) О субъектном (деятельностном) основании дифференциации юридико-интерпретативных стратегий // Проблема правосубъектности: современные интерпретации / отв. ред. Ю. Е. Пермяков, Т. Б. Замотаева, В. И. Толмачов. Вып. 7. Самара, 2009. С. 25.

¹⁰ Беляев М. А. Научное познание права... С. 22–23.

¹¹ Там же. С. 23.

планах вынесение законного решения, по каким-либо причинам ему трудно состояться в качестве авторитетного субъекта официального правового суждения. Иногда ожидаемые решения страшат своими юридическими, экономическими или политическими последствиями. Это обстоятельство не может не влиять на тактику ведения процесса, который может продолжаться бесконечно долго, сопровождаться надуманными процессуальными осложнениями и в конечном счете утратить свой актуальный практический смысл в волоките. В итоге правовая стратегия участника процесса заключается в том, чтобы принудить судью к законному решению, т. е. заставить его стать тем субъектом, который существует лишь номинально.

Представляется методологически правильным в понимании правовой стратегии исходить из того, что участники правового общения не просто констатируют некие факты, квалифицируют обстоятельства и интерпретируют нормы, а, по выражению А. В. Полякова, создают актуальные тексты.¹² Правовая стратегия предназначена для формирования условий правового общения, первоначально она заявляет о себе в акте правовой артикуляции и выборе юридических конструкций.

Правовая артикуляция — это интерпретация конфликтной ситуации в терминах права. Она служит формальной основой для выбора соответствующей тактической модели правовой защиты. Невозврат долга может быть сочтен нарушением договорных обязательств — или мошенничеством. Юридическая артикуляция предполагает осведомленность о полномочиях инстанции и перспективах принятия заявления к рассмотрению.

Мы привыкли отождествлять правовой анализ ситуации и юридическую квалификацию. Если анализ произведен объективно, то он действительно может представлять собою строгую юридическую квалификацию и не более того. Но такой анализ возможен лишь для не заинтересованной в исходе дела официальной инстанции. Все учреждения и должностные лица претендуют на эту роль, однако у всех из них есть собственные профессиональные интересы, а следовательно, свои цели. Стало быть, не всякий результат юридической квалификации может их устроить, поскольку не всякая квалификация совпадает с соображениями должностных лиц о карьере, успехе или согласуется с их ведомственными интересами или морально-политическими предпочтениями. Даже судья, по большому счету, никогда не бывает незаинтересованной инстанцией. В душном помещении летом он будет отдавать предпочтение тем, кто умеет говорить кратко, а в последний день перед отпуском вряд ли способен объективно рассмотреть ходатайство участника спора об отложении дела на завтра.

Стратегия восстановления нарушенного права подразумевает довольно сложную комбинацию тактических решений, создающих необходимые юридические условия для вынесения законного решения. Так, в случае восстановления нарушенного права первая задача юриста заключается в том, чтобы максимально четко и полно зафиксировать сам факт и объем правонарушений. Сделать это не всегда просто, поскольку нарушения прав не всегда сопровождаются выдачей официальных свидетельств, а сам адвокат или правозащитник протокол нарушений прав человека не составляет, он лишен такой возможности. Поэтому в его задачу

¹² «Право легитимируется не только через виртуальные тексты первичных источников права, и не только через политические тексты государственной власти, но и через актуальные тексты, создаваемые самой практикой реализации прав и обязанностей» (Поляков А. В. Коммуникативный подход в общей теории права // Проблемы філософії права. Київ, 2006–2007. Т. IV–V. С. 63).

входит получение достоверных, имеющих значение официальных данных или убедительных доказательств нарушения законных интересов. Когда эти данные может представить лишь тот орган, который и явился виновником правонарушения, задача осложняется. У виновных лиц нет мотива для публичного обнаружения собственной вины. Поэтому его надо сформировать. Здесь возможны несколько тактических комбинаций. Во-первых, не надо игнорировать принуждение к ответу перед официальной инстанцией, куда направлена жалоба. Когда нет особой интриги, так и поступают. Но если дело принимает серьезный оборот, практикующие юристы действуют более изощренно. Прямолинейные ходы раскрывают цель и позицию, намерения оказываются очевидны, действия и последствия легко прогнозируются процессуальным противником. Тогда со стороны нарушителя возможна глухая оборона, вплоть до фальсификации доказательств и отрицания причастности к факту нарушения законных интересов. Вторым вариантом можно назвать провокацию косвенного ответа для подтверждения каких-либо обстоятельств. Ответчик втягивается в полемику, переписку, в которой не всегда контролирует правовые последствия официальных утверждений. В-третьих, иногда можно наблюдать тактику «параллельного конфликта». Здесь прогнозируется и искусственно создается ситуация, в которой нужное истцу сообщение играет положительную роль для защиты интересов виновных лиц. Например, документ, чье доказательственное значение имеет смысл и ценность, приобщается к материалам дела в другом судебном процессе, результат которого не имеет для истца серьезного значения, а затем истребуется как искомое доказательство на основании заявленного ходатайства.

Из этих примеров явствует, что язык описания правовых стратегий не сформировался, он еще беден. Это, возможно, объясняется неохотой, с которой профессиональные юристы делятся своим опытом, и пренебрежением теории права к теме правовых технологий, поскольку долгое время юридическая наука была предназначена исключительно для описания и совершенствования властно-государственной деятельности.

**ЧТО ТАКОЕ ТЕОРИЯ ПРАВА
С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ ФИЛОСОФА,
РАЗМЫШЛЯЮЩЕГО О ГУМАНИТАРНОМ ЗНАНИИ
В КОНТЕКСТЕ КОММУНИКАТИВНОЙ РАЦИОНАЛЬНОСТИ?***

И. Д. НЕВВАЖАЙ**

В статье обсуждается вопрос о смысле критериев научности применительно к гуманитарному знанию и в особенности к теории права. Предлагается интерпретация таких общепризнанных стандартов научности, как предметность, объективность, истинность, обоснованность. Гуманитарное знание объективно, если оно соответствует объективным ценностям, которые являются условием воспроизводства человеческой природы. Истинность нормативного знания определяется прагматически как способность обеспечить условия формирования субъекта, живущего по определенным правилам. В отличие от естественных наук представление о структуре научной теории в правоведении остается непроясненным, и в статье предпринимается попытка определить основные структурные элементы теории права и нормативного теоретического знания в целом. Одной из центральных тем данной статьи является методологическая оценка коммуникативного подхода в понимании права. Автор показывает, что коммуникативная концепция права вынуждает нас пересмотреть традиционные представления о строении научной теории, ее функциях и природе нормативности. В решении этой задачи автор опирается на идеи феноменолого-коммуникативной концепции, развиваемой А. В. Поляковым. В статье предложена оригинальная семантическая концепция норм, которая позволяет и пытается обосновать положения о нормативности правовой коммуникации, о нормативном и триалогическом характере коммуникации.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: критерии научности, теория права, семантическая концепция норм, нормативность правовой коммуникации, коммуникативный характер нормативности.



Невважай Игорь Дмитриевич,
доктор философских наук,
профессор, зав. кафедрой
философии
Саратовской государственной
юридической академии

* Статья подготовлена при поддержке гранта РГНФ № 13-03-00353.

** Nevvazhay Igor Dmitriyevich — doctor of philosophy sciences, professor, chair of philosophy department, Saratov State Law Academy.

E-mail: igornev@gmail.com

© Невважай И. Д., 2014

NEVVAZHAY I. D. WHAT IS A THEORY OF LAW IN THE OPINION OF A PHILOSOPHER REFLECTING ABOUT HUMANITARIAN KNOWLEDGE IN THE CONTEXT OF THE COMMUNICATIVE RATIONALITY?

The article discusses the issue regarding the meaning of criteria of the scientific character, as applicable to humanitarian knowledge, especially to the theory of law. The author proposes the interpretation of such generally recognized standards of the scientific character, as a subject matter, objectivity, genuineness and justification. Humanitarian knowledge is objective, if it complies with objective values which are a condition for reproduction of the human nature. The genuine character of normative knowledge is determined pragmatically as a capability to provide conditions for formation of a subject living according to the certain rules. As opposed to the natural sciences, the idea about the structure of the scientific theory in jurisprudence is unclear, and the article, therefore, attempts to define the main structural elements of the theory of law and normative theoretical knowledge in general. A methodological evaluation of the communicative approach to law understanding is one of the central topics of the article. The author shows that the communicative concept of law makes us review traditional ideas about the structure of the scientific theory, its functions and nature of normativity. To solve this problem, the author relies upon the ideas of the phenomenologist and communicative concept developed by A. V. Polyakov. The article contains an original semantic concept of norms which enables and attempts to explain the provisions about the normative character of legal communication, normative and dialogue character of communication. **KEYWORDS:** criteria of the scientific character, semantic concept of norms, normative character of legal communication, communicative character of normativity.

Вопрос о понятии теории в юриспруденции. В сравнении с естественными и математическими науками в юридической науке понятие теории не является проясненным в достаточной мере. Пишутся монографии, защищаются диссертации по научной специальности, в которую входит понятие «теория права». Если обратиться к учебникам по теории права, то инвариантное содержание учебной дисциплины «теория государства и права» в них более или менее понятно и определено (в частности, учебной программой). В этом смысле «теория права» рассматриваться нами не будет. В юридической науке существует немало различных теорий права. Но что позволяет методологу объединять некую совокупность взглядов теоретика на право в то, что называется «теория»? В некоторых статьях, докладах можно встретить изложение некоторых авторских воззрений на право. Что дает основание относиться к ним как к изложениям научной теории права? Ясного ответа на данный вопрос мы нигде не найдем. Единственный ответ, с которым, видимо, согласится большинство исследователей, состоит в том, что признаком теории является освещение различных тем и решения проблем правоведения с единых теоретических позиций. Это позволяет, например, выделить семейство естественно-правовых, социологических, позитивистских теорий. Однако такое представление не дает нам знания того, что надо делать, каким требованиям удовлетворять, чтобы построить какую-либо теорию права. В физико-математических науках каждый ученый знает, из каких элементов строится научная теория, структура и функции научной теории в этих областях достаточно хорошо изучены. Этого нельзя сказать о теории права и вообще о теориях в гуманитарных науках.

Поставленные вопросы были предметом обсуждения в исследованиях отечественных ученых-юристов. Среди пионеров можно назвать Л. И. Петражицкого, который уделял специальное внимание вопросу строения

юридического теоретического знания, что было показано Е. В. Тимошиной в ее монографиях, посвященных анализу его творчества.¹ В советской юридической науке в работах известного и авторитетного методолога правоведения Д. А. Керимова подобные проблемы не обсуждались. Среди современных теоретиков отдельные аспекты специфики юридического знания рассматривались в работах Н. В. Варламовой,² Е. Ю. Пермякова,³ А. В. Полякова,⁴ И. Л. Честнова.⁵ Считаю необходимым отметить, что понимание понятия «теория права», с которым мы встречаемся в основном массиве работ по методологии юридической науки, ориентировано на образец научной теории, который заимствуется из области естественных и математических наук. Во всяком случае критерии научности заимствуются из этих областей и распространяются на юридическую науку, ярким примером чего является методология построения нормативной теории права Ганса Кельзена.

Ряд принципиальных проблем методологии гуманитарного познания был решен в работах философов Баденской школы неокантианства. Были определены отличия наук о природе и наук о культуре как по предмету, так и по методу познания. Стало общепринятым отличать науки о природе как науки объясняющие от наук о культуре как наук понимающих. В свете этого становится ясным различие в строении теорий гуманитарных и естественно-научных теорий. В естествознании развитая научная теория состоит из трех блоков: принципы (или аксиомы), законы, понятия. Благодаря законам, говорящим о том, что всегда происходит в действительности, теория способна выполнять функцию объяснения. Отсутствие в теории гуманитарного знания такого элемента, как законы, означает, что это знание не может нам дать какие-либо объяснения происходящих явлений социальной и духовной жизни. По мнению неокантианцев, гуманитарные науки способны, однако, дать нам возможность понимания человеческой жизни. За счет чего? Четкого ответа у неокантианцев мы не найдем. Однако если теория должна обеспечивать понимание, то за это должно нести ответственность ее содержание. К обсуждению этой проблемы я вернусь позже. На данном этапе важно зафиксировать то обстоятельство, что поскольку теория есть форма организации знания, то эта форма должна, видимо, коррелировать с предметным содержанием теории. Это означает, что есть основания искать специфическую форму организации знания в гуманитарной теории, отличную от указанной выше формы организации естественно-научной теории. Конкретнее, я попытаюсь показать, что коммуникативная концепция права вынуждает нас пересмотреть традиционные представления о строении научной теории, ее функциях и природе нормативности. В решении этой задачи я опираюсь на идеи феноменолого-коммуникативной концепции, развиваемой А. В. Поляковым, и пытаюсь найти дополнительные аргументы в ее пользу при рассмотрении вопроса о том, что должна представлять собой научная теория права.

¹ Тимошина Е. В. Как возможна теория права? Эпистемологические основания теории права Л. И. Петражицкого. М., 2013.

² Варламова Н. В. Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права. М., 2010.

³ Пермяков Е. Ю. 1) Философские основания юриспруденции. Самара, 2006; 2) Эмпирические основания юридической науки // Вестник Самарской гуманитарной академии. Сер. «Право». 2007. № 1. С. 43–54.

⁴ Поляков А. В. Общая теория права. СПб., 2001.

⁵ Честнов И. Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012.

Смысл критериев научности в юридической теории. Другим важным вопросом методологии юридической науки является вопрос о стандартах научности. Обсуждая этот вопрос, мы должны иметь в виду, что гуманитарные науки являются относительно молодыми по сравнению с математическими и естественно-научными дисциплинами, у которых обычно заимствуются стандарты научности.

Когда мы говорим о научном знании, то имеем в виду, что оно удовлетворяет набору базовых требований, среди которых можно указать предметность, объективность, истинность, обоснованность, системность, верифицируемость, фальсифицируемость. Перечисленные критерии были выработаны в области математического естествознания и до сих пор там «работают». Большинство этих критериев используются в гуманитарных науках. Однако специфика предмета гуманитарного познания вынуждает нас искать новые значения таких требований, как предметность, объективность, истинность. Подробно эта задача решалась в других моих публикациях,⁶ поэтому здесь я кратко изложу свою позицию.

Под предметностью научного знания понимается его отнесенность к реальности, существующей независимо от факта знания. Смысл предметности состоит в различении предмета знания и знания предмета с помощью средств самой научной теории. Данное требование позволяет отличить научное знание от тех видов ненаучного знания, предмет которых зависит от самого знания, и поэтому предмет знания и содержание знания предмета оказываются неразличимыми. Это типично для мифологического мышления и идеологии.

В естественных науках есть сфера опыта, которая обладает относительной самостоятельностью, и поэтому опыт может свидетельствовать о том, о чем теория «молчит». Это видно на примере так называемых «отрицательных» опытов. Благодаря опыту предмет знания можно отличить от знания предмета (точнее, от содержания знания). Предметность в естествознании выражается посредством соотношения двух видов научных языков — эмпирического и теоретического. Существует ли в юридической науке подобный опыт, т. е. опыт, не зависящий от теории?

Вообразим себе идеальную ситуацию. Люди вступают в правовые отношения друг с другом, руководствуясь знанием всех законов. Их правовое сознание полностью совпадает с содержанием сознания ученого-правоведа, отражающего в своей теории реальную практику правовой жизни людей данного общества. В этой идеальной ситуации знание о предмете (теория) и предмет знания (реальные правоотношения) неразличимы. Но это и есть ситуация, когда мы говорим об отсутствии предмета, отличного от теоретического знания.

Описанная ситуация характерна для классических (т. е. реализующих принципы классической рациональности) теорий права, которые описывали идеальные правовые конструкции, говорящие не о том, что происходит в действительности, а о том, что должно, разрешено или запрещено делать. Позитивное понимание права, связанное с понятием воли суверена, находит свое выражение в теориях, которые описывают рационально устроенный ум «просвещенного» законодателя. Эти теории говорили о том, что надо делать в качестве абсолютного законодателя, формулирующего

⁶ См., напр.: *Невважай И. Д.* Критерии научности в нормативных теориях: неокантианство и теория права Г. Кельзена // *Известия Саратовского университета. Новая серия. Сер. «Философия. Психология. Педагогика»*. 2014. Т. 33. Вып. 2. С. 25–30.

правильные нормы поведения для всех людей. К тому же классу относятся теории, опирающиеся на классическую версию естественно-правовой доктрины, где теория понимается как «зеркало природы».

Классические теории права описывают модальные формы бытия: должное, запрещенное и разрешенное. Но деонтические модальности свойственны только миру суждений. Это означает, что классические теории описывают не то, что существует в реальной жизни людей, а то, что существует лишь лингвистически. Другими словами, классические теории права не являются научными по критерию предметности, ибо в них предмет знания и знание предмета неразличимы.

Неклассические теории права строятся на понимании знания не как образа объективной реальности, а как интерпретации опыта.⁷ Одним из первых теоретиков-юристов, кто так понимал теоретическое знание, был Ганс Кельзен. Особенностью гуманитарного и юридического познания является в том числе то, что его предмет — это совокупность субъектных актов, совершаемых людьми, в своих действиях преследующими определенные цели и реализующими некую систему ценностей. В этих социальных актах воплощено некое знание, которым руководствуются субъекты. Если это знание совпадает с тем знанием о них, которое имеет тот, кто познаёт эти акты, то мы имеем дело с идеологией, а не с юридической наукой, дающей свое толкование смысла актов. Различение предмета знания и знания предмета выражалось у Ганса Кельзена в том, что самоистолкование правового акта должно предшествовать тому истолкованию, которое осуществляется наукой о праве. Чтобы понятийно выразить данное обстоятельство, он вводит различие между субъективным и объективным смыслом акта. Субъективный смысл акта, подразумеваемый действующим субъектом, и объективный его смысл, «который данному акту приписывается в системе всех правовых актов», не должны совпадать.⁸ Иначе говоря, осознание различия между предметом знания и знанием предмета выражается таким образом, что, с одной стороны, предмет знания описывается как реальность, которая сама себя определенным образом выражает, «самоистолковывает» посредством своего собственного «предметного» языка, связанного с описанием субъективных значений, приписываемых совершаемому действию. Например, действие может осуществляться с определенной целью, непосредственно не связанной с юридическими реалиями, в нем могут присутствовать интересы и потребности, которые не входят в сферу компетенции правовой теории. С другой стороны, в суждениях (знании) о предмете используется иной язык, в котором реальность дана в форме интерпретации языковых выражений, опирающейся на существующее законодательство.⁹ Два разных способа отношения к событиям действительности создают возможность понятийного разведения предмета знания и знания о предмете.

В социологической концепции права существует разрыв между деонтическими модальностями теоретических суждений и дескриптивными суждениями, относящимися к реальным отношениям между людьми, когда последние описываются как фактически существующие. В силу «Закона

⁷ Микешина Л. А. Философия познания. Полемические главы. М., 2002.

⁸ Кельзен Г. Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве / пер. с нем. М. В. Антонова // *Российский ежегодник теории права*. 2011. № 4. С. 436.

⁹ См. об этом: Невважай И. Д. Взаимодополнительные формы активности субъекта познания: интерпретация и выражение // *Вестник Российского университета дружбы народов. Сер. «Философия»*. 2011. № 3. С. 54–65.

Юма» логически согласовать прескриптивные и дескриптивные суждения невозможно. Коммуникативная теория права отличается от всех предыдущих теорий тем, что в ней теоретический и эмпирический язык являются средствами интерпретации и «самоинтерпретации» (в кельзеновском смысле). «Самоинтерпретация» существует на уровне эмпирически реализуемой правовой коммуникации субъектов.

Таким образом, предметность юридической теории неразрывно связана с наличием разных языков — эмпирического и теоретического. И это двуязычие предполагается коммуникативной теорией права.

Другой важнейший критерий научности — истинность. В классической аристотелевской версии истина есть содержание знания, соответствующее объективно существующему объекту. Истинность предполагает предметность знания. Истинность знания требует наличия определенных способов установления соответствия знания и действительности. Эти способы могут быть как логическими, так и эмпирическими. Рассматривая критерий истинности, необходимо иметь в виду, что кроме приведенного выше классического определения истины существуют другие концепции истины (например, когерентная, прагматическая, семантическая концепции и др.). Классическая концепция истины неплохо «работает» в естественных науках, так как последние имеют дело с реальностью, которая всегда есть в наличии либо может быть воспроизведена, например, с помощью эксперимента. Когерентная концепция истины наиболее адекватна тем наукам, которые имеют дело с объектами, существующими в виде текстов (например, исторические науки). Проективные науки — науки о конструируемых объектах, к числу которых относятся технические и социально-гуманитарные, — в основном опираются на прагматическую концепцию истины. При этом истинность синонимична правильности, или соответствию правилу.

Такое понимание истинности, на мой взгляд, содержится в учении Г. Кельзена о праве. Хотя прямых формулировок, касающихся истинности юридического знания, в тексте его пионерской работы «Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве» нет, тем не менее, как мне представляется, в неявной форме у Кельзена есть определенное понимание истинности в науки о праве. Разумеется, Кельзен был далек от наивного реализма относительно трактовки знания как образа объективной реальности. Его трактовка истины опирается на идею о том, что гуманитарное знание есть интерпретация опыта, а не отражение факта. События становятся предметом юридического познания благодаря не своей фактичности, но объективному смыслу, связанному с этим событием, тому значению, которым оно обладает. «Соответствующие фактические обстоятельства, — отмечает Кельзен, — обретают особый юридический смысл, свое собственное правовое значение посредством определенной нормы, которая по содержанию соотносится с этими обстоятельствами, наделяет их правовым значением, так что акт может быть истолкован согласно этой норме. Норма функционирует в качестве схемы истолкования».¹⁰ Другими словами, акт человеческого поведения есть правовой (или противоправный) вследствие нормативного толкования. Таким образом, истинное знание — не то, которое соответствует «фактическим обстоятельствам», но то, которое есть результат интерпретации, чья правильность определяется нормой как схемой толкования. Здесь истинность тождественна правильности, правомерности. Истина в данном случае близка по сути

¹⁰ Кельзен Г. Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве. С. 436.

убеждению в правильности некой нормы. Что же касается вопроса о том, каким образом мы сопоставляем друг с другом акт и его толкование, то он остается открытым и проблематичным.

Таким образом, прагматическая истинность означает возможность создания определенных вещей, процессов и явлений на основе знания. Поскольку гуманитарное знание направлено на конструирование духовного мира, воплощенного в образе жизни, то здесь истинность есть требование создания субъекта, живущего по определенным правилам. Коммуникативная (неклассическая) теория учит тому, как стать субъектом прав и обязанностей в отношениях с другими людьми, как формировать нормы в процессе коммуникации с другими людьми, а не изобретать эти нормы для других, преследуя в основном частные интересы. В связи с этим я считаю вполне оправданной гипотезу, согласно которой смысл гуманитарной правовой теории состоит в описании условий возникновения субъекта правовой коммуникации. Эти условия реализуются и существуют в актах правовой коммуникации.

Далее, согласно естественно-научному пониманию критерия объективности содержание знания не должно зависеть от познающего субъекта. Объективность, таким образом, означает, что в содержании знания не должен быть отражен факт присутствия человека в мире в качестве познающего и знающего этот мир существа. Подобная трактовка объективности непригодна для гуманитарного познания, поскольку предмет последнего является человеческая реальность, содержательно определяемая сознанием, волей, интересами, потребностями человека. В то же время идея «исчезновения» субъективного в знании об объекте может иметь смысл и в гуманитарном познании.

Объективность в науках о природе есть показатель зависимости содержания знания от объекта, но не от познающего субъекта. Иными словами, объективность есть свидетельство зависимости знания от того в субъекте, что от самого субъекта не зависит. Развивая эту мысль, я хочу предложить версию объективности, которая характерна для гуманитарных нормативных наук. В них объективность может быть понята как зависимость содержания нормативного знания не от произвола субъекта, а от «природы» самого субъекта, от которой он сам зависим и которой подчинено его бытие и сознание. В этом случае объективность знания и его ценностная ориентированность вполне совместимы. Ориентация на определенные ценности и выбор их от самого человека не зависит, если отказ от этих ценностей ведет к отрицанию человеком собственной сущности и собственного существования. Тут скрыта простая истина: выбор ценностей в свою пользу, в пользу того, чтобы быть человеком, и есть объективный выбор. Напротив, выбор человеком ценностей, которые можно назвать античеловеческими, — это свидетельство субъективности. От нас не зависит то, что нам дано в качестве дара: происхождение от своих родителей, жизнь, смерть, разум и т. п. То, что человеку дано, даровано и поэтому от него не зависит, — это и есть объективно данные нам ценности. От человека зависит лишь то, как он этим даром и этими ценностями распорядится. Окружающий внешний мир, природу мы называем объективными в том же смысле: они нам даны в качестве дара (т. е. даром). В соответствии со сказанным знание и познание являются объективными, если они соответствуют объективным ценностям, т. е. тем, которые мы не можем отменить, пересмотреть без угрозы самоуничтожения (не обязательно физического). Коротко говоря, для человека объективными ценностями являются те, которые делают его человеком.

Такое ценностное понимание объективности имеет большое значение для гуманитарного познания. В соответствии с этим подходом справедливость, равенство, свобода являются объективными правовыми ценностями. Лишь в соотношении с ними и лишь благодаря реализации их в юридическом познании и знании последние могут быть объективными.

Согласно требованию обоснованности всякое научное знание должно иметь свои основания. Эти основания могут быть как эмпирическими, так и логическими. Из критерия обоснованности вытекает требование системности научного знания. Иначе говоря, научное знание должно представлять собой совокупность логически связанных элементов знания (понятий и суждений). В такой системе между элементами (например, понятиями) существуют отношения координации и субординации.

Реализация критерия обоснованности в нормативной теории связана с построением нормативной системы суждений, аналогичной структуре аксиоматически построенной теории. Этим можно оправдать идею Кельзена о существовании основной нормы. Когда одна норма представляет собой основание действительности другой нормы, то она является по отношению к ней высшей нормой, и таким образом выстраивается иерархическая система норм. Но предположение о существовании одной основной нормы не является логически необходимым. В негуманитарных науках аналогом основной нормы являются аксиомы или принципы. Основных норм (по сути, аксиом) может быть несколько, главное, чтобы они были независимыми друг от друга и образовывали достаточно полный набор, позволяющий, если следовать Кельзену, придавать юридический смысл всем интересующим законодателя явлениям.

По поводу критерия обоснованности необходимо заметить, что системная организация научного знания не является единственно возможной и необходимой. Для гуманитарных наук более подходит такая форма организации знания, как синтагма.¹¹ Синтагма — это такой способ организации духовной жизни и ее результатов, когда ментальные феномены возникают и существуют в жизненной ситуации общения, где мышление существует в потоке исторических и культурных ситуаций. Если в системе конечным основанием выступают аксиомы, в которых выражены всеобщие онтологические принципы, то конечным смысловым основанием всякой теоретической синтагмы является активность сознания.

В гуманитарном познании объект включает познающего субъекта. В синтагме присутствие субъекта в познаваемой реальности выражено тем, что знание фиксирует или выражает субъективное отношение к объекту в объективированных формах и прежде всего в языковой форме. Вне контекста этих отношений объект не может быть описан. Иными словами, гуманитарная теория есть теория условий познания, субъективного человеческого отношения к миру. Это отношение может быть изменено, и тогда описываемая реальность также изменяется. Какие же формы знания описывают отношение человека к действительности? Они хорошо известны в области юридического знания. Это принципы, презумпции и фикции. Презумпции и фикции говорят о том, что происходит в правовой реальности, которая есть не что иное, как совокупность интерпретаций человеческого опыта, поступков, действий. Теория предлагает общие основы

¹¹ Невважай И. Д., Суровягин Д. П. К вопросу о структуре гуманитарной научной теории // Вестник Российского университета дружбы народов. Сер. «Философия». 2013. № 4. С. 81–94.

таких интерпретаций, она обеспечивает единство интерпретаций. Эти презумпции и фикции являются также условием возможности правовой коммуникации.

Всякая норма коммуникативна,¹² всякая коммуникация нормативна. Понимание права как коммуникации требует изменения определения нормы. Существует большое разнообразие точек зрения на понятия нормы и правила. Существует огромное число видов правил. Существуют правила в логике, в праве, в языке, в спорте. Наряду с правилами мы говорим о существовании различных норм. Иногда нормы отождествляются с правилами, иногда нет. Нормы, регулирующие согласованные действия людей в процессе игры, называются обычно правилами. В работах ученых-юристов, придерживающихся позитивистской концепции права, правило совпадает с диспозицией нормы и не охватывает ее гипотезу и санкцию.

Мой подход к пониманию нормативности основан на рассмотрении семиотических отношений. Аналогичный подход реализуется в работах К. Глюер и Ф. Викфорс, посвященных лингвистической нормативности.¹³ Они различают две формы нормативности: в одном значении определяет норму, правило, а в другом — нормы, правила первичны, а значение вторично. Но существует третья форма нормативности, которая оказывается более общей и включающей в себя первые две.

Общенаучное определение нормы может выглядеть следующим образом. Норма есть установленный эталон, стандарт для оценки существующих и образца для создания новых объектов. Из этого следует, что норма отличается, с одной стороны, от воплощающего ее реального предмета, с другой — от фиксирующего ее нормативного высказывания, например, юридического закона, математического или грамматического правила. Как эталонный объект, так и нормативное высказывание могут соответствовать норме, но не являются собственно нормой. Поэтому я считаю, что нормы следует отличать от нормативных предложений, которые я предлагаю называть правилами. В то же самое время нормы не существуют как объективное содержание действительности. Таким образом, норма связана с отношением высказывания и реальности. Я хочу обосновывать семиотическую концепцию нормы, согласно которой норма является определенной символической связью между действительностью и ее репрезентативной формой. Мой тезис таков: сущность нормативности состоит в связи между знаком и значением.

В своей книге «Свобода и знание» я показал, что эталон имеет символическую функцию, благодаря которой мы связываем измеряемую величину с формой ее представления.¹⁴ Приведу простые иллюстрации. Допустим, что измеряемая величина — это стоимость товара. Его стоимость выражается в некотором количестве монет. Эталон — в данном случае это деньги — связывает символически стоимость товара и количество монет. Время измеряется числом движений (колебательных) в часах, и поэтому всякий эталон в данном случае связывает время и количество колебательных движений. Таким образом, эталон — это предмет, процесс, который своей репрезентативной формой (в вышеприведенных примерах это количество монет или число колебаний) символически выражает измеряемое

¹² Здесь я предлагаю некоторое расширение тезиса профессора А. В. Полякова: Поляков А. В. Нормативность правовой коммуникации // Правоведение. 2011. № 5. С. 27–45.

¹³ Glüer K., Wikforss Å. Against Content Normativity // Mind. 2009. N 118. P. 31–70.

¹⁴ Невважай И. Д. Свобода и знание. Саратов, 1995.

свойство. Данные примеры показывают, что эталон, норма — это фиксированное символическое отношение между измеряемой реальностью и ее выражением, репрезентацией. Когда мы говорим о нормах в сфере человеческих поступков, то универсальной репрезентативной формой последних является язык. С этой позиции норма есть определенная связь высказывания с действительностью. Иначе говоря, норма есть семантическое отношение. Обобщая, можно сказать, что нормативным является само отношение знака и значения. Норма фиксирует это отношение. Мое понимание нормы имеет общий характер и позволяет с единой точки зрения рассматривать нормативность практического действия, чувственного восприятия и мышления.¹⁵

Как согласовать предложенное понимание нормы как отношения знака и значения с традиционным представлением о норме? Проблема заключается в том, чтобы предложить интерпретацию деонтической модальности семантического отношения. Как известно, нормативные суждения могут быть запрещающими, разрешающими, обязывающими или нейтральными. Норма как связь знака и значения может быть разной, это зависит от характера *связи* между знаком и значением. Она может быть запрещенной, разрешенной, обязывающей или безразличной. Позвольте ограничиться простой иллюстрацией из элементарной математики. В математике существует запрет на операцию деления на ноль. Хотя фактически ноль как знак можно писать и на месте делителя. Запрещающая норма есть указание на то, что не существует связи между знаком «ноль-знаменатель» и каким-либо математическим значением в виде конкретного числа. В математике есть разрешенные нормы: умножать на ноль или прибавлять ноль разрешено. Каков пример должного? Если мы умножаем на ноль, то в результате мы должны писать «ноль», а не что-то иное. В математике мы не можем сказать, что «умножение на ноль *дает* ноль» есть «закон природы», это правило, которое мы вводим, и оно оправдано нормой, согласно которой мы не можем не писать в результате ноль, когда умножаем на ноль. Норма — это практика связи знака и его значения! Когда мы накладываем запрет на связь между определенным знаком и некоторым множеством значений или на связь между неким значением и определенным множеством знаков, то это есть действие запретительной нормы. Когда мы на практике демонстрируем допустимость некоторых значений определенного знака (омонимия) или допускаем некий набор знаков для обозначения определенного значения (синонимия), то этим конституируем разрешительную норму. Должное существует как запрет на иные связи между знаком и значением, кроме фиксированной, т. е. в человеческой практике регулярно воспроизводится лишь одна-единственная связь знака и значения. С последней ситуацией мы встречаемся тогда, когда говорят о том, что у вещей есть «собственное» имя (например, имя «Бог»), или когда у знака есть единственно возможное значение (можно привести тот же пример: имя «Бог» обозначает Бога).

Предложенное определение нормы как связи знака и значения, очевидно, свидетельствует о том, что всякая норма по своей природе коммуникативна, она рождается коммуникацией. Но верно и другое: всякая коммуникация нормативна, т. е. определена, обусловлена нормами. Когда

¹⁵ Nevvazhay I. Semantic Concept of Norm and the Rule-Following Problem // Следование правилу: рассуждение, разум, рациональность / отв. ред. Е. Г. Драгилина-Черная, В. В. Долгоруков. СПб., 2014. С. 302–313.

я вступаю в коммуникацию с другим, то, сообщая другому что-то, я имею первичное значение, для которого ищу адекватное выражение для другого. Этот другой получает знак и должен найти его интерпретацию. Иными словами, для меня субъективно норма определяется значением или содержанием (знак определяется значением). Для моего оппонента норма субъективно определяется знаком (значение определяется знаком). Но для коммуникации принципиально важно то, что есть третья инстанция, которая запрещает определенные выражения (для первого субъекта) и интерпретации (для второго субъекта), обязывает признавать определенные связи между значениями и знаками, а также разрешает определенные синонимы и омонимы. Без соблюдения этих нормативных требований коммуникация будет невозможной или непродуктивной.

Триалогичность правовой коммуникации. В заключение я рассмотрю такую принципиальную особенность правовой коммуникации, как «триалогичность». Смысл термина станет ясным из последующего изложения. Для раскрытия основной идеи статьи я сначала кратко изложу суть нескольких подходов к пониманию права, которые опираются на идею коммуникации, а затем попытаюсь выявить общее в их содержании.

Прежде всего, обратим внимание на подход Л. И. Петражицкого, который, по мнению некоторых современных ученых юристов, является родоначальником коммуникативного подхода к праву. В своей книге «Теория права и государства в связи с теорией нравственности» Л. И. Петражицкий анализирует модельный пример, чтобы пояснить разницу между эмоцией правовой и эмоцией моральной: я чувствую свой долг по отношению к другому человеку, когда я обязан чем-то ему (например, платить ему жалованье), а он, зная об этом долге, начинает думать, что имеет право на получение этого жалованья. Совершенно другая ситуация имеет место, когда я даю милостыню кому-то. Давать милостыню я не обязан, а получающий не вправе требовать ее. Согласно Л. И. Петражицкому, атрибутами правовой коммуникации являются права и обязанности, распределенные между двумя субъектами общения. В этическом общении (дача милостыни) эти атрибуты отсутствуют. Конечно, тот, кто стоит на улице около станции метро или около храма, чтобы собрать милостыню, может требовать ее от проходящих сограждан, но такое общение мы охарактеризовали бы как аморальное.

Правовые отношения возникают между людьми там и тогда, где и когда их взаимодействие может привести к ограничению свободы какой-либо из сторон коммуникации или нанесению ущерба одним субъектом другому. Но помимо нанесения ущерба необходимо второе обстоятельство, состоящее в том, что субъекты правового общения признают необходимость возмещения причиненного ущерба. Признание ущерба и необходимости его возмещения требует апелляции к третьему субъекту. Если одна — пострадавшая — сторона обращается в силу своего права к третьему субъекту с требованием принудить другую сторону возместить причиненный ущерб, тогда мы говорим о правовом взаимодействии. Если принуждение не необходимо и имеется готовность добровольной компенсации ущерба, то обе стороны правового отношения признают некое общее для всех правило, норму, которая имеет объективное содержание, не зависящее от толкования, интерпретации какой-либо из сторон. Эта объективная норма выступает третьим субъектом, который выполняет функцию принуждения, насилия по отношению к обоим. Ущерб компенсируется либо добровольно, либо принудительно.

Немецкий ученый-юрист Адольф Райнах глубоко проанализировал природу правового общения и показал, что права и обязанности,

возникающие в этом общении, связаны с наличием определенных интенций у сторон общения в ситуации, когда одна из сторон обещает, а другая ожидает исполнения данных обещаний.¹⁶ Обещание создает особую ситуацию связи между лицами, отличную от той, которая имеет место, когда один человек что-то сообщает другому, или высказывает просьбу, или задает вопрос. В этой ситуации один может что-то требовать, а другой обязан это исполнить. Но эта ситуация может быть завершена либо исполнением обещания, либо отказом от него или отказом от требования его. Если завершение происходит в ситуации, когда чьим-то интересам наносится ущерб, то с необходимостью происходит обращение к третьей стороне коммуникации, которая не имеет интересов, общих конфликтующим сторонам. Третья сторона — это объективная незаинтересованная инстанция, с помощью которой разрешается конфликт интересов или происходит их согласование.

С точки зрения А. В. Полякова, правовая коммуникация представляет собой процесс взаимодействия, осуществляемый индивидами на основе правовых текстов, получающих интерпретацию, институционализацию, социальную легитимацию. Нормативность является сущностным признаком правовой коммуникации. Это означает, что коммуникация всегда связывает носителей субъективных прав и правовых обязанностей с правовыми нормами, вытекающими из правовых текстов. Правовой текст легитимно определяет для субъектов их поведенческие возможности. Поэтому о наличии или отсутствии права в конкретном обществе следует судить не по наличию или отсутствию законов, а по наличию или отсутствию реальных прав и обязанностей самих членов общества. Только субъекты, взаимодействующие на основе признанных прав и обязанностей, вытекающих из общезначимых и общеобязательных текстов, находятся в состоянии правовой коммуникации, «создают» право. Таким образом, права и обязанности онтологически ближе к феномену права, чем тексты законов или других правовых актов.¹⁷ Важно при этом то, что права и обязанности возникают не в отношении данного конкретного лица, а в отношении к любому другому лицу, с которым возникает каждый раз конкретная связь права и обязанности. Вот эта всеобщность и включает в себе обращенность интенций к любому лицу. Таким образом, в любом конкретном правовом отношении участвуют «Я», «Ты» и «Он».

В связи с этим любопытно наблюдение М. В. Антонова,¹⁸ известного специалиста в области социологической концепции права. Высказываясь о теории одного из основоположников социологии права Г. Гурвича, М. В. Антонов отмечает, что для Г. Гурвича правовое общение не сводится к конструированию личности через отношение к другим личностям. Отношение «Я» к «Другому» есть часть социального взаимодействия, но не его основа. Такую основу Г. Гурвич находит в феномене «Мы», в сознании своего единства с другими лицами, которое является предпосылкой связи с «Другим». Таким образом, Г. Гурвич показал наличие сверхличностных компонентов правового общения.

¹⁶ Райнах А. Априорные основания гражданского права // Райнах А. Собр. соч. М., 2011. С. 161.

¹⁷ Поляков А. В. Общая теория права. Феноменолого-коммуникативный подход. Курс лекций. 2-е изд., доп. СПб., 2003.

¹⁸ Антонов М. В., Поляков А. В. Правовая коммуникация и современное государство // Правоведение. 2011. № 6. С. 214–220.

Итак, из представленных концепций правового общения как источника права следует, что само это общение структурно определено не двумя, а тремя субъектами в отличие от этического общения, которое ограничено участием двух субъектов. Возможный третий субъект в моральном отношении называется «общественным мнением», которое всегда анонимно. В этическом общении его агенты не апеллируют к третьему лицу. Апелляция может быть обращена к существующим правилам, нормам. Феномены, обозначаемые терминами «право» и «обязанность», требуют наличия третьего субъекта, который всегда должен быть определенным и независимым от двух агентов коммуникации. Правовые нормы предполагают санкции, применение которых без «третьего лица» было бы невозможным в условиях, когда две личности вступают во взаимодействие, преследуя свои собственные интересы. Типично правовой формой разрешения споров между людьми является суд. Суд как третий субъект включен в правовое общение между двумя другими субъектами. Спор может разрешаться с опорой на существующие законы, или обычаи, или правила и нормы. Главное, что с помощью третьего субъекта можно осуществить справедливое решение вопроса, в котором учитывались бы интересы обеих сторон. Без третьего субъекта принцип справедливости не действует. Далее, если между двумя субъектами складываются договорные отношения, то договор предусматривает акт его объективного признания, возможность контроля за его исполнением и наблюдением за его нарушением. Эти функции могут быть обеспечены только наличием третьего субъекта, который является, например, хранителем объективированной формы договора (подписанного обеими сторонами документа). Наконец, правовое отношение видится всегда с трех точек зрения. Первая — это точка зрения первого субъекта, который заявляет о своих правах, полагая, что второй субъект обязан обеспечить реализацию этих прав. Вторая точка симметрична, поскольку правоотношение видится также лишь с одной, но уже с иной стороны. Другими словами, второй субъект выступает как субъект, притязающий на определенные права, видя в ином субъекте источник обязанностей. Лишь третий субъект принуждает каждую из сторон признать за собой не только свои права, но и свои обязанности.

Итак, принципиальной особенностью правовой коммуникации является его триалогичность. Познавательное отношение к миру определяется как субъект-объектное отношение, т. е. как монолог. Мораль основана на диалогических субъект-субъектных отношениях, т. е. на диалоге. Правовое отношение является структурно наиболее сложным отношением, так как оно является субъект-субъект-субъектным отношением, в котором отношение двух личностей всегда опосредовано институализированной третьей субъектной инстанцией. Право — это триалог. С такой точки зрения правовая коммуникация оказывается наиболее сложной по сравнению с другими формами коммуникации. Третий нужен для того, чтобы притязания каждого субъекта имели всеобщее признание и поведение каждого могло получить оценку *правильного*.

В заключение я хотел бы сформулировать главный итог своих размышлений. Из всех известных концепций права коммуникативная концепция в наибольшей степени может претендовать на то, чтобы удовлетворить базовым критериям научности (при определенной их реинтерпретации). При этом коммуникативная концепция права содержит в себе реальные возможности реинтерпретации таких критериев научности (имеющих важнейшее значение для гуманитарного знания в целом), как предметность, истинность, объективность, обоснованность.

СОЦИАЛЬНО-ИНТЕРАКТИВНЫЕ ЗАКОНОМЕРНОСТИ ПРАВА: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И МЕТОДОЛОГИИ

В. В. ТРОФИМОВ*



Трофимов Василий Владиславович,
доктор юридических наук,
доцент, профессор Тамбовского
государственного университета
им. Г. Р. Державина

В статье рассматриваются общетеоретические и методологические проблемы исследования социально-интерактивных закономерностей права. Проводится сопоставление коммуникативной правовой теории, диалогической концепции права, нарративной юриспруденции, дискурсивной теории права и социально-интерактивного анализа права. Обосновываются возможности социально-интерактивного подхода к исследованию аспектов формирования и действия права. Раскрываются ключевые стороны социального взаимодействия в связи с его влиянием на правообразование. Внимание уделяется таким свойствам социально-интерактивных систем, как «взаимность» и «эквивалентность». Развивается идея, согласно которой взаимный учет действий и эквивалентный обмен как универсальные для межличностных отношений переменные величины опосредуют внутреннюю связь, создают необходимые для социально-правового развития организационные предпосылки.

Выделяется роль личности в праве как активного участника правового сотворчества и правосозидания. Моделируется процесс возникновения правовой нормативности. Характеризуются закономерные связи сотрудничества и конфликта как форм социального взаимодействия и права. Устанавливается, что отношения сотрудничества обуславливают тип правового регулирования, строящийся на использовании позитивных (стимулирующих) правовых средств, а отношения конфликта приводят к необходимости применения в праве негативных (ограничивающих) правовых средств. Определяется, что амбивалентность (двойственность) социальной детерминанты правового развития (воспроизводства права) непосредственно отражается на двойственности (амбивалентности) системы правового регулирования, правовых методов. Формулируется вывод о том, что коммуникативная (социально-интерактивная) концепция права выступает в качестве перспективного вектора развития юридического знания.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: социальные закономерности права, социальное взаимодействие, интеракция, коммуникативная теория права, взаимность, эквивалентность, социальные действия, правовая форма, сотрудничество, конфликт, право.

* Trofimov Vasilij Vladislavovich — doctor of legal sciences, associate professor, professor of the Tambov State University named after G. R. Derzhavin.

E-mail: iptgutv@mail.ru

© Трофимов В. В., 2014

TROFIMOV V. V. SOCIAL AND INTERACTIVE REGULARITIES OF LAW: PROBLEMS OF THEORY AND METHODOLOGY

The article deals with general theoretic and methodological problems of studying social and interactive regularities of law. The author compares the communicative theory of law, dialogue concept of law, narrative jurisprudence, discursive theory of law and social and interactive analysis of law. He substantiates the possibilities of the social and interactive approach to studying the aspects of formation and functioning of law. He reveals the key aspects of social interaction in connection with its influence of law formation. Attention is given to such properties of social and interactive systems, as “mutuality” and “equivalence”. The author develops the idea, according to which mutual consideration of actions and equivalent exchange, as universal variables for interpersonal relations, mediate internal connection and create organizational premises, necessary for social and legal development. The article emphasizes the role of a personality in law as an active participant of legal co-creation and law making. The author simulates the process of emergence of legal normativity and characterizes the regular connections between cooperation and conflict as forms of social interaction and law. He establishes that the relations of cooperation determine the type of legal regulation based on using positive (stimulating) legal means, while the conflict relations lead to the necessity to apply negative (restricting) legal means. The article states that ambivalence (duality) of the social determinant of legal development (reproduction of law) is reflected directly on duality (ambivalence) of the system of legal regulation, legal methods. The author comes to the conclusion that the communicative (social and interactive) concept of law is a perspective vector of development of legal knowledge.

KEYWORDS: social regularities of law, social interaction, interaction, communicative theory of law, mutuality, equivalence, social actions, legal form, cooperation, conflict, law.

Проблема исследования социальных закономерностей права находит преимущественно в рамках предметного поля юридической социологии. Возникновение данного направления правовых исследований приходится на рубеж XIX–XX вв., когда наметилось понимание социальной природы права (С. А. Муромцев, Н. М. Коркунов, Б. А. Кистяковский, О. Эрлих, Э. Дюркгейм и др.). Особое внимание уже в это время стало сосредоточиваться на феномене *социального взаимодействия* как предельно-конечном уровне общественных процессов, динамика которых детерминирует складывание разнообразных социальных форм, в первую очередь правовых форм, упорядочивающих и стабилизирующих социальные процессы (П. А. Сорокин,¹ Г. Зиммель² и др.).

В отечественной юриспруденции с 1930-х гг. социологические исследования были практически свернуты, поэтому как в целом социологический взгляд на право, так и непосредственно традиции рассмотрения в правовой науке проблемы происхождения и развития права с позиции деятельностно-коммуникативных (социально-интерактивных)³ аспектов

¹ «Если мы охватим умственным взором весь человеческий мир, — писал П. А. Сорокин, — то он покажется нам похожим на огромное человеческое море. Это море составляется из отдельных волн. Такими отдельными волнами являются отдельные процессы взаимодействия и образуемые ими социальные группы» (Сорокин П. А. *Общедоступный учебник социологии. Статьи разных лет.* М., 1994. С. 26).

² «Общество есть только собирательное название для взаимодействий» (Зиммель Г. *Социальная дифференциация. Социологические и психологические исследования.* Киев; Харьков, 1898. С. 28).

³ От англ. *interaction* — взаимодействие.

человеческой жизни не столь заметны. Но даже возобновление социологических исследований в праве (в 1950–60-е гг.) не изменило преимущественно критический взгляд на так называемые буржуазные социологические концепции права. Подходы, выражающие принципы, связанные с социально-интерактивным уровнем, продолжали отвергаться, прежде всего по причине несоответствия идейно-политическим, социально-философским, общим мировоззренческим установкам в научном знании (речь идет, главным образом, о примате общесоциологической теории марксизма — историческом материализме с его акцентом на категории «общественные отношения», хотя, если обращаться к трудам К. Маркса, то в них нередко можно увидеть достаточно четкое указание на процессы «взаимодействия» в качестве начального (формообразующего) уровня социальных явлений).⁴

Лишь относительно недавно (в течение двух-трех последних десятилетий) появились работы отечественных правоведов, в которых стала затрагиваться проблема деятельностно-коммуникативных (социально-интерактивных) основ права (В. Н. Кудрявцев, Г. В. Мальцев, А. В. Поляков, В. Г. Графский, Л. С. Мамут, И. Л. Честнов и др.). Искомые аспекты социального бытия права получили раскрытие в соответствующей научной терминологии: «социально-правовое взаимодействие», «правовая коммуникация», «правовое общение», «диалог в праве», «юридический дискурс» и др.

Усиление интереса к коммуникативным (или, если делать акцент непосредственно на обмене социальными действиями в сфере права, то к *социально-интерактивным*) истокам права не в последнюю очередь связано с более осозанным (и уже не таким критическим, как раньше) восприятием опыта зарубежной (западной) науки. Интенсификация познавательного процесса в рассматриваемом направлении естественным образом связана с изучением работ европейских и американских ученых, которые примерно со второй половины XX в. уделяют вопросу о глубинных (коммуникативных, интерактивных) основаниях права ключевое внимание (Т. Парсонс, Н. Луман, В. Кравиц и др.).

Эвристический интерес к западным ученым и их трудам (в том числе по изучаемой проблеме) у отечественных правоведов сегодня заметно возрастает.⁵ В современной правовой науке все активнее формируется и развивается интерес к проблемам социально-правовой коммуникации. На страницах научных журналов, в монографиях апробируются новейшие теоретико-правовые исследования в этой сфере познания.⁶

⁴ «Что же такое общество, какова бы ни была его форма?» — спрашивал К. Маркс и отвечал следующим образом: «Продукт взаимодействия людей» (Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 27. С. 402).

⁵ *Посконин В. В.* 1) Правопонимание Толкотта Парсонса. Ижевск, 1995; 2) Культурологическое правопонимание Толкотта Парсонса. Теоретико-методологический аспект. Автореф. дис. ... д. ю. н. СПб., 1996; *Посконина О. В.* Никлас Луман о политической и юридической подсистемах общества. Ижевск, 1997; *Посконин В. В., Посконина О. В.* Т. Парсонс и Н. Луман: два подхода в правопонимании. Ижевск, 1998; и др.

⁶ *Бачинин В. А.* Антропосоциологические проблемы права: методология и эмпирия // Правоведение. 2001. № 3. С. 27–39; *Ван Хук М.* 1) Право как коммуникация // Правоведение. 2006. № 2. С. 44–53; 2) Право как коммуникация // *Российский ежегодник теории права*. 2008. № 1. С. 376–432; 3) Право как коммуникация / пер. с англ. М. В. Антонова, А. В. Полякова. СПб., 2012; *Правовое общение: постановка проблемы* / отв. ред. Л. С. Мамут. М., 2012; и др.

К настоящему времени не без основания можно уже говорить о достаточно высокой стадии развития коммуникативного подхода в праве, проявлением чего в определенной мере является постепенное разделение коммуникативной теории права на некоторые внутренние направления и методологические подходы к осмыслению проблемы специфически социальных оснований права.

Одна — наиболее центральная — линия исследований (по сути, истоки отечественной *коммуникативной теории права*) выстраивается в плоскости феноменологической концепции социального конструирования реальности. Ее изначально придерживается профессор А. В. Поляков, который в своих работах продолжает традицию петербургской школы философии и социологии права, развивая учения о предельно-социальных истоках и бытии права таких ее представителей, как Л. И. Петражицкий, Г. Д. Гурвич, Н. С. Тимашев и др., интегрируя соответствующие воззрения с достижениями западной правовой и социологической доктрины (П. Бергер, Т. Лукман, А. Щюц и др.).

Взгляды ученого в полной мере отражены в изданиях монографического характера и научных статьях,⁷ посредством которых правоведам удалось донести до российской юридической науки, пожалуй, главную мысль о том, что «*право формируется как специфический социальный язык и как универсальная форма социального взаимодействия (коммуникации)*» (курсив наш. — В. Т.).⁸ Этой точке зрения, с тем же определенным акцентом на социально-коммуникативной методологии (в контексте истории и теории правовой мысли), следуют сторонники из числа представителей современной петербургской школы права (М. В. Антонов, Е. В. Тимошина и др.).⁹

Другим не менее значимым направлением в рамках постмодернистской методологии можно считать «*диалогическую концепцию права*», развиваемую профессором И. Л. Честновым. По его мнению, право — это форма диалога, устанавливаемого между социальными субъектами (микро- и макроуровней), в ходе которого достигается «понимание» и вырабатываются общепринятые стандарты правового поведения.¹⁰

В последние годы в науку права (общеправовую теорию) стало входить словосочетание «нарративная юриспруденция». Нельзя сказать, что

⁷ Поляков А. В. 1) Правогенез // Правоведение. 2001. № 5. С. 216–234; 2) Общая теория права: Феноменолого-коммуникативный подход. Курс лекций. СПб., 2003; 3) Постклассическое правоведение и идея коммуникации // Правоведение. 2006. № 2. С. 26–43; 4) Теория права в глобализирующемся обществе: постмодернистская интерпретация // Там же. 2007. № 4. С. 7–12; 5) Нормативность правовой коммуникации // Там же. 2011. № 5. С. 27–45; 6) Современная теория права. Ответ критикам // Там же. 2011. № 6. С. 6–39; 7) Аналитическая философия, юридическая догма и теория коммуникации // Там же. 2012. № 3. С. 6–10; 8) Что есть право // Там же. 2012. № 6. С. 199–209; и др.

⁸ Поляков А. В. Общая теория права. Курс лекций. СПб., 2001. С. 148.

⁹ См., напр.: Антонов М. В. Ойген Эрлих: живое право против правового плюрализма // Правоведение. 2013. № 1. С. 157–181; Тимошина Е. В. Л. И. Петражицкий и Львовско-Варшавская школа права // Там же. С. 182–187.

¹⁰ Честнов И. Л. 1) Право как диалог: к формированию новой онтологии правовой реальности. СПб., 2000; 2) Диалогическая онтология права в ситуации постмодерна // Правоведение. 2001. № 3. С. 45–52; 3) Имеет ли право на существование постклассическая юриспруденция // Там же. 2012. № 5. С. 9–27; 4) Концепт справедливости в постклассическом правопонимании // Там же. 2013. № 2. С. 35–50; 5) Что есть право // Там же. 2013. № 3. С. 229–237; 6) Постклассическая коммуникативная концепция права как «незримая коллегия» // Там же. 2013. № 5. С. 112–123.

этим термином мы обязаны исключительно западным ученым, правоведам. Данный подход в той или иной степени был известен исторической науке, которая применяла нарративный (повествовательный) метод и, сопоставляя соответствующий процесс исследования с принципом историзма, стремилась достичь более или менее отчетливого и объективного понимания исторических событий на основе изучаемых (текстовых) источников информации. Сегодня и правовая наука, предметом которой является в том числе юридический текст (как источник транслируемой правовой информации), использует аппарат нарративной методологии, предполагающий, помимо прочего, применение потенциала коммуникативного подхода.¹¹

Рассматривая феномен правовой коммуникации в контексте нарративной юриспруденции (согласно которой смысл права передается через повествование, рассказ о нем, что возможно только в процессе социального общения и на основе взаимного понимания), один из проводников нарративного подхода в юриспруденции В. Кравиц отмечает: «В различных фазах и на разных *этапах кооперации по созданию организованного права* — законодательного, исполнительного и судебного процесса — граждане и другие участники правоотношений вовлечены в сложный *процесс правовой коммуникации*, которая со своей стороны *зависит от их действий и понимания*. Здесь *нормативные, оценочные и изменчивые* элементы правовой коммуникации сливаются в оформленное единство правового порядка (курсив Кравица. — В. Т.)».¹²

В работах по теории права (главным образом, зарубежных) можно встретить и такой текстуально-смысловой оборот, как «*дискурсивная теория права*», что также представляется гранью коммуникативного подхода в праве, поскольку ключевым здесь является межсубъектное взаимодействие.¹³ «Дискурсивная теория — процедурная теория практической рациональности. Согласно дискурсивной теории практическое или нормативное предложение правильно (или истинно) тогда и только тогда, когда оно может быть результатом рационального практического дискурса».¹⁴

Существуют и другие проявления коммуникативного подхода в праве, среди которых, в частности, можно выделить проводимую нами идею *социально-интерактивного анализа* процесса формирования и действия права.¹⁵ В рамках социально-интерактивного подхода идея социально-

¹¹ Кравиц В. 1) Пересмотр понятия права: директивы и нормы с точки зрения нового правового реализма // *Российский ежегодник теории права*. 2008. № 1. С. 433–445; 2) Юридическая коммуникация в современных правовых системах (теоретико-правовая перспектива) // *Правоведение*. 2011. № 5. С. 8–26; 3) Нарративная юриспруденция или теория правовой коммуникации? Размышления о феноменологии повествования права // Там же. 2012. № 1. С. 18–32; Мелкевик Б. Говорите на языке «нового нарратива о праве», или О том, как политкорректность «юридически» узаконивает себя / вступ. слово М. В. Антонова и Е. А. Патрикеевой // Там же. С. 33–56.

¹² Кравиц В. Нарративная юриспруденция или теория правовой коммуникации? С. 32.

¹³ Алексин Р. 1) Юридическая аргументация как рациональный дискурс // *Российский ежегодник теории права*. 2008. № 1. С. 446–456; 2) Дуальная природа права / пер. с англ. С. И. Максимова // Там же. 2009. № 2. С. 19–33; 3) Дуальная природа права // *Правоведение*. 2010. № 2. С. 138–152.

¹⁴ Алексин Р. Дуальная природа права. С. 143.

¹⁵ Трофимов В. В. 1) Взаимодействие индивидов как правообразовательный процесс: общетеоретический аспект. Тамбов, 2002; 2) Конкуренция и кооперация потребностей и интересов взаимодействующих индивидов как объективная основа императивных

правовой коммуникации предстает прежде всего как идея социального обмена (обмена встречными социальными действиями), социальной интеракции, или взаимодействия (Т. Парсонс, Н. Луман и др.).¹⁶

Результатом исследований Т. Парсонса стало создание крупнейшей теоретической системы, раскрывающей общественные закономерности, — «теории социального действия». Одним из главных выводов данной концепции явилось установление того, что атмосфера внутригруппового взаимодействия оказывает на поведение индивидов значительно большее влияние, чем официально зафиксированные образцы поведения. На основании этого Т. Парсонс в соработничестве со своими американскими коллегами Г. Беккером, Э. Шилзом, Э. Толмэном, Р. Сирсом, К. Клакхоном и другими пришел к утверждению, согласно которому система правовых ценностей не является объективированной или предустановленной, она есть результат взаимодействия. Социальная роль действующего лица определена «нормативным ожиданием членов группы». Именно это взаимодействие ожиданий лиц имеет предопределяющее значение для ориентации человека в предусмотренной нормой ситуации.¹⁷

По мнению Ф. Уилкинсона (исследователя функционалистской социологической школы в правовой науке), основная заслуга Т. Парсонса состоит в том, что его акцент на взаимодействии социальных субъектов в сфере правового регулирования открыл перспективы для «интеракционистского анализа права». ¹⁸ Этот методологический потенциал был реализован в исследованиях Парсонса и его последователей.

Один из последователей Парсонса западногерманский социолог Никлас Луман в книге «Социология права», в частности, писал: для того чтобы найти тот элементарный социальный уровень, на котором зарождается право, необходимо обратиться к свойствам «фактической жизни». По его мнению, «основы элементарных правообразующих структур и процессов» лежат в межличностных отношениях, а источник права коренится в чувстве «ожидания» определенного поведения, которое становится основой

и диспозитивных начал в правовом регулировании // Проблемы права и социологии. Межвуз. сб. науч. ст. Вып. 2. Волгоград, 2002. С. 31–34; 3) Введение в микросоциологию права // Вопросы теории государства и права: историко-правовые исследования. Сб. науч. работ / науч. ред. Н. А. Придворов. Тамбов, 2004. С. 81–121; 4) Социально-интерактивные основы правообразовательного процесса (опыт теоретического моделирования) // Вестник Тамбовского гос. ун-та. Сер. «Гуманитарные науки». 2006. Вып. 4(44). С. 44–54; 5) Проблема микросоциальных истоков права в юридической науке // Ленинградский юридический журнал. 2007. № 1(7). С. 5–20; 6) Позитивные юридические средства и право сотрудничества: постановка проблемы // Правоведение. 2008. № 2. С. 163–177; 7) Социально-правовое взаимодействие как процесс воспроизводства правовой нормативности: теоретико-социологический аспект // Право и образование. 2010. № 10. С. 145–154; 8) Конфликтное право и право сотрудничества // Журнал российского права. 2011. № 9. С. 40–48; и др.

¹⁶ См., напр.: Парсонс Т. 1) Система современных обществ. М., 1998; 2) О социальных системах. М., 2002; 3) О структуре социального действия. М., 2002; 4) Понятие общества: компоненты и их взаимоотношения // Теоретическая социология. Антология. В 2 ч. Ч. 2 / пер. с англ., фр., нем., ит.; сост. и общ. ред. С. П. Баньковской. М., 2002. С. 3–43; Луман Н. Общество как социальная система. М., 2004.

¹⁷ В. В. Посконин считает, что «философско-методологический и социологический анализ права, предпринятый Т. Парсонсом, является, по существу, анализом его предельных, содержательно-проблемных граней» (Посконин В. В. Правопонимание Толкотта Парсонса. Ижевск, 1995. С. 136).

¹⁸ Wilkinson P. The Potential of Functionalism for the Sociological Analysis of Law // Sociological Approaches to Law. London, 1981. P. 79.

поведения другого, и наоборот. Право — это структура социальной системы, которая покоится на конгруэнтной генерализации нормативных ожиданий поведения.¹⁹

Другой западногерманский ученый Вернер Кравиц, солидаризируясь с трактовкой права в качестве «самосоздающейся» системы, предложенной Н. Луманом, также подчеркивает, что формирование и изменение права происходят в рамках развития общественной системы. В ходе социокультурной эволюции право приспосабливается к складывающимся или уже установившимся формам жизни и поведения.²⁰

Рассмотренные теоретико-правовые тенденции и опыт социально-научного осмысления права позволяют констатировать: категория «*взаимодействие*» — это «предельно-конечная» категория в плане познания социальных (и правовых) явлений. Социальные системы являются *интерактивными системами*, образуемыми совокупностью сознательных взаимодействий между людьми. Социально-правовую реальность необходимо рассматривать и изучать как субъектно-структурированный социальный объект, как социально-сущностный контекст, где у основания находится *взаимодействие людей* — разумных представителей живого мира. Именно люди образуют деятельностные системы (автономные, комплексные, самореферентные), которые участвуют в бесконечном преобразовании всех сфер социальной жизни, являются не номинальными, а реальными агентами и проводниками правовых импульсов.

«Весь обширный океан мировой истории человечества, — писал П. А. Сорокин, — составляется из отдельных ручьев и речек, каковыми являются отдельные длительные и мгновенные процессы взаимодействия. Одни из них, а именно организованные потоки взаимодействия, имеют определенные очертания берегов, определенное русло, другие — неорганизованные процессы или группы, подобны бесформенной болотной воде, не имеющей определенного русла, ясных береговых очертаний и точно выраженного течения... Словом, весь сложнейший мир общественной жизни распадается на очерченные процессы взаимодействия... Как море составляется из отдельных ручьев, рек и потоков, так и океан общественной жизни человечества составляется из таких отдельных процессов взаимодействия».²¹

Еще с начала XX в. немарксистская социология в определенный принцип возвела необходимость «дробления» общества вплоть до микро-социальных систем взаимодействия. Речь шла о сознательном изменении ориентации. Это было связано с тем, что во взаимодействии стали обнаруживать уникальный феномен, обладающий силой творить, создавать, преобразовывать социальные явления и институты. Г. Д. Гурвич, сравнивая социологию с физикой, отмечал, что, так же как в физике есть различия между макрофизикой, характеризующейся константными величинами, и микрофизикой электронов, волн и квантов, социологию можно свести к простому и неделимому, поскольку именно «социальные электроны» обуславливают динамику права.²² Правовые формы, по Г. Зиммелю,

¹⁹ *Правовая мысль XX века. Сб. обзоров и рефератов / отв. ред. Ю. С. Пивоваров. М., 2002. С. 85–87.*

²⁰ *Право XX века: идеи и ценности. Сб. обзоров и рефератов / отв. ред. Ю. С. Пивоваров. М., 2001. С. 117–119.*

²¹ *Сорокин П. А. Общедоступный учебник социологии. С. 27.*

²² *Гурвич Г. Д. Социология права // Гурвич Г. Д. Философия и социология права. Избр. соч. / пер. М. В. Антонова, Л. В. Ворониной. СПб., 2004. С. 703.*

развиваются во взаимодействии; взаимодействующие индивиды не только ориентируют свое поведение на существующую форму, но и сами воздействуют на нее. Интересы, цели, мотивы, устремления действующих индивидов являются, согласно немецкому ученому, истинными движущими силами социальной жизни, включая и ее формы.²³ Он отмечал: «Как руководящий всемирный принцип, мы должны принять, что все со всем находится во взаимодействии, что между любой точкой вселенной и какой-либо другой существуют те или иные взаимные влияния».²⁴

Осуществляя поиск социальных оснований права, необходимо исходить из того, что его источники и основу следует искать в феномене *взаимодействия (интеракции) индивидов* — внеформационной и, как представляется, универсально-исторической категории жизни общества в целом, а также ее составной части и особой разновидности — «правовой жизни». Это кратко сформулированное положение означает, что различные по своей функциональной природе стороны взаимодействия индивидов, выступая в самых разнообразных видах и образуя ипостась правовой жизни (жизни людей, связанной с правом), определяют предмет устанавливаемых субъектом правотворчества правовых (юридических) норм, их содержание, структуру и алгоритм действия.

В определении границ социальной основы права мы волей-неволей наталкиваемся на деятельность людей, описываемую в терминах человеческой коммуникации, взаимодействия или общения индивидов между собой. Это глубинные, деятельностно-коммуникативные корни социального, социальности, социальных явлений, права, правовой жизни. Разнообразные правовые акты и правоотношения, характеризующие специфику и уровень правового развития общества и выражающие на основе права форму и степень развития социальной жизни, представляют собой формализацию (упорядочение) типов и способов фактических взаимодействий между индивидами как субъектами права.

Взаимодействие, или деятельностная коммуникация, по меньшей мере двух человеческих индивидов — первокирпичик, матрица всякой социальности, всего социального. Коммуникация является тем элементарным процессом, который конституирует социальную реальность.²⁵ Именно эта деятельностная коммуникация и должна составлять главную цель познания процесса социальной обусловленности права, поскольку социальность, углубляясь до своих корней или предельных оснований, уточняется как интеракция, деятельностная коммуникация между людьми. Как справедливо отмечает А. В. Поляков, «если мы будем понимать социальное как некую «социальную физику», существующую по объективным законам, никак не соотносимым с человеческой субъектностью (субъективностью), то мы не сможем понять и право как целостное, интегральное явление».²⁶

Правообразование, правотворчество, правореализация — это функции интегрированных в общее правовое пространство многочисленных

²³ Зиммель Г. Общение: Пример чистой, или формальной социологии // Социологические исследования. 1984. № 2. С. 170–178.

²⁴ Зиммель Г. Социальная дифференциация. С. 24–25.

²⁵ Luhmann N. Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie. Frankfurt am Main, 1984. S. 198 (цит. по: Феофанов К. А. Никлас Луман и функционалистская идея ценностно-нормативной интеграции: конец вековой дискуссии // Социологические исследования. 1997. № 3. С. 50).

²⁶ Поляков А. В. Прощание с классикой, или Как возможна коммуникативная теория права // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 12.

взаимодействий между людьми по поводу как установления (поиска) взаимных (коррелирующих) «возможных и необходимых» действий (прототипов субъективных прав и обязанностей), так и легализации (позитивно-правового оформления) найденных образцов правового общения, а также дальнейшей реализации имеющихся механизмов и способов в социально-правовой жизни. В этом проявляются репродуктивные функции (функции самовоспроизводства) социальной системы.²⁷

Как отмечают П. Бергер, Т. Лукман, социальный порядок — это человеческий продукт, или, точнее, непрерывное человеческое производство. Он создается человеком в процессе постоянной экстернализации. Социальный порядок в своих эмпирических проявлениях не является биологически данным или происходящим из каких-либо биологических данных. Нет нужды добавлять, что социальный порядок не является также данностью человеческой природной среды, хотя отдельные ее черты могут быть факторами, определяющими те или иные характеристики социального порядка (например, экономические мероприятия, технологические приспособления). Социальный порядок не является частью «природы вещей» и не возникает по «законам природы». Он существует лишь как продукт человеческой деятельности.²⁸

Принципиальным моментом феномена взаимодействия, обуславливающим возникновение протоправовых регуляторов (стандартов, определяющих условия жизнеспособности социальных систем), является способность осуществлять действия в системе с учетом ориентации на «Другого». Иными словами, система объективно «заставляет» взаимно соизмерять поведение и поступки друг друга; это всегда так или иначе двусторонний контакт. По определению Я. Щепаньского, «взаимодействие — это систематическое, постоянное осуществление действий, имеющих целью вызвать соответствующую реакцию со стороны партнера, это воздействие на самого партнера, причем вызванная реакция вызывает в свою очередь реакцию воздействующего».²⁹ В своей работе по социальным основам «справедливости» Г. В. Мальцев точно замечал это свойство социальных систем. По его мнению, социальные действия «не просто существуют, осуществляются, но именно встречаются, стыкуются, где происходит взаимный процесс учета этих действий, возникает специфическая ориентация действующих субъектов».³⁰

Благодаря этому системному свойству социальные действия приобретают известную направленность и социально-ценностную значимость, нормативно-правовую оформленность. Все социальные действия в рамках социального порядка связаны таким образом, что одно из них всегда

²⁷ Вместе с тем не следует упускать из виду и обратные по характеру процессы в системах социально-правовых коммуникаций. По верному наблюдению К. В. Шундикова, порядку отношений в системах социально-правовых коммуникаций свойственна постоянная флуктуационность: «Наряду с сохранением и воспроизводством определенной устойчивой части структур в системе правовой жизни общества не прекращаются процессы изменений, распада и трансформации отношений, вследствие чего существенная их часть всегда находится в состоянии нестабильности» (Шундиков К. В. Синергетический подход в правоведении. Проблемы методологии и опыт теоретического применения. М., 2013. С. 215).

²⁸ Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания. М., 1995. С. 89.

²⁹ Щепаньский Я. Элементарные понятия социологии. М., 1969. С. 84.

³⁰ Мальцев Г. В. Социальная справедливость и право. М., 1977. С. 10.

является осознанным или невольным ответом на другое. Как верно отмечает Ю. И. Гревцов, «известная независимость сторон отношения друг от друга не исключает того, что каждая из них может добиться осуществления преследуемых целей только с помощью другой стороны, ее ответных действий».³¹

За социальными нормами (моральными, правовыми, политическими и др.), которые предписывают ответный образ действия, стоят объективные социальные механизмы, одним из которых является «взаимность». По выражению Г. В. Мальцева, «взаимность не есть... следствие простой конвенции — действительного или предполагаемого соглашения между людьми, а вытекает из природы социального общения, представляет — плохо или хорошо (это зависит уже от конкретных социально-исторических предпосылок) — тенденцию к самоподдержанию, развертывающуюся внутри системы социальной деятельности».³²

На универсальность идеи взаимности, которая отражает стремление социума к равновесию и жизненно-бытийным перспективам, обратил внимание, характеризуя причины образования греческого полиса-государства, Платон: «Государство... возникает... когда каждый из нас не может удовлетворить себя сам, но нуждается еще во многом... Каждый человек привлекает к одного, то другого для удовлетворения той или иной потребности. Испытывая нужду во многом... люди собираются воедино, чтобы обитать сообща и оказывать друг другу помощь: такое совместное поселение и получает у нас название государства».³³

Во многом та же социальная основа предопределяет и возникновение права. Право возникает только в сообществе, социуме как средство, способ взаимодействия обособленных, но объективно нуждающихся друг в друге индивидов. «Как только человек намерен претендовать на материальные и духовные блага, так или иначе затрагивающие интересы и права других лиц, ему неизбежно придется вступать в конкретные правоотношения с ними, чтобы выработать компромиссный вариант, гарантирующий и удовлетворение собственного интереса, и учет прав других лиц. Взаимозависимость становится необходимым условием реализации субъективного права и, соответственно, принципом права в целом... К сожалению, — замечает В. М. Сырых, — российские правоведы пока что этому принципу не уделяют должного внимания, в их трудах он не только не исследовался сколько-нибудь полно и системно, но и, как правило, выводился из числа основных признаков права. Между тем этот принцип имеет всеобщее значение в пределах всей системы права».³⁴

Принцип взаимности любого направленного на других действия отражает объективное положение вещей, возникает (вызывается к жизни) из объективной природы социального взаимодействия. Взаимность — это язык и форма сознания и, по сути, главный способ бытия. Анализируя сущностные признаки права, раскрывая особенности частно- и публично-правового аспектов регулирования, эти положения развивает В. М. Сырых. Взаимность, реализованная в обмене, является, по мнению

³¹ Гревцов Ю. И. Правовые отношения и осуществление права. Л., 1987. С. 22.

³² Мальцев Г. В. Социальная справедливость и право. С. 13. — См. также: Мальцев Г. В. Социальные основания права. М., 2007.

³³ Платон. Государство // Платон. Собр. соч. В 4 т. Т. 3 / пер. с древнегреч.; под общ. ред. А. Ф. Лосева, В. Ф. Асмуса, А. А. Тахо-Годи. М., 1994. С. 130.

³⁴ Сырых В. М. Логические основания общей теории права. Т. 3. Современное правопонимание. М., 2007. С. 336.

ученого, исторически первой формой правовой взаимозависимости. «Взаимность» — это «ведущий принцип» частного права, определяющий иные стороны и связи частнопрововых отношений и реализуемый «в целях максимально полного встречного удовлетворения личных интересов граждан и иных лиц». Наиболее распространенной правовой формой реализации «принципа взаимности» выступает двустороннее или многостороннее правоотношение. Субъектами этого отношения выступают поименно определенные лица, а правам одного лица корреспондируют обязанности другого (например, отношения купли-продажи, мены, перевозки, оказания услуг).³⁵ «Субъект не может определенным образом воздействовать на других без того, чтобы терпеть как справедливое такое же воздействие к нему в сходных обстоятельствах... Каждый акт, который одно лицо совершает в отношении «других», несет виртуальные управомочения на совершение соответствующего акта данными «другими» в отношении этого лица».³⁶

В частном праве этот взаимный обмен действиями распадается на различные по своей предметной структуре виды взаимных предоставлений, имеющие правовой характер: вещь взамен вещи (простая мена, встречная поставка), вещь за деньги (купля-продажа), вещь за услуги, услуги за деньги или за вещь (наем, подряд, перевозка, комиссия и т. д.), услуга за услугу. Все эти и другие случаи в целом охватываются четырьмя формулами гражданского оборота, которые были известны уже римским юристам: «Даю, чтобы ты дал» (*Do ut des*); «Даю, чтобы ты сделал» (*Do ut facias*); «Делаю, чтобы ты дал» (*Facio ut des*); «Делаю, чтобы ты сделал» (*Facio ut facias*).³⁷

Социально-интерактивная система, ее внутренний баланс и равновесие предполагают закономерную связь действий, в которой то, что человек дает другим (обществу, группам индивидам и т. д.), должно быть в той или другой форме возвращено ему при соблюдении известных правил и норм. Человек берет от других только потому, что дает им. Этот момент свойственен всей системе взаимно ориентированных действий.³⁸ Именно этим следует объяснить наличие в различных правовых системах критериев (правовых средств) для обнаружения так называемой «серьезности намерений» — явления, существующего в обязательственном праве. Данный правовой институт учитывает, что обязывающие в правовом смысле обещания обычно даются при условии обещания предоставления встречной услуги. Если же обещание носит односторонний характер, то перед юристом тотчас возникает вопрос о том, насколько серьезны намерения заключить такого рода бескорыстную сделку и тщательно ли она была продумана, чтобы можно было признать ее юридически связывающий характер: «Обещание оказать какую-либо услугу считается серьезным только при наличии встречного удовлетворения (*consideration*). И если это условие не соблюдено, то такое обещание лишено судебной защиты (*unenforceable*), т. е. нельзя потребовать его выполнения через суд».³⁹ Таким

³⁵ Там же. С. 337.

³⁶ Шпренгер Г. Взаимодействие: соображения по поводу антропологического понимания масштабов справедливости // Государство и право. 2004. № 5. С. 20.

³⁷ Там же. С. 17–18.

³⁸ Несбалансированность обязательственных отношений в мировой истории, отмечает Л. Л. Кофанов, нередко приводила к бурным социальным потрясениям. Так было и в древнем Риме (Кофанов Л. Л. Должник и кредитор в праве и жизни раннего Рима // Человек и общество в античном мире / отв. ред. Л. П. Маринич. М., 1998. С. 33).

³⁹ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. II. М., 2000. С. 89–92.

образом, именно «встречное удовлетворение», «ответная услуга», непосредственная «взаимность» в обязательствах обусловливают их правовой характер. Каждый обслуживает другого, чтобы обслужить самого себя, и каждый пользуется другим как своим средством. Как верно замечает М. Голеcki, мотивом, побуждающим людей осуществлять акты взаимного обмена, является не принуждение или отношение зависимости, но, скорее, взаимная выгода, извлекаемая от обмена. По мнению ученого, ответ Аристотеля указывает, что в случае отсутствия (недостаточности) взаимной выгоды не происходит обмена.⁴⁰

Если ответное действие не поступает или имеет ненадлежащую форму, социальная система испытывает колебания, приобретает неустойчивость, стремится восполнить недостающие ресурсы. Поэтому наряду с взаимностью значительная роль в обеспечении процессов балансировки и выравнивания общественных отношений принадлежит такому важнейшему принципу социального общения, как *эквивалентность*, который также возникает из объективной природы двустороннего взаимодействия субъектов. Он предполагает, что всякое направленное на других действие подлежит обязательному возмещению со стороны других в соразмерной форме и на определенных условиях. Поэтому закономерно, что в судебных решениях и в доктрине эквивалентность обязательств сторон рассматривается как общее требование взаимной справедливости (*iustitia commutativa*), и прослеживается стремление (правда, на одних этапах исторического развития оно проявляется сильнее, чем на других) всеми способами прямо или косвенно его учитывать. «Чем заметнее несбалансированность взаимных обязательств по договору, тем с большим доверием судья отнесется к заявлению пострадавшей стороны о том, что она была обманута контрагентом, что на нее оказали давление или ввели в заблуждение, и что при заключении договора допущены ошибки принципиального характера».⁴¹

Принцип эквивалентности представляет собой общий социальный закон, согласно которому люди не просто учитывают результаты, пользуясь определенным масштабом их измерений, но стремятся давать и получать равное за равное. Это важно для осуществления нормального процесса взаимодействия, построенного по типу обмена, — иметь действительные или хотя бы воображаемые гарантии того, что взаимные предоставления будут совершаться в эквивалентной форме, потому что именно в такой форме один человек признает другого равным себе. Действующий на уровне конкретных актов социального взаимодействия принцип эквивалентности дает реальную основу для идеи социального и формального равенства.⁴² Не случайно, что всеобщим эквивалентом в мире людей, взаимодействующих между собой, соотносящихся друг с другом, является «право». Справедливость, право, равенство, причастные к системе всеобщего обращения, вносят меру во взаимные отношения людей, устанавливая определенные ценности и ценностные схемы. Представления о социальной справедливости и праве возникают из системы всеобщего обращения. С одной стороны, справедливость и право дают нормы для общения внутри социальных групп и между ними, с другой — эти феномены

⁴⁰ Golecki M. J. Synallagma and Freedom of Contract // German Working Papers in Law and Economics. Vol. 2003. P. 13 (www.bepress.com/gwp/default/vol2003).

⁴¹ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. II. С. 12–13.

⁴² См. об этом: Мальцев Г. В. Социальная справедливость и право. С. 62.

формируются закономерностями социального общения посредством внутренних функциональных связей и зависимостей.

Взаимный учет действий и эквивалентный обмен, выступая характерными свойствами социальной интеракции, оказывают содействие и сопутствуют перекрещивающимся импульсам, издаваемым участниками взаимодействия, обуславливают функционирование (взаимопереход) протоправового материала, привносимого в интерактивную среду индивидами. Взаимный учет действий и обмен, как универсальные для межличностных отношений переменные величины, опосредуют внутреннюю связь, создают необходимые для развития организационные предпосылки, которые служат основой бытия права.

Социальное взаимодействие представляет собой сложную цепь явлений, факторов, отдельных элементов, которые в сумме дают эффект необходимой нормативной регуляции, выступающей главным основанием существования социальной системы. Этот процесс нормоформирования инициируется прежде всего самой личностью, которая вступает во взаимосвязи и приводит в движение сложный социальный механизм. Личность как субъект коммуникативного процесса осуществляет действия, которые представляют собой тончайшую смесь самоограничения и импульса, идеализма и эгоизма, с одной стороны, руководствуются перспективной целью, но с другой — обусловлены давлением окружающего мира, которое выражается в сдерживании «вредных» для других людей импульсов индивидуального поведения, в определении надлежащего «русла» для такового. Индивиды, являясь функционирующими частями, поддерживают равновесие всей системы как правильно работающего социального организма.

Именно во взаимодействии могут быть решены те или иные социальные проблемы, включая организационно-регулятивные. Как только люди начинают взаимодействовать друг с другом, между ними развивается социальная организация, координируются и мобилизуются «усилия» субъектов социального взаимодействия. Возникающие правовые координаты, «формы» являются элементом взаимодействия, имманентно ему присущи. Для социальной жизни это своего рода «подпорки», позволяющие определять характер функционирования (плюс/минус) и выполнять необходимую коммуникационную и интегративную функцию.

В культуре взаимодействия коренятся нормативы, определяющие, что именно надлежит делать при тех или иных обстоятельствах людям, имеющим различный статус в различных ситуациях. Эти нормативные стандарты суть интегрирующая основа социальных систем, способ, обеспечивающий гармоничное функционирование в соответственных связях друг с другом в системе. В свою очередь социальное взаимодействие, основанное на функциональном вкладе каждой из социальных подсистем, ведет к созданию устойчивого равновесия в общем, глобальном масштабе. «Это нормативные модели, которые определяют, что в данном обществе считается должным, законным или ожидаемым образом действия или социального взаимоотношения».⁴³

Нормативы являются результатом взаимных действий внутри социальных систем, взаимных актов поведения и совокупности мотивируемых отношений к определенным ситуациям. Чаще всего норматив — это мера полезного, оптимального, а главное — необходимого функционирования.

⁴³ Парсонс Т. О структуре социального действия. М., 2002. С. 334.

В определенном смысле норма всегда есть одна из возможных (целесообразных) характеристик основных качеств функционирующих явлений.

Социальное взаимодействие обуславливает появление определенной «поведенческой культуры» как совокупности «образцов социального действия», в которых обнаруживаются правовые очертания (прототипы). Эти правовые прототипы представляют собой то, что П. А. Сорокин определял как механизм «социального контроля» в виде неких стандартизированных форм социального поведения («должное», «рекомендуемое», «запрещенное») и реакций на них в виде негативных и позитивных санкций (наказаний и наград), составляющих особую регулятивную субкультуру.⁴⁴

Социальное взаимодействие есть нечто большее, чем сумма взаимодействующих индивидов, преследующих свои собственные цели, учитывая при этом позитивные или негативные моменты, выступающие как интересы и цели других индивидов. Социальное взаимодействие предполагает единство взаимодействующих индивидов (его форму). В процессе существования взаимодействующие индивиды (личности) вырабатывают взаимоприемлемые для всех символические определения (символы, значения, ценности), посредством которых они приспособливают свои действия к действиям других, одновременно заставляя этих других приспособляться к своим собственным действиям.

Человек, по сути, является «носителем» нормативной формы, но лишь во взаимодействии с другим человеком эта форма приобретает значение. Каждая форма общения проистекает из взаимодействия субъектов. Чтобы сказать «Я могу», нужно сказать «Он позволяет»; чтобы сказать «Я имею», нужно сказать «Он должен», и т. п. Каждый из субъектов взаимодействия равнозначен «другому» по форме взаимодействия. Посредством отношения между индивидами собственное поведение (действие) одного становится формой другого, и наоборот. Один субъект является «зеркалом» формы поведения другого. Форма действия одного человека, равная форме действия другого человека, становится всеобщей формой. Каждый служит для другого в качестве своего рода эквивалента.

Так формируется и воспроизводится *объективная нормативно-ценностная* система, аккумулирующая сложившиеся относительно стабильные социальные связи, застывающие «в процессах самоорганизации в такие структуры норм, которые формируют внутрикультурный образец “человеческой природы”, навязывая ему схемы долженствования и повинности».⁴⁵

Объективная нормативность, формирующаяся в процессе социального взаимодействия людей, их социального общения, — одна из важных закономерностей развития общественного бытия, его универсальное свойство. Форма регулирования взаимодействия вытекает из природы взаимодействия, а не наоборот. По мере того как один субъект вступает во взаимодействие с другими, возникают различные свойственные им формы взаимодействия, образцы объективных норм. Их число ограничено числом взаимодействий. В ходе самодвижения социальной системы единичная форма взаимодействия (возведенная в степень *n*) переходит в более развернутую форму взаимодействия, и, пользуясь терминологией К. Маркса, она (форма) начинает выступать как «сгусток»,⁴⁶ лишенный

⁴⁴ См. об этом: Сорокин П. А. Преступление и кара, подвиг и награда. Социологический этюд об основных формах общественного поведения и морали. СПб., 1999. С. 82–89 и сл.

⁴⁵ Лем С. Модель культуры // Вопросы философии. 1969. № 8. С. 51.

⁴⁶ Маркс К. Капитал. Т. I. М., 1988. С. 73.

различий человеческих действий. Создавшаяся в результате взаимодействия индивидов форма регулирования (саморегулирования), форма взаимодействия сильнее конкретных проявлений, и потому она принимается индивидом либо заставляет его принять (признать) себя, поскольку за ней стоит общий поведенческий опыт множества других людей, не требующих, но могущих потребовать, не принуждающих, но могущих принудить. Это всеобщая форма многих, это объективная форма, это абстракция, сравнивающая людей, это закономерность, вмещающая в себя инициативу каждого, стоящего на грани случайности. Выбор этой формы предопределен не свыше, а изнутри, из глубин океана взаимодействий, в которых скрываются простые вибрации двух, трех, четырех взаимодействующих личностей, но столь значимые в своей перспективе.

Право появляется лишь тогда, когда тот или иной вариант взаимодействия (его форма) приобрел достаточное распространение и значение всеобщего эквивалента. Каждый может приспособить к нему свою активность, для каждого право будет критерием его активности. Действительное неравенство активностей (актов, действий) будет равным между собой (во всех отношениях) по форме «всеобщего» (по праву). В основе образования «развернутой всеобщей формы» будет лежать та, которая в процессе взаимодействия показала себя наиболее значимой, приемлемой, истинной. Откристаллизованная всеобщая форма, какой является право, достигает такой степени совершенства, что при этом создается впечатление, будто не действия людей в своем соотношении образовали ее, а они обусловлены самой формой (правом). Однако именно право возникает на основе ситуации, и это подлинное право, ибо оно восходит к началу начал — экзистенции человека. Материя жизни, подвергаемая правовому урегулированию, не есть простая, аморфная естественная материя; это, по выражению В. Майхофера, «социальная материя». Поэтому тот, кто создает правовые формы, не может вдохнуть жизнь в некоего Давида, запрятого в глыбе мрамора; скорее он, подобно Микеланджело, должен высвободить его из этой глыбы.⁴⁷

Именно эта «социальная материя», т. е. жизненные ситуации, суть которых состоит в «совокупности случайностей» «внешнего мира» и которые связывают людей между собой в рамках их субъективно-объективных и межсубъективных экзистенциальных отношений, выступая как способы бытия человека в мире и способы сосуществования людей, является внепозитивным источником позитивных норм права.

Человек приобретает свое значение лишь постольку, поскольку он есть выражение одного и того же общественного единства — человеческого взаимодействия, поэтому формы (в том числе правовые) человеческого поведения имеют социальный характер, и проявляться они могут лишь во взаимодействии одного человека с другим. Поэтому нужно исходить из взаимодействия индивидов, чтобы напасть на следы скрывающейся в нем нормативной формы.

Здесь нужно обратить внимание и на то, что качество социально-практического отношения всегда складывается в определенной зависимости от «внутреннего механизма» отношения, определяющего в значительной мере общий результат взаимодействия. «Внутренний механизм» человеческого взаимодействия может проявляться в различных состояниях, в том числе конфликта, антагонизма, оппозиции, конкуренции — либо

⁴⁷ Цит. по: *Нашиц А.* Правотворчество. Теория и законодательная техника. М., 1974. С. 27.

компромисса, сотрудничества, кооперации. Эти состояния составляют жизнь определенного социума, рассматриваемую как органический процесс, в котором отдельные лица связаны друг с другом «методом пробы».

Состояния *конфликта* и *сотрудничества* есть содержание социального взаимодействия. Существуют две противоположные, альтернативные стратегии, обозначающие выбор между парадигмой сотрудничества, гармонизации отношений и парадигмой соперничества, противостояния, агрессии. Эти стратегии называют *консенсиализмом* (от лат. *consensio* — единогласие) и *диссенсиализмом* (от лат. *dissensio* — разлад, разногласие). Под консенсиализмом понимается то, что П. А. Сорокин называл «неэгоистической творческой любовью», «творческим альтруизмом», или, пользуясь социологической терминологией, «позитивной поляризацией», а под диссенсиализмом — то, что он именовал «индивидуальным и коллективным эгоизмом», основывающимся на вражде и ненависти, или «негативной поляризацией».⁴⁸

Онтологически консенсиализм и диссенсиализм выступают как две диалектически противостоящие друг другу и друг друга дополняющие в индивидуальном сознании и общественной практике нравственные и политические парадигмы, как регуляторы и движители деятельности людей, их поведения и поступков. Стремление к сотрудничеству, компромиссу, партнерству и одновременно подверженность конфликту, разладу, противоборству — это две основные социальные альтернативы, в соответствии с которыми происходит развитие всей общественно-правовой системы. Данные социальные стратегии, с одной стороны, и система права (или механизм правового регулирования) — с другой, находятся (и это достаточно очевидно) в детерминационной взаимосвязи, где первое влияет на второе и, в свою очередь, испытывает влияние со стороны последнего.

Применительно к праву стратегии сотрудничества и конфликта представляют собой ту социальную основу, в соответствии с которой право получает свой «заряд» — положительный (стимулирует к активному поведению) либо отрицательный (вводит запреты и обязывает). Если анализировать нормы позитивного права, регулирующие отношения сотрудничества и конфликта, нельзя не увидеть закономерность, которая подчеркивает социально-интерактивную обусловленность правовых норм. Системы с кооперирующимися интересами обуславливают качество диспозитивности правовых норм с перспективными границами «возможного»; системы с конкурирующими интересами определяют качество императивности правовых норм, обеспечивающих социальное соперничество рамками «допустимо-должного».⁴⁹

Характер ситуаций сотрудничества обусловлен целым рядом общих объективных причин, связанных прежде всего со стремлением людей жить нормально, без вражды, сосуществовать на мирных взаимовыгодных началах. Эмиль Дюркгейм писал: «Если мы и любим войну, то мы любим также и радость мира, а последние ценятся тем больше, чем более люди социализированы, т. е. (поскольку оба слова равнозначны) цивилизованы».⁵⁰ Процесс солидаризации осуществляется автоматически, благодаря тому

⁴⁸ Цит. по: *Социальная стратификация российского общества* / отв. ред. З. Т. Голенкова. М., 2003. С. 113.

⁴⁹ Трофимов В. В. Конфликт и сотрудничество как объективная основа правообразовательного процесса // Российский юридический журнал. Электронное приложение. 2010. № 2. С. 5–13.

⁵⁰ Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. Метод социологии. М., 1991. С. 19.

только, что каждый преследует свои собственные, выгодные для себя интересы.

Корпоративная среда — это нравственный правовой источник, который обеспечивает объединившихся и взаимодействующих на основе сотрудничества индивидов установленными правилами, а также способами их применения. Эти мирные отношения между людьми рождают свои правовые формы, юридические конструкции, правовые средства, адекватные этим отношениям правовые институты, правовые комплексы, элементы которых могут концентрироваться в различных правовых источниках. Все эти элементы составляют то право, которое обеспечивает взаимосогласующиеся интересы участников правового обмена и приобретает свои основные свойства и качества исходя из этой социальной солидарности. Одним из главных следствий социального сотрудничества (не единственным) является воспроизведение основных форм социальной солидарности в виде позитивных (стимулирующих) правовых средств, которые находят закрепление в соответствующих правовых формах. Социальные действия (взаимодействие участников правовой жизни), выражающие положительное сотрудничество, кооперацию, тесным образом связаны с такими отраслями позитивного права, как договорное, корпоративное, коммерческое.

Солидарность (сотрудничество) как положительный вид интеракции, связи между индивидами и социальными группами в рамках микро- и макросистем обуславливает явления сближения людей, их соприкосновения, а следовательно, и умножения представляющихся им случаев взаимосвязей. На этой основе естественным образом происходит упорядочение, оформление пропорциональных солидарным взаимосвязям правил юридического характера. Причем большая часть этих правил направлена на предоставление возможностей действовать свободно, без принуждения, поэтому процесс сотрудничества индивидов имеет результатом нормы либо рекомендательного, либо управомочивающего характера. Поскольку процесс солидаризации самопроизволен, то нет нужды ни в каком принудительном аппарате ни для создания, ни для сохранения динамики данного типа. Для поддержания этих процессов нужен механизм другой направленности — поощрительно-стимулирующей. Именно такие нормы составляют и должны составлять доминанту правовой системы. Корпоративное право, договор, вырастающие из положительной интеракции индивидов, есть главный показатель цивилизованности правовой системы общества.

Противоположной сотрудничеству стороной социального взаимодействия являются отношения борьбы, соперничества, состязательства или конфликта, порождающего особый тип правового регулирования, предназначенный для опосредования и упорядочения конфликтных отношений в социуме.

Под конфликтом обычно понимается противоборство двух или нескольких субъектов, обусловленное противоположностью (несовместимостью) их интересов, потребностей, систем ценностей или знаний. Конфликтолог Л. Козер предлагал понимать под конфликтом «борьбу за ценности и претензии на определенный социальный статус, власть и недостаточные для всех материальные и духовные блага; борьбу, в которой целями состоящих в конфликте сторон являются нейтрализация, нанесение ущерба или уничтожение соперника».⁵¹

⁵¹ Цит. по: Кудрявцев В. Н. Юридический конфликт // Государство и право. 1995. № 9. С. 9.

Конфликт предотвращает стагнацию, стимулирует ход колебаний взаимодействий, выступает в роли медиатора, с помощью которого артикулируются проблемы, находятся их решения, служит основой изменений в системах взаимодействия. При этом в «свободных обществах» конфликт, направленный на разрешение трений между противниками, часто играет стабилизирующую и интегративную роль.

Каждый конфликт имеет структуру, которая сводится обычно к таким основным величинам, как стороны конфликта, условия протекания конфликта, образы конфликтной ситуации, возможные действия участников конфликта и исходы конфликтных действий (в общем — динамика конфликта). В конфликтных ситуациях, возникающих в различных жизненных областях (сфера преступлений, экология, семья, гражданский оборот и пр.), происходит фиксация определенных форм взаимодействия. Стандарты поведения достигают фиксированного уровня в процессе пересечения, чередования, повторения, изменения линий интеракции, опосредованных энергиями участвующих лиц, каждое из которых имеет для «другого» значение качественного и количественного показателя, являясь и эквивалентом «другого», и эталоном, мерой действий оппонента. Создаваемые правила поведения (нормативные формы) отличаются по общему правилу императивным характером.

Возникающие в ходе конфликтного взаимодействия императивы имеют социально-интерактивную природу, поскольку за каждым (или почти за каждым) из них мы можем найти взаимные акции и реакции участников, имевшие место по тому или иному поводу прежде, в настоящем, а также подразумеваемые в будущем. Главный смысл императивных норм, негативных (ограничивающих) правовых средств — зафиксировать статус конфликтующих субъектов, определить четкую дистанцию между ними и тем самым обеспечить должную упорядоченность в данной системе взаимодействия и в то же время ее внутреннюю эффективность (полностью устранить конкуренцию невозможно, как невозможно уничтожить свободу воли отдельных субъектов). Такими конфликтными или потенциально конфликтными отраслями и институтами права, регулируемыми конфликтные взаимоотношения, можно считать уголовное право, нормы об административных правонарушениях, некоторые институты экологического, трудового, семейного, отдельные субинституты гражданского права, институты процессуального права и т. д.

В совокупности на этой социально-интерактивной основе рождаются соответствующие данным социальным предпосылкам правовые формы, производится отбор необходимых правовых норм. Биполярность (двойственность) социальной детерминанты правового развития (воспроизводства права) непосредственно отражается на двойственности (биполярности) системы правового регулирования, на системе методов правового регулирования, на системе выражающих их правовых средств. Амбивалентность социально-правовой жизни находит закономерное отражение в сущностных свойствах (природе) всего права, а также способна определять его внутреннее строение.⁵²

Право живет не в вакууме, не в безжизненном пространстве, а имеет дело со всем многообразием человеческих отношений, природа которых отличается сложными многоступенчатыми формами коммуникативного

⁵² См. подробнее: Трофимов В. В. Конфликтное право и право сотрудничества. С. 40–48.

процесса. Посредством этого процесса осуществляются взаимовлияние и взаимодействие активных микроструктур (личности и группы, ими составляемые), каждая из которых по-своему стремится достичь общезначимых целей, в то же время являющихся и целями всей системы. «Право неразрывно связано с существованием человеческого сообщества, и, таким образом, условия возникновения права являются условиями социальными», «право изначально коммуникативно»,⁵³ т. е. основано на социальном взаимодействии. Согласно А. Подгурецкому, «право — это формализация взаимных обязанностей и правомочий, которые применительно к существующему, накопленному общественному опыту поддерживают данную систему. Или еще проще: право — это формализация взаимных правомочий и обязанностей, поддерживающих данную систему».⁵⁴ Соответственно, содержание объективного права можно охарактеризовать как закрепление тех прав и обязанностей участников взаимодействия в рамках определенной социальной системы, которые признаются государством.

Объективные протоправовые нормы (правовые очертания, прообразы), созданные в процессе взаимодействия людей, раз возникнув, начинают жить самостоятельной жизнью, приобретают свой темп и ритм и оказывают на нас влияние. Их совокупность обуславливает наше поведение: мы вынуждены двигаться по этим «путям сообщения». И, скорее, не санкции являются условием существования системы, а та потенциальная возможность выражать данные нормативы, которая содержится в явлении социального взаимодействия.⁵⁵ Источником права, таким образом, является интеракция (взаимодействие) индивидов, одна из важнейших функций которой — интегративная. Ее основной смысл сводится к устранению и предупреждению потенциальных источников социального напряжения и конфликтов. Право представляет собой наиболее конкретный формализованный аспект нормативного компонента, являющегося решающим в социетальной интеграции. Право находится в основании социального «порядка» главным образом не в смысле подавления «беспорядка», а в смысле регулирования и регламентирования «экспектаций» (взаимных «ожиданий») и «социальных притязаний»⁵⁶ в социальном взаимодействии. Объективно складывающийся баланс интересов и действий взаимодействующих индивидов не позволит сформироваться вредному, разрушительному началу в социальной системе. Такова правовая природа человеческих отношений, природа социального взаимодействия, закоными которого детерминируются социальные и правовые институты.

В шаблонах, формах, нормах, принципах социального правового взаимодействия проявляются общезначимые элементы свободы и равенства, что с точки зрения понимания права как формы и меры свободы является признанием правовой природы такого рода норм. Именно их правовая природа и служит объективным основанием для официальной легитимации этих норм. «Именно жизненные обстоятельства, которые могут быть названы “правовыми ситуациями”, это и есть исходный пункт

⁵³ Поляков А. В. Общая теория права. Феноменолого-коммуникативный подход. С. 189, 204.

⁵⁴ Подгурецкий А. Очерки социологии права. М., 1974. С. 260.

⁵⁵ «Первичный социальный контроль задан самим существованием института, а дополнительные механизмы контроля требуются лишь в том случае, если процессы институционализации не вполне успешны» (Поляков А. В. Правогенез // Правоведение. 2001. № 5. С. 218).

⁵⁶ Смирнова М. Г. Социальные притязания и субъективное право. СПб., 2008. С. 98.

права в реальной жизни общества. Именно с них, с этого “начала начал”, в мире права все начинается; и именно отсюда разворачивается вся сложная, многоуровневая и многослойная цепь правовых средств, механизмов и процедур». ⁵⁷ Поэтому главное назначение позитивного права, декларирует Л. Дюги, — обеспечить уважение к нормам объективного права и их реализацию. С этой точки зрения нормы объективного права соотносятся с нормами позитивного права как «нормативные нормы права, или юридические нормы в собственном смысле» и «конструктивные, или технические нормы права». ⁵⁸

Подводя некоторый итог представленным рассуждениям, отметим, пожалуй, то, что приблизиться к пониманию искомых закономерностей социального бытия права, открыть его свойства и пр. помогает правильно избранный метод, в качестве которого можно с полным основанием рассматривать *коммуникативную (социально-интерактивную) концепцию права*. Эта концепция позволяет обратить внимание на те аспекты жизни права, на которые в плоскости иных концептуальных подходов обратить внимание просто не придется (по причине недостаточности познавательных ресурсов, понятийного аппарата). Полагаем, что юридической наукой (общей теорией права) в свое время был выбран верный вектор научного поиска, и его горизонт скрывает новые перспективы.

⁵⁷ Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М., 2001. С. 260.

⁵⁸ Цит. по: Луковская Д. И. Социологическое направление во французской теории права. Л., 1972. С. 113–114.

**ПРАВОПОНИМАНИЕ И ИНСТРУМЕНТАЛЬНАЯ
ЦЕННОСТЬ ПРАВА
(В КОНТЕКСТЕ НАУЧНОЙ КОНЦЕПЦИИ А. В. ПОЛЯКОВА)**

Е. Ф. МОСИН,* В. А. САПУН**

В статье исследуются роль и значение категории правопонимания в теории права и инструментальная ценность права в контексте коммуникативной концепции А. В. Полякова. Тип правопонимания определяет парадигму юридического познания, нормативно-правовое содержание, предмет и метод учения о праве. Современная юриспруденция, понимая право как институциональное образование, не может предложить такое определение права, с которым согласились бы представители всех направлений правопонимания. Поэтому проблематика правопонимания занимает центральное место в юридической науке. Среди всех типов правопонимания наиболее перспективным представляется предлагаемый и обосновываемый коммуникативной теорией права, которая разрабатывается и развивается профессором А. В. Поляковым и его школой. В инструментальном плане правопонимание, присущее коммуникативной теории права, представляется по сравнению с другими правопониманиями наиболее отвечающим современным представлениям о праве, а коммуникативная теория права — наиболее открытой для восприятия других национально-правовых систем, особенно в условиях перспективы частичной конвергенции романо-германского и англо-американского права. Изложенный подход к правопониманию предполагает исследование инструментальных свойств права (общеобязательной нормативности, системности, формальной определенности, реальной применимости и др.) и инструментальной ценности права. **КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** право, определение права, общая теория права, категория правопонимания, коммуникативная теория права, инструментальная теория права, правовой закон, инструментальные свойства права, нормативность права, системность права, формальная определенность права, реальная применимость права.

* Мосин Евгений Федорович — кандидат технических наук, доцент кафедры правового регулирования экономики Санкт-Петербургского государственного экономического университета (СПбГЭУ), адвокат Санкт-Петербургской городской коллегии адвокатов.

Mosin Evgeny Fedorovich — candidate of technical sciences, associated professor of the Department of Legal Regulation of Economics, Saint-Petersburg State Economic University, lawyer of Saint-Petersburg City Bar Association.

E-mail: mosin@mail.spbnit.ru

** Сапун Валентин Андреевич — доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права СПбГЭУ.

Sapun Valentin Andreevich — doctor of legal sciences, professor of the Department of Theory and History of State and Law, Saint-Petersburg State Economic University.

E-mail: yaturbova@inbox.ru

© Мосин Е. Ф., Сапун В. А., 2014

MOSIN E. F., SAPUN V. A. LAW UNDERSTANDING AND INSTRUMENTAL VALUE OF LAW (IN THE CONTEXT OF A. V. POLIAKOV'S THEORY)

The article is devoted to the role and significance of the category of law understanding in the legal theory and the instrumental value of law in the context of the communicative theory proposed by A. V. Polyakov. The type of law understanding determines the paradigm of legal consciousness, the regulatory content, the subject matter and the method of the doctrine of law. Modern jurisprudence, considering law as an institutional structure, cannot propose such a definition of law that would satisfy representatives of all schools of law understanding. Thus, the legal science focuses on the problem of law understanding. Professor A. V. Polyakov together with his disciples is developing a perspective type of law understanding which is proposed and substantiated by the communicative theory of law. According to the instrumental approach, law understanding typical for the communicative theory of law better complies with modern legal ideas in comparison with other types of law understanding of law, while the communicative theory of law is more open to other national regulatory systems, especially in the light of possible partial convergence of civil and common law. The suggested approach to law understanding involves the analysis of instrumental characteristics of law (universally binding regulatory character, systemic character, formal certainty, practical application etc.) and of the instrumental value of law.

KEYWORDS: law, definition of law, general theory of law, category of law understanding, communicative theory of law, instrumental theory of law, just law, instrumental characteristics of law, regulatory character of law, systemic character of law, formal certainty of law, practical application of law.

История научных исканий, имеющих целью понять, что представляет собой право или что следует понимать под правом, и дискуссий, сопровождающих эти искания, насчитывает уже века, но по-прежнему нельзя сказать, что в результате найдено то, что в допостмодернистские эпохи могли бы назвать истиной, или то, с чем сегодня (когда в гуманитарных науках вера в существование абсолютных истин утрачена безвозвратно) согласилось бы большинство спорящих (ищущих). Прежние споры породили новые споры, хотя и с новой проблематикой, но со старой целью, причем новые споры и новая их проблематика не приблизили нас к формулировке результата «в последней инстанции», а лишь убедили в том, что проблема намного сложнее и обширнее, нежели это казалось прежним поколениям ее исследователей, и показали, насколько эта проблема может быть по-новому интересной и увлекательной для исследователя и какие новые горизонты и новые дали она ему открывает.

Очевидно, что современная юридическая наука, даже став мощным социально-институциональным образованием, не может дать определение права, консенсусно общее для различных научных школ в сфере проблем правопонимания. И дело здесь не только и не столько в том, что регулярно подтверждается предостережение римского юриста I–II вв. н. э. Яволена, запечатленное в Дигестах Юстиниана: «Всякая дефиниция в гражданском праве опасна, ибо мало случаев, когда она не может быть опрокинута»¹ (в новом переводе Дигест² оно не столь красочно), — предостережение,

¹ Нерсесянц В. С. Примечания // Гегель Г. В. Ф. Философия права. М., 1990. С. 488–489.

² Дигесты Юстиниана. Книга 50. Титул XVII. О различных правилах древнего права. Фрагмент 202 // Дигесты Юстиниана / пер. с лат.; отв. ред. Л. Л. Кофанов. Т. VII. Полут. том 2. М., 2005. С. 563.

в своей сути верное не только в гражданском праве, да и не только в праве. Как указал шведский философ права Карл Оливекрона, «определение права как этико-императивной координации — это ответ на вопрос, чем является неизвестное X, которое мы называем правом. Идея состоит в том, что неизвестный X может быть отождествлен с чем-то данным. Однако этот способ определения возникающего вопроса ошибочен: неизвестное X не может быть отождествлено с чем-либо вообще, поскольку мы не знаем, что это. Чтобы решить вопрос об отождествлении, мы должны знать атрибуты X. Таким образом, неизвестное должно предполагаться известным».³ Из этого как частный случай следует высказывание С. Ю. Филипповой: «Поиски истины в юриспруденции — занятие более чем странное, хотя бы в силу того, что понятия и категории, истинность или ложность которых предполагается оценивать, введены в юриспруденцию извне самими исследователями. Остается неясным, как проводить верификацию суждений — с чем сравнивать их? И в таком случае предметом исследований становятся только лишь введенные в науку предшественниками конструкции, а объектом верификации становятся другие конструкции, введенные раньше (позже). Назначение таких “исследований” с трудом улавливается исследователями, что же касается субъектов правореализационной деятельности, то они остаются совершенно безучастными к результатам научных изысканий».⁴

Принципиально важным представляется признание необходимости сосуществования разных ракурсов познания (восприятия, изучения, понимания) права, в том числе «автономности права как реальности в реальности, одной из реальностей»,⁵ включая юридический концепт действительности, который «реально существует, но это особая реальность не существующих реально объектов».⁶ Хотя «разработка оснований постнеклассической методологии разворачивалась в известной мере в поиске оснований “единства множественного”»,⁷ но, «двигаясь в русле исследования особенностей постнеклассических практик, мы оказываемся в ситуации, когда появляется возможность отследить возникновение “множественности единств”».⁸ «Нельзя не отметить, что как “единство множественного”, так и “множественность единств” являются необходимыми компонентами феномена постнеклассики в целом, они работают на проявление друг друга по типу соотношения фундаментального и прикладного».⁹

В. В. Лапаева (автор лучшего на сегодняшний день монографического научного исследования типов правопонимания) права, утверждая, что «именно сущность права, выраженная в его понятии, определяет построение общей теории права, которая представляет собой конкретизированное, развернутое понятие права. То или иное понимание сущности права через понятие права воздействует на формирование доктрины и догмы права, оказывая таким образом существенное влияние на правотворческую

³ Оливекрона К. Возможно ли социологическое объяснение права? // *Российский ежегодник теории права*. № 4. 2011. С. 427–428.

⁴ Филиппова С. Ю. Инструментальный подход в науке частного права. М., 2013. С. 24.

⁵ Гаджиев Г. А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности). М., 2013. С. 208.

⁶ Там же. С. 286.

⁷ *Постнеклассические практики: опыт концептуализации*. Коллективная монография / под общ. ред. В. И. Аршинова и О. Н. Астафьевой. СПб., 2012. С. 145 (автор главы «Синергия языков постнеклассических практик» — Л. П. Киященко).

⁸ Там же.

⁹ Там же.

и правоприменительную деятельность».¹⁰ Но права, на наш взгляд, с оговоркой (нашей), что найти и единственно правильно определить единственно верную сущность права не удастся (можно определить ее путем консенсуса, рассматривая «конвенциональность как главный на сегодняшний день критерий научности», который «вытекает из онтологической и гносеологической конвенциональности»,¹¹ но о единственно верной тогда говорить не приходится). Мы уж не говорим о соответствующем этой сущности термине «право» (или «сущность права» в смысле именно права), ибо «новейшее определение термина, связанное с появлением и развитием когнитивного терминоведения, утверждает, что термин — это динамическое явление, которое рождается, формулируется, углубляется в процессе познания (когниции), перехода от концепта — мыслительной категории — к вербализованному концепту, связанному с той или иной теорией, концепцией, осмысляющей ту или иную область знания и/или деятельности. В связи с историческим характером процесса познания и закрепления знания термин получает новое определение как вербализованный знак... могущий иметь ряд вариантов, зависящих от выбранной теории и степени глубины знания».¹²

Поэтому мы никак не можем согласиться со следующим утверждением В. В. Лапаевой: «Представление о том, что понятие права может включать в себя разные смыслы... по сути дела означает, что понятия права как такового, т. е. как суждения о наиболее существенных, сущностных, признаках явления, не существует».¹³ Смыслы могут быть разными (уместнее сказать — различными) и при этом не быть противоположными и не отрицать существования «наиболее существенных, сущностных, признаков явления», а лишь различно ранжировать важность, значимость таких признаков для характеристики сущности явления.

В этом контексте к праву, рассматриваемому как семиотическая система, полностью приложимо сказанное Ю. М. Лотманом и Б. А. Успенским о еще более сложной семиотической системе — о культуре: «Утверждения “Все различно и не может быть описано ни одной общей схемой” и “Все едино, и мы сталкиваемся лишь с бесконечными вариациями в пределах инвариантной модели” — в разных видах постоянно повторяются в истории культуры от Екклесиаста и античных диалектиков до наших дней. И это не случайно — они описывают разные аспекты единого механизма культуры и неотделимы в своем напряжении от ее сущности».¹⁴

Поэтому мы считаем правильной другую позицию — основателя коммуникативной теории права А. В. Полякова, утверждающего, что задача нашего правоведения в XXI в. — это «поиск путей формирования нового, интегрального типа правопонимания... (от лат. *integer* — целый), возникающего на основе диалога всех школ и течений в современном правоведении, как западных, так и восточных»¹⁵.

¹⁰ Лапаева В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. Монография. М., 2012. С. 11.

¹¹ История и методология юридической науки. Учебник для вузов / под ред. Ю. А. Денисова, И. Л. Честнова. СПб., 2014. С. 389 (автор разд. 2 «Методология юриспруденции» — И. Л. Честнов).

¹² Лейчик В. М. Терминоведение: предмет, метод, структура. 3-е изд. М., 2007. С. 21–22.

¹³ Лапаева В. В. Типы правопонимания. С. 19.

¹⁴ Лотман Ю. М., Успенский Б. А. О семиотическом механизме культуры // Лотман Ю. М. Семиосфера. СПб., 2004. С. 502.

¹⁵ Поляков А. В. Общая теория права. Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. Курс лекций. СПб., 2004. С. 114.

В. В. Лапаева утверждает, что «для России с ее неразвитой правовой культурой нужна доктрина, предлагающая четкий и понятный для практики теоретический критерий меры индивидуальной свободы, основанный на принципе формального равенства, согласно которому свобода одного человека может быть реализована до тех пор, пока она не нарушает свободу другого человека. Этот принцип, обоснованный, конкретизированный и развитый в рамках либертарно-юридического правопонимания В. С. Нерсисянца, является теоретико-методологическим инструментом решения самых разных проблем правовой теории и практики». ¹⁶ Однако мы полагаем, что в настоящее время гораздо больший, нежели у либертарно-юридического подхода к праву, научно-практический потенциал (именно потенциал!) наличествует у другого подхода — феноменоло-коммуникативного, основанная на котором феноменоло-коммуникативная теория права предполагает, по мнению ее основоположника А. В. Полякова, «признание следующих методологических выводов: 1) право как феномен не существует вне социального субъекта, вне социального взаимодействия; 2) такое intersubjective взаимодействие, опосредованное легитимными правовыми текстами, всегда является специфическим коммуникативным поведением, субъекты которого обладают взаимообусловленными правомочиями и обязанностями; 3) право представляет собой синергичную коммуникативную систему». ¹⁷ Кроме того, А. В. Поляков правильно считает, что «решение этой задачи, направленной на осмысление права как многоединства, существующего в разных ипостасях, формах и видах, не предполагает создание единственной теории права, пригодной на все времена и находящейся вне определенных социокультурных рамок». ¹⁸

В конце концов, в постклассическом (постнеоклассическом) мире (из которого мы если и выберемся, то уж не в прошлое) «истина трансформируется от корреспондентской теории (соответствие знака референту) к когерентной (соответствие знака другим знакам) и к коммуникативной (значение знака как общезначимого в научном дискурсе) или прагматической (истинность знака — это вера в его эффективность)», ¹⁹ — один из примеров того, что «когда истины перестали очаровывать человека, пришлось очарованию стать истиной человека». ²⁰

Нам представляется, что при рассмотрении различных типов правопонимания гораздо более актуальным (по сравнению с попыткой создать единое или универсальное определение сущности права) является вопрос об инструментальной ценности того или иного типа правопонимания. Этот вопрос, в свою очередь, порождает другой — об инструментальных свойствах права, которые эту ценность образуют и которые определенный тип правопонимания выявляет, исследует и повышению эффективности использования которых способствует. При этом феномен правового инструментализма мы рассматриваем, конечно, с позиции инструментального подхода, а не с позиции инструментальной теории права как относительно самостоятельного типа правопонимания (таковой в этом качестве пока не существует). ²¹ Ибо

¹⁶ Лапаева В. В. Типы правопонимания. С. 10.

¹⁷ Поляков А. В. Общая теория права. С. 114.

¹⁸ Там же. С. 115–116.

¹⁹ Честнов И. Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012. С. 107.

²⁰ Хюбнер Б. Смысл в бес-СМЫСЛЕННОЕ время: метафизические расчеты, просчеты и сведение счетов / пер. с нем. Минск, 2006. С. 326.

²¹ Сапун В. А., Шундилов К. В. Инструментальная теория права и человеческая деятельность // Правоведение. 2013. № 1. С. 20.

прав И. Л. Честнов, указывая, что «постмодернизм... за прошедшие десятилетия с момента своего “рождения” не предложил... какую-либо позитивную программу трансформации современного социума и права, в том числе».²² И. Л. Честнов идет далее и предполагает, что «возможно, и не может предположить», но в этом мы уже не можем с ним согласиться.

Рассматривая объективное (позитивное) право «в качестве инструмента (механизма) реализации и обеспечения воспроизводства данной общественной системы, ее устойчивого состояния в стабильном, непрерывно функционирующем виде во времени» и отмечая, что «в воспроизводстве данной системы, понятно, велик вклад и других подразделений культуры», С. С. Алексеев справедливо указывал: «В человеческой культуре нет иного инструмента, кроме права, который бы обеспечивал это воспроизводство с информационно-организационной стороны и притом на всеобщей, твердой, постоянной, непрерывно функционирующей основе, важнейшим компонентом которой является та или иная мера активности участников общественных отношений».²³

Интересно, что, говоря о ценности права, выделяя инструментальную и собственную ценность права и отмечая, что «если не идти дальше рассмотрения права как регулятора общественных отношений, то его миссия в обществе состоит прежде всего в инструментальной ценности, т. е. ценности “инструмента”, “средства” решения задач, относимых к различным сторонам жизни общества — экономической, политической, культурной»,²⁴ С. С. Алексеев, переходя далее к рассмотрению «собственной ценности права», по сути, видит эту ценность опять-таки как инструментальную, хотя и не признает этого прямо²⁵ (не удалось это и Д. Паломбелле, профессору юридического факультета Университета Пармы (Италия),²⁶ попытавшемуся тему верховенства права рассмотреть исключительно с неинструментальной точки зрения, но опосредованно включившему и инструментальную тоже).

В рассматриваемом плане среди всех типов правопонимания наиболее перспективной опять-таки представляется коммуникативная теория права, разрабатываемая школой А. В. Полякова. Кроме того, даже в сегодняшней России — царстве, казалось бы, правового позитивизма — именно коммуникативная теория права, как бы это ни казалось странным на первый взгляд, наиболее близка к отечественным реалиям. В подтверждение этого можно сослаться на многое, но мы сошлемся лишь на доклад Председателя Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькина «Трансформация отношений собственности: глобальные тенденции и российский опыт»,²⁷ содержащий постановку и анализ ряда острейших и наиболее трудных

²² Честнов И. Л. Постклассическая теория права. С. 102.

²³ Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 316.

²⁴ Там же. С. 344.

²⁵ Там же. С. 345–346.

²⁶ Паломбелла Д. Мера права. Неинструментальная правовая точка зрения: от государства до международного уровня (от Хамдана к Аль-Джедде) // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире. Сб. ст. / отв. ред. В. Д. Зорькин, П. Д. Баренбойм. М., 2013. С. 351–372.

²⁷ Зорькин В. Д. Трансформация отношений собственности: глобальные тенденции и российский опыт. Доклад на XIII Диалоге высших судов России и Германии (Москва, 31 мая 2012 г.) // www.ksrf.ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=53 (2012, 1 сент.); www.rg.ru/2012/05/31/zorkin.html (2012, 1 сент.).

проблем правового регулирования экономических отношений в России. В этом докладе основное содержание «проблемных тенденций правового обеспечения хозяйственно-экономической жизни современного глобализирующегося мира, которые вызревали в последние десятилетия» Председатель Конституционного Суда РФ определяет «как отставание нормативно-правовой регламентации хозяйственно-экономических отношений от изменений социального содержания этих отношений, заметно ускоряющихся по мере развития процессов глобализации» и отмечает как очевидное, что «в условиях глобализации эта проблема уже не может быть разрешена собственно юридическими методами»; для осмысления указанных тенденций и поиска адекватных методов разрешения проблемы «необходимо обратиться к философско-правовому, политэкономическому и социологическому анализу».

Коммуникативная теория права в инструментальном плане представляется наиболее (по сравнению с другими теориями права) открытой для восприятия других национальных правовых систем, в частности, на фоне процессов конвергенции романо-германского и англо-американского права.²⁸ А исключительно ныне актуальная (и «большая») тема судейского усмотрения²⁹ и вовсе чуть ли не родная для коммуникативной теории права. Открыта коммуникативная теория права и для восприятия «действительности индивидуального права».³⁰

Большой, но, к сожалению, до сих пор весьма медленно осваиваемый инструментальный потенциал коммуникативной теории права особенно важен сегодня, когда «правовое бытие современного человека раздвигает веками формировавшиеся границы национально-государственных правовых систем и также приобретает глобальное измерение».³¹

Изложенный подход к правопониманию предполагает исследование правовых ценностей, которые могут быть представлены как его инструментальные свойства, ибо благодаря этим свойствам реальное использование права приводит к достижению определенных результатов. Как правильно отмечает А. В. Поляков, «право как целостность всегда есть действующее право. Как материя невозможна без движения, так право невозможно без своего действия».³² Инструментальные свойства права должны учитываться как в процессе правотворчества, при создании позитивного права, так

²⁸ Марченко М. Н. Сравнительное правоведение. Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2013. Гл. VIII («Конвергенции романо-германского и англосаксонского права»). С. 516–562.

²⁹ См., напр.: Адыгезалова Г. Э. Социологическая юриспруденция США в XX веке: формирование доктрины, развитие и совершенствование правопорядка. СПб., 2012; Абушенко Д. Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. М., 2002; Бохан В. Ф. Формирование убеждений суда. Минск, 1973; Горевой Е. Д. Внутреннее судейское убеждение в оценке доказательств по уголовным делам. М., 2008; Грачева Ю. В. 1) Источники судейского усмотрения в институтах освобождения от уголовной ответственности и от наказания. М., 2011; 2) Судейское усмотрение в применении уголовно-правовых норм: проблемы и пути их решения. М., 2011; Как судьи принимают решения: эмпирические исследования права / под ред. В. В. Волкова. М., 2012; Папкова О. А. Усмотрение суда. М., 2005; Старых Ю. В. Усмотрение в налоговом правоприменении. М., 2007; Телятников В. И. Убеждение судьи. СПб., 2004.

³⁰ Сырых В. М. Материалистическая теория права. Т. 4. Действительность индивидуального права. М., 2014.

³¹ Ковлер А. И. Антропология права. М., 2002. С. 6.

³² Коммуникативная концепция права: вопросы теории. Обсуждение монографии А. В. Полякова. СПб., 2003. С. 15 (вступительное слово А. В. Полякова).

и в процессе его реализации, ибо лишенное хотя бы одного инструментального свойства право теряет свою социальную легитимацию.

В структурном отношении право состоит из нормативных правоотношений, основой которых являются именно нормы права. При этом последние отличаются от текстов правовых актов и могут быть плодом деятельности не только государства, но и психоактивной деятельности субъектов при возникновении правовой коммуникативности. Иными словами, любая правовая норма должна пройти процесс социальной легитимации. В этом представляется ценность коммуникативной теории права, разработанной А. В. Поляковым, что не противоречит инструментальному пониманию права как институционального нормативного образования и системы правовых средств.

Право характеризуется *общеобязательной нормативностью*. Во-первых, под действие права попадает любая деятельность субъектов, которая находится в сфере правового регулирования, во-вторых, оно обязательно для каждого, независимо от субъективного отношения к праву. Именно этим право отличается от нормативности иных социальных регуляторов: нравственности, обычаев, корпоративных норм. Для права характерна высшая степень нормативности — общеобязательная нормативность. Именно высшая степень нормативности предопределяет инструментальную ценность права как регулятора общественных отношений. По методу регулирования правовые нормы подразделяются на императивные и диспозитивные. И те, и другие имеют общеобязательный характер, различается лишь степень обязательности. Так, императивные нормы выражаются в тексте нормативных актов как категорические правила поведения. Их нельзя изменить по воле участников общественных отношений. Диспозитивные нормы носят обязательный характер лишь постольку, поскольку лица — участники частноправовых отношений не избрали для себя иного варианта поведения. В тексте нормативно-правовых актов диспозитивный характер нормы права должен устанавливаться по формуле «Если иное не предусмотрено договором».

Право отличается системным характером. *Системность* представляет собой свойство права; она предопределяет инструментальную ценность права в обществе и является одной из правовых ценностей. Прежде всего, право представляет собой не совокупность правил поведения, как полагал А. Я. Вышинский,³³ а систему правовых норм. «Правовая норма, — пишет А. В. Поляков, — конституируется не одним правовым текстом, а всей совокупностью (системой. — Е. М., В. С.) правовых текстов, интерпретация которых легитимирует и конкретизирует правовые возможности и обязанности субъектов».³⁴ Так, в процессе гражданского судопроизводства при нарушении норм, выраженных в тексте Гражданского кодекса, применяются правила гражданского процессуального права. В тексте судебных решений по юридическим делам можно проследить взаимосвязь норм гражданского права и права гражданско-процессуального, которые действуют в системе.

Системность права наглядно проявляется во взаимосвязи отраслей права и правовых институтов, что особенно характерно для романо-германской правовой системы, к которой примыкает российское право. Так,

³³ Основные задачи науки советского права. Мат-лы I совещания научных работников права. 16–19 июня 1938 г. / под ред. А. Я. Вышинского. М., 1938. С. 7.

³⁴ Коммуникативная концепция права: вопросы теории. С. 14.

в системе права выделяются профилирующие отрасли цивилистического, административного и уголовного профиля. Над ними надстраиваются иные основные отрасли права, которые в свою очередь состоят из соответствующих правовых норм и институтов. Такой представляется первичная структура российского права. В праве выделяются вторичные структурные образования, такие как коммерческое, банковское, таможенное право и иные, состоящие из комплексных образований и правовых институтов.

Проблема, которая должна быть решена в различных школах правопонимания, — это строгая определенность правовых текстов или источников права. Таким свойством должны обладать нормативно-правовые акты, которые в сочетании с их содержанием и внешней формой их выражения при условии социальной легитимации правовых норм образуют формальную определенность права.

Формальная определенность права как его объективное свойство заключается прежде всего в следующем.

Во-первых, в текстах правовых актов должны быть предельно строго закреплены три первичные средства правового регулирования: дозволения, запреты и позитивные обязывания. Отсюда строгой формализации подлежат регулятивные правовые нормы: уполномочивающие, запрещающие и обязывающие. Преобладание в текстах законов запрещающих норм, например, в законах о табакокурении, пропаганде гомосексуализма среди несовершеннолетних, усыновлении детей иностранными лицами, обеспечивает запретительный, а порой репрессивный характер этих законов.

Во-вторых, формальная определенность права требует совершенствования правовой формы законов и иных источников права. Под этим углом зрения остается актуальным придание источникам права качества правового закона. В качестве гипотезы для обсуждения можно выдвинуть следующие признаки правового закона, которые являются правовой ценностью:

- соответствие закона объективным свойствам права, таким как общеобязательная нормативность, системность, формальная определенность, реальная применимость, правообязывающий характер;

- закрепление в законе основных принципов права, прежде всего гуманизма, справедливости, юридического равенства;

- основа правового закона — права и свободы человека и гражданина, недопустимость законодательного ухудшения положения человека в обществе и государстве;

- соответствие закона общепризнанным принципам и нормам международного права, международным договорам;

- легитимность власти, придающей закону обязательную силу.

В-третьих, формальная определенность права обеспечивается рядом нетипичных правовых предписаний. К ним следует отнести правовые принципы и задачи, правовые дефиниции, презумпции, юридические фикции, преюдиции.

Право *отличается реальной применимостью*. Последняя особенность представлена как свойство права, предопределяющее его инструментальную ценность в обществе, ибо право как ценность — всегда есть действующее право. В праве заложен целостный механизм его реализации и применения.

Существуют два способа реализации: простой и сложный. Простой способ выражается в непосредственной реализации прав и обязанностей. Он характерен для всех субъектов коммуникативной деятельности и осуществляется в трех формах: использовании субъективных прав, соблюдении запретов, исполнении позитивных обязываний.

Важнейший элемент механизма непосредственной реализации права — «субмеханизм» его социально-правовой легитимации. Центральная роль в этом механизме принадлежит правосознанию (общественному, групповому, индивидуальному) и его уровням (обыденному, профессиональному, научному). Так, закон по-разному отражается в различных уровнях правосознания. На обыденном уровне закон отражается как любой правовой акт, который необходимо соблюдать и исполнять. На уровне профессионального правосознания закон выступает как правовой акт исключительно высших органов государственной власти, он обладает высшей юридической силой и находится в соподчинении с подзаконными юридическими актами. Для научного правосознания закон — это правовой текст, содержащий правовые нормы, прошедший социальную легитимацию, содержащий первичные нормы права. Именно научное правосознание вводит в обиход понятие «правовой закон». Таким образом, вне сознания социальных субъектов, их правосознания право существовать не может, но оно по-разному понимается субъектами права.

По-иному видится механизм реализации права при правоприменительной деятельности компетентных органов, обладающих властными полномочиями. В свое время П. И. Недбайло выдвинул идею о применении права не только государственно-властными органами, но и гражданами, которые, по мысли автора, осуществляют такую деятельность, например, будучи народными заседателями, участвующими в охране общественного порядка, и т. п.³⁵ Конструкция граждан как субъектов применения права не нашла поддержки юридической общественности, и дело не только в том, что субъекты применения права должны обладать властными полномочиями. Применение права вклинивается в процесс реализации права, доводит до завершения процесс правового регулирования, обладает особым механизмом. При этом применение права осуществляется не «для себя», а для лиц, не являющихся субъектами правоприменительной деятельности. Именно в их интересах осуществляется подобная деятельность. Известны случаи, когда необходима такая деятельность:

- когда права и обязанности субъектов вообще не могут быть реализованы без вынесения правоприменительного решения с использованием регулятивных правовых средств (пенсионные правоотношения, права и обязанности по несению воинской службы и т. п.);

- когда определенные правоотношения проходят контроль со стороны правоприменительных органов (регистрационная правоприменительная деятельность);

- при официальном установлении при специальной юридической процедуре наличия или отсутствия конкретных фактов, имеющих юридическое значение;

- при применении мер правового поощрения («поощрительных санкций»), имеющих юридические последствия;

- если существуют препятствия в реализации субъективных прав и в результате правоприменительной деятельности необходимо устранить эти препятствия (например, возратить вещь, неправомерно изъятую у собственника);

- в случаях неисполнения юридических обязанностей либо ненадлежащего их исполнения, когда к обязанному лицу применяются охранительно-обеспечительные правовые средства;

³⁵ Недбайло П. Е. Применение норм советского права. М., 1960. С. 127–133 и сл.

— при правовых «аномалиях», когда совершено правонарушение либо объективно противоправное деяние и в охранительных правоотношениях к конкретному лицу необходимо установить определенный вид и меру юридической ответственности или определить другие меры государственного принуждения.

Таким образом, особенности правоприменительной деятельности наиболее наглядно проявляются в следующих ее основных чертах.

1. Правоприменительная деятельность носит в большей степени «обслуживающий», обеспечительный характер в отношении субъектов, осуществляющих собственные права и обязанности в процессе непосредственной реализации права. Субъекты правоприменительной деятельности, обладающие властными полномочиями, применяют правовые средства преимущественно не «для себя», не в собственных интересах, а в целях разрешения конкретного дела, в отношении других лиц. Применение права на самом деле является не формой реализации права, как утверждается в большинстве исследований,³⁶ а особым способом реализации права, необходимым при особых обстоятельствах, когда участники непосредственной реализации по тем или иным причинам не могут осуществить права и обязанности своими собственными действиями и необходимо принятие в этих целях индивидуально-конкретного властного предписания.

2. По своему содержанию правоприменительная деятельность всегда является особой разновидностью властной юридической деятельности. Субъектами правоприменения являются лишь те лица (индивидуальные субъекты или организации), которые наделены властными полномочиями, обладают специальной правосубъектностью.

3. Правоприменительная деятельность осуществляется в режиме разрешительного типа регулирования с использованием императивных правовых средств регулятивного и охранительного значения в строгих процессуально-процедурных формах.

Правовое содержание правоприменительной деятельности всегда выражается в процессуально-процедурных формах ее осуществления с применением специальных процессуальных правовых средств и юридических процедур³⁷ и носит строгий формализованный характер. Такая формализация правоприменительной деятельности направлена, во-первых, на обеспечение реализации субъективных прав и обязанностей участников правоотношений в соответствии с нормами материального права; во-вторых, на осуществление самой правоприменительной деятельности в рамках определенных процессуальных правил и юридических процедур, выполнение которых способствует правильному и быстрому разрешению юридических дел. Процессуальные правовые средства являются своеобразным юридическим инструментарием правоприменителей, без использования и овладения которым не могут быть обеспечены требования,

³⁶ См. напр.: *Дюрягин И. Я.* Применение норм советского права. Свердловск, 1973. С. 8–10.

³⁷ *Юридическая процессуальная форма* / под ред. В. М. Горшенева, П. Е. Недбайло. М., 1976. С. 26–40; *Управленческие процедуры* / отв. ред. Б. М. Лазарев. М., 1988. С. 68–69; *Протасов В. Н.* Основы общеправовой процессуальной теории. М., 1991. С. 100 и сл. — При этом в современных исследованиях проводится различие между правовой процедурой как особым нормативно-установленным порядком осуществления юридической деятельности и юридическим процессом как комплексом юридических процедур: *Яковенко О. В.* Правовая процедура. Автореф. дис. ... к. ю. н. Саратов, 1999. С. 7.

предъявляемые к правоприменительной деятельности и ее результату — правоприменительным актам. При этом, закрепляя правомочия компетентных органов по осуществлению правоприменительной деятельности, законодатель в большинстве случаев предписывает активную деятельность субъектов,³⁸ без которой невозможно разрешение стоящих перед правоприменителем задач.

4. Правоприменительная деятельность по уровню использования правовых средств относится к разновидностям *профессиональной* юридической деятельности. К иным видам такой деятельности относятся: правотворческая деятельность, направленная на разработку, принятие, введение в действие нормативно-правовых актов; интерпретационная деятельность по официальному нормативному толкованию правовых норм, в результате которой вырабатываются правовоположения и правовые позиции, имеющие обязательное значение для реализации правовых норм. И дело не только в том, что профессиональная юридическая деятельность «всегда связана с юридической профессией».³⁹ Правоприменительная деятельность в любой ее разновидности (судебная, прокурорская, нотариальная, управленческая и др.) требует определенной профессиональной подготовки и квалификации, умений, навыков, готовности к применению специальных правовых средств при разрешении юридических ситуаций. Субъекты такой деятельности в некоторых случаях могут не иметь юридической квалификации дипломированного юриста-профессионала, но они должны обладать специальными юридическими знаниями, умениями, навыками для производства необходимых действий и операций по применению правовых норм. Именно в этом ее отличие от фактического правомерного поведения и правовой активности субъектов при непосредственных формах реализации права в повседневных отношениях.

5. Правоприменительная деятельность всегда связана с разрешением конкретного дела, в результате которого устанавливается наличие или отсутствие субъективных прав и юридических обязанностей участников правоотношений, определяются их мера и объем, в охранительных правоотношениях при применении санкций определяются вид и мера юридической ответственности.

Таким образом, правоприменительная деятельность является особым, властным способом реализации права, сопровождается предельно строгим и точным использованием процессуально-процедурных средств и направлена на разрешение конкретного юридического дела. Структура правоприменительной деятельности может быть представлена как ее строение, определенное расположение и взаимозависимость основных элементов и связей, которые обеспечивают ее целостность, сохраняют ее свойства и функции.

Таковы некоторые свойства права, изложенные с точки зрения инструментальной ценности. Как показали наши исследования, указанные

³⁸ Правоприменитель всегда должен быть активен. Поэтому «правовая активность» как специальная юридическая категория неприменима к характеристике правоприменительной деятельности. Инициативная работа правоприменительных органов должна быть освещена при помощи других понятий, таких как качество, эффективность и др. (Алексеев С. С. Теория права. М., 1995. С. 261).

³⁹ Леушин В. И. Юридическая практика в системе социалистических общественных отношений. Красноярск, 1987. С. 82–83. — Близки к этому и положения, высказанные нами ранее: Сапун В. А. Социалистическое правосознание и реализация советского права. Владивосток, 1984. С. 72–73.

свойства права рассматриваются в различных школах правопонимания, в том числе в весьма перспективной коммуникативной теории права, разработанной А. В. Поляковым.

Правоприменителям в сегодняшней России инструментальная ценность коммуникативной теории права может представляться неочевидной и даже сомнительной. И тем не менее эта ее ценность для правового будущего России несомненна.

В связи с этим в заключение процитируем знаменитую работу «Борьба за право» (выдержавшую еще при жизни автора 10 изданий на его родине) одного из создателей социологии права — Рудольфа фон Иеринга: «Право есть непрерывная работа и притом не только государственной власти, но и всего народа. Вся жизнь права, если окинуть взором всю ее в целом, представляет нам то же зрелище неустанной борьбы и работы целой нации, какое являет ее деятельность в области экономического и духовного творчества. Каждый отдельный человек, встречающийся с необходимостью отстаивать свое право, принимает участие в этой национальной работе, вносит свою скромную лепту в дело осуществления правовой идеи на земле».⁴⁰ А ведь всего за 25 лет до первого издания «Борьбы за право» прусский король Фридрих-Вильгельм IV, выступая 11 апреля 1847 г. на открытии Соединенного ландтага, произнес: «Я никогда не позволю, чтобы между господом, нашим небесным владыкой, и этой страной стал, словно второе провидение, исписанный лист бумаги и чтобы его параграфы правили нами. Корона не может и не должна зависеть от воли большинства».⁴¹

⁴⁰ Иеринг Р. Борьба за право // Иеринг Р. Избранные труды. В 2 т. Т. I. СПб., 2006. С. 24.

⁴¹ История XIX века. В 8 т. / под ред. Лависса и Рамбо. М., 1938. Т. 4. С. 87 (автор раздела «Германский союз» — Э. Дени).

ИДЕЯ ПРАВОВОЙ КОММУНИКАЦИИ И СОВРЕМЕННАЯ АНТРОПОЛОГИЯ ПРАВА

В. И. ПАВЛОВ*

В статье рассматриваются основные идеи коммуникативной концепции права профессора А. В. Полякова, а также осуществляется сравнение основных положений данной концепции с современной антропологией права. На основании краткого обзора развития русской правовой мысли автор рассматривает этап перехода юридической науки к постклассической традиции, отмечая причины и условия ее зарождения, затем исследует коммуникативную теорию права как разновидность постклассической правовой концепции, после чего производит сравнение коммуникативной теории права с современной антропологией права, которая также развивается в русле постклассической традиции.

Основные выводы исследования: 1) основной новацией коммуникативной теории права А. В. Полякова стало введение концепта «правовая коммуникация», который выполнял роль не только связующего и объясняющего звена в правовой реальности, но и ядра целого теоретико-правового аппарата; 2) главный замысел разработки коммуникативной теории права состоял в обосновании принципиальной intersubjective природы права — права как образования, формируемого и существующего только за счет взаимодействия, взаимопонимания, согласия людей на основе общей смысловой понятности; 3) современная антропология права и коммуникативная теория права развиваются в одной методологической плоскости, однако они имеют и различия, главное из которых состоит в том, что А. В. Поляков в качестве концептуального ядра правовой теории помещает правовую коммуникацию между субъектами права, сам intersubjective процесс, в то время как антропология права в первую очередь исследует сам субъект права, точнее, агента правового существования, которого условно можно назвать правовым человеком.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: русская правовая мысль, коммуникативная теория права, правовая коммуникация, антропология права, субъект права, правовой человек.



Павлов Вадим Иванович,
кандидат юридических наук,
доцент, начальник кафедры
теории и истории государства
и права Академии МВД
Республики Беларусь

* Pavlov Vadim Ivanovich — candidate of legal Sciences, associate professor, head of the Department of the Theory and History of State and Law, Academy of the Ministry of Internal Affairs of the Republic of Belarus.

E-mail: vadim_pavlov@tut.by

© Павлов В. И., 2014

PAVLOV V. I. THE IDEA OF LEGAL COMMUNICATION AND THE MODERN ANTHROPOLOGY OF LAW

The article deals with the basic ideas of the communicative concept of law by professor A. V. Polyakov and compares the main provisions of this concept with the modern anthropology of law. Based on a brief overview of the development of the Russian legal thought, the author considers the stage of transition of the legal science to a post-classical tradition, indicating the reasons and conditions of origins, then he studies the communicative theory of law as a form of the post-classical legal concept. After that the author compares the communicative theory of law with the modern anthropology of law which is also viewed in the context of the post-classical tradition.

The main outcomes of the research are as follows: 1) introduction of the concept “legal communication” was the main novation of A. V. Polyakov’s communicative theory of law. This concept served not only as a binding and explaining element in the legal reality, but also as a core of the theoretical and legal mechanism; 2) the main aim of developing the communicative theory of law was to substantiate the essential intersubjective nature of the law — the law as a formation which is being formed and exists only due to interaction, mutual understanding, agreement of persons on the basis of common conceptual apprehensibility; 3) the modern anthropology of law and the communicative theory of law are being developed in one methodological framework, however there are differences between them. The main difference is connected with the fact that A. V. Polyakov uses the legal communication between right holders, the intersubjective process itself as a conceptual core of the legal theory, while the anthropology of law primarily studies a right holder or, to be more precise, an agent of legal existence who can be figuratively called a legal human being.

KEYWORDS: russian legal thought, communicative theory of law, legal communication, anthropology of law, right holder, legal human being.

Введение. Юридическая наука всегда проявляла интерес не только к собственно юриспруденции, практике работы с юридическим, но и к способам осмысления этого юридического, способам мышления права и государства. История правовой мысли свидетельствует о существовании различных путей осмысления права, различных способов представления правовой реальности, одни из которых утратили свое значение, стали достоянием «археологии правовой мысли», другие, напротив, сохраняют свое значение и подвергаются все новым и новым современным актуализациям. Как бы то ни было, следует признать, что на любом этапе развития каждого общества в его недрах всегда формировался своего рода очевидный или неочевидный запрос на определенное правовое представление, которое, становясь господствующим способом осмысления и, следовательно, отношения к государству и праву, определяло пути развития юридической практики.

Восточнославянский цивилизационно-культурный регион (прежде всего, мы включаем в него Россию, Беларусь и Украину), равно как и другие цивилизационно-культурные общности, имеет свою уникальную судьбу, историю ответов на актуальные проблемы государственно-правовой жизни. Изначально история древнерусского правового дискурса, равно как и история древнерусской государственности и культуры, была тесно связана с византийской цивилизацией, от которой была воспринята религия, «вера греческая» — важнейший для эпохи Средневековья фактор социальной онтологии. И русская государственность, и русское право, особенно

в допетровский период, были фундированы восточно-христианскими цивилизационно-культурными содержаниями — соответственно, и русская правовая мысль, в чем мы убеждаемся по дошедшим до нас политико-правовым трактатам, также была ориентирована на связанность способов понимания государственно-правовой реальности православной традицией.¹ Достаточно назвать сочинения митрополита киевского Илариона, Владимира Мономаха, монаха Даниила, старца Филофея, преподобных Иосифа Волоцкого, Нила Сорского и Максима Грека, полемику Андрея Курбского и царя Ивана Грозного и другие трактаты, чтобы убедиться в определяющем влиянии православной традиции на формирование русской государственно-правовой мысли. С XVIII в. Россия начинает активно усваивать уже другую, западноевропейскую юридическую интеллектуальную традицию, что выразилось в подготовке первых российских профессоров права в европейских университетах, в создании самостоятельных правовых школ по аналогу западных правовых концепций, в становлении юридической науки как социального института. Однако изначальный, базовый цивилизационно-культурный субстрат продолжал давать о себе знать и в XIX в. (полемика славянофилов и западников, философия права В. С. Соловьева и мыслителей всей софиологической линии), и в XX столетии (представители русской эмиграции). Полагаем, что проблема первичных цивилизационно-культурных оснований не чужда русскоязычной правовой мысли и сегодня.

Постоянная потребность в некоем своеобразном, уникальном понимании мира обусловлена, на наш взгляд, присущей русскому правовому сознанию глубинной интуицией, возможно, неким неотрефлексированным чувством отличия (особенно на фоне господства западного рационального сознания) способа понимания и строения как наличного, фактического антропологического опыта, образа человека юридического, так и опыта осуществления социальных, а следовательно, и правовых отношений. Видимо, русскому философско-правовому мышлению всегда казалось недостаточно аппаратных средств римской правовой традиции, чтобы исчерпать чувство, переживание, событие существования человека в мире юридического. Предваряя здесь разговор о постклассике и коммуникативной теории права, следует сказать, что в итоге отличие и своеобразие, в некоторой степени инаковость русской правовой мысли по отношению к ставшему классическим в Новое время решению философско-правовых вопросов (картезианство и эмпиризм) оказались не случайными: именно на этапе формирования постклассической методологии на Западе во второй половине XX в. открылась новая возможность неожиданных сближений западной мысли и того формата правовых вопросов, которые ставились в досоветский период в России. В связи с этим, например, симптоматична реакция русских мыслителей эмиграции (Г. Д. Гурвича, Н. А. Бердяева и др.) на первые западные постклассические проекты. Так, в частности, Н. А. Бердяев о «Бытии и времени» М. Хайдеггера говорил, что философия немецкого мыслителя «насыщена истинами христианского откровения и христианского вероучения, она имеет теологические предпосылки... феноменологическая по форме, [она] есть *христианская метафизика без Бога* и за ней скрыта религиозная тревога» (курсив наш. — В. П.).² Думается, такая реакция была неслучайной, ведь по многим позициям постклассическая

¹ Тимошина Е. В. История русской философии права: эпоха Средневековья. Учеб. пособие. СПб., 2014.

² Бердяев Н. О новейших течениях в немецкой философии // Путь. 1930. № 24. С. 119.

мысль открыла возможность возвращения к до-новоевропейскому способу понимания правовой реальности, в том числе реабилитации религиозного дискурса, который сегодня в западной мысли играет не последнее значение (не следует забывать, что многие представители постклассической западной мысли, например, Г. Гадамер, П. Рикер, Ж.-Л. Марион, Э. Левинас и др., были открыты к работе в пространстве религиозного дискурса).³

Вообще XX в. можно назвать эпохой крушения многих очевидностей — к гуманитаристике, в том числе и к правовой науке, это относится не в последнюю очередь. В XX столетии на родине классической римской правовой традиции, преимущественно в Германии и во Франции, возникли первые теоретические системы и концепции, которые переосмысливали, ставили под вопрос классическое философское представление, прежде всего, новоевропейское мышление. Несмотря на традиционную замкнутость и автономность юридического научного сообщества, тем не менее, обойти стороной эти новые неклассические стили мышления было сложно. Постепенно стали появляться правовые концепции, которые по-иному пытались описать и представить правовую реальность. На Западе в правовых исследованиях стали все больше использоваться методы феноменологии, герменевтики, структурализма и постструктурализма, ведь они потенциально выступали такими же методами работы с правовой реальностью, каковыми были классический рационализм и эмпиризм, положенные в основу классических типов правопонимания (юснатурализм, позитивизм, социологизм).

В советской юриспруденции на протяжении всего периода ее существования позитивистская традиция сохраняла ведущие позиции, однако в 1990-е гг. правоведы начали открыто изучать так называемые буржуазные правовые теории, в том числе и новейшие. Лидирующие позиции по понятным причинам занимала либеральная правовая мысль в ее различных модификациях, в основном формировавшаяся на базе естественно-правовых концепций. Движение от позитивизма к либерализму теоретически, концептуально оказалось не таким уж и трудным, однако уже к концу 1990-х гг. — началу 2000-х гг. эвристический потенциал либеральных доктрин был практически исчерпан и в науке начали высказываться идеи о поиске так называемого интегрального типа правопонимания. Кроме того, более уверенно зазвучал тезис о постнеклассической рациональности, о дифференциации всех правовых концепций как минимум на классические и постклассические.⁴ Были созданы определенные предпосылки для выдвижения правовых концепций на базе ранее неизвестных юридической науке эпистемических образований. Одним из таких образований и стал концепт «правовая коммуникация». Вместе с тем, и это нужно подчеркнуть особенно, освоение западных философских систем несколько отодвинуло на задний план обращение к восточно-христианскому изводу отечественной политико-правовой традиции, не говоря уже о том, что современная социальная ситуация, состояние современного общества не способствуют этому. Данный вопрос и сегодня остается открытым. Вместе с тем на проверку оказалось, что постклассическая мысль в некотором отношении оказалась более близкой к изначальным цивилизационно-культурным основаниям русского правового дискурса, нежели классическая,

³ *Who comes after the subject?* / [edited by] Eduardo Cavada, Peter Connor, Jean Luc Nancy: [Copyright]; Printed in the USA. New York; London, 1991.

⁴ Наиболее полно и одним из первых среди теоретиков права этот вопрос освещен профессором И. Л. Честновым.

новоевропейская традиция. И именно это обстоятельство позволяет нам говорить о современной актуальности постклассической правовой мысли с позиции ее цивилизационно-культурной близости нашей традиции по сравнению с новоевропейской правовой мыслью, и о возможности в рамках этого постклассического дискурса более свободно формировать собственный способ отношения к правовой реальности.

Концепция правовой коммуникации профессора А. В. Полякова: общая характеристика и значение. Одним из первых теоретиков права, приступивших к созданию подобной концепции, стал профессор Санкт-Петербургского государственного университета Андрей Васильевич Поляков, капитальные итоговые работы которого увидели свет в начале 2000-х гг. Основной новацией ученого стало введение концепта «правовая коммуникация», который выполнял роль не только связующего и объясняющего звена в правовой реальности, но и плавильного тигля, ядра целого теоретико-правового аппарата. Для многих теоретиков права, особенно представителей юридического позитивизма, обоснование такой правовой концепции было неожиданностью, поскольку ничего подобного со времен, пожалуй, Л. И. Петражицкого в среде юристов не появлялось.

Идея правовой коммуникации была разработана А. В. Поляковым на основе восприятия положений западных исследователей-феноменологов и теоретиков коммуникации. Известный курс лекций⁵ Андрея Васильевича отличался крайней глубиной и широтой проработки каждого вопроса, примечания, в которых автор в сжатом виде фактически знакомил читателя с целыми философскими и юридическими концепциями, нередко занимали большую часть страницы по отношению к основному тексту. Сам по себе такой способ изложения материала говорил о том, что автор решает несколько задач: во-первых, он раскрывает философско-правовой контекст коммуникативной теории права; во-вторых, он показывает сложность и методологическую неоднозначность, казалось бы, известных и устоявшихся вещей в рамках общеправовой теории; в-третьих, он осуществляет интерпретацию, причем показывая все условия и ход ее осуществления. Конечно, такое учебное издание не могло не быть сложным для усвоения не только студентами, но и преподавателями общей теории права в ее традиционном виде. Вместе с тем обоснование коммуникативного подхода к праву фактически являлось обоснованием нового описательного языка правовой реальности вне рамок классического правового представления, поэтому сложность издания была оправдана.

В чем заключался основной замысел автора относительно обоснования концепта «правовая коммуникация»? На наш взгляд, А. В. Поляков пытался показать принципиальную intersubjectивность природы права, или, по-другому, ее принципиальный характер как образования, формируемого и существующего только за счет взаимодействия, взаимопонимания, согласия людей на основе общей смысловой понятности. Как пишет сам автор, «право рассматривается... как сфера человеческого взаимодействия и взаимопонимания, согласия и компромисса, свободы и ответственности, равенства и справедливости... Право отнюдь не всегда представляет собой результат полного согласия и вершину справедливости, но хотя бы минимальное согласие и справедливость есть необходимая предпосылка

⁵ Поляков А. В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. Курс лекций. СПб., 2004.

права».⁶ Кроме того, смещение главного в праве (сознательно уходим здесь от использования термина «сущность») с эссенциальных, сущностных образований (воля государства, естественные права, социальные конвенции) на аспект коммуникации позволило А. В. Полякову обосновать надгосударственную природу права, при этом не перейдя на естественно-правовые позиции. Онтогенез права, по мнению ученого, осуществляется на когнитивном уровне, на уровне смыслового восприятия субъектов права в отношении (в коммуникации. — В. П.), в то время как существование права всегда связано с актуализированными правами и обязанностями (которые уже осмыслены. — В. П.) в деятельной форме.⁷ Правовая коммуникация требует наличия трех компонентов: 1) правовые тексты (знаковое выражение права), 2) субъекты права, и 3) реальная деятельность субъектов права. Субъекты права осуществляют интерпретацию правовых текстов и совершают юридически значимую деятельность — такова условная схема правовой коммуникации.

Следует отметить, что адекватное понимание коммуникативной теории права, равно как и любой постклассической правовой концепции, невозможно без знания ряда понятий постклассической гуманитаристики, разработанных и ставших сегодня общепринятыми в мировой мысли. Этот ряд включает такие понятия, как текст, смысл, событие, коммуникация, диалог, Другой, intersубъективность, знак, интерпретация, специальные понятия, разработанные М. Хайдеггером, и др. В рамках философских концепций второй половины XX в. через эти понятия была по-новому описана социальная реальность, вернее, мы бы сказали, ее описание было уточнено и нюансировано, вследствие чего открылась сложность социального и жизненного мира по сравнению с тем представлением, которое было сформировано в Новое время. Таким образом, если пытаться подойти к постклассической правовой концепции вне данного ряда понятий, адекватного понимания не получится. Именно поэтому нередко критика постклассических правовых концепций не является конструктивной, поскольку предпринимается с других эпистемологических позиций, в обход постклассического языка и т. д.

Значение коммуникативной теории права мы усматриваем в нескольких аспектах. Во-первых, концепция профессора Полякова А. В. была одной из первых, а, учитывая издание курса лекций, фактически первой русскоязычной постклассической разработкой в правоведении, которая дала опыт и представление о возможности мыслить правовую реальность в постклассическом контексте. Коммуникативная теория права стала своего рода интеллектуальной витриной русскоязычного постклассического правоведения. Во-вторых, во многом именно формирование петербургской школы философии права позволило установить контакты с западными коллегами-теоретиками и философами права, найти общий язык в обсуждении тех или иных проблем юридической науки. В-третьих, формирование самостоятельного направления через коммуникативную теорию права позволило молодым исследователям смелее работать с постклассической методологией. В целом значение коммуникативной теории права сложно переоценить, несмотря на продолжающуюся критику со стороны представителей классических подходов в правовой теории.

⁶ Поляков А. В. Нормативность правовой коммуникации // Правоведение. 2011. № 5. С. 27.

⁷ См. подробнее: Там же. С. 35.

Постклассическая антропология права и теория правовой коммуникации: правовой человек и правовая коммуникация. Наряду с коммуникативной теорией права, разрабатываемой профессором А. В. Поляковым, в поле постклассической правовой методологии сегодня ведется активная работа в рамках антропологии права, также претендующей на обоснование и разработку альтернативного методологического языка описания правовой реальности.⁸ Сразу следует сказать, что обе концепции весьма близки, так сказать, по своему духу, они оперируют одним и тем же рядом понятий классической и постклассической юриспруденции, по многим позициям взгляды представителей этих двух направлений идентичны. Как выразился профессор И. Л. Честнов — один из разработчиков-основателей постклассической социокультурной антропологии права, — представители этих направлений входят в своего рода «незримый колледж» современной постклассической правовой мысли.

И все же, несмотря на общее методологическое единство, антропология права и коммуникативная теория права имеют и различия. Многие из них, видимо, пока еще принципиально не могут быть прояснены из-за того, что сегодня все еще продолжается как разработка цельной и законченной антропологии права, так и совершенствование, дошлифовка тех или иных положений коммуникативной теории права А. В. Поляковым. Более того, антропология права, видимо, также не может быть сформулирована в рамках одного учебника — скорее следует вести речь о едином направлении антрополого-правовых исследований, об антропологической научной программе. Поэтому ниже мы остановимся на некоторых общих сравнительных характеристиках коммуникативной теории права и антропологии права, исходя из личных разработок, которые проводились нами в последние годы и нашли отражение в некоторых публикациях.⁹ В качестве опорных для сравнения понятий-концептов используем центральные в обоих подходах понятия — соответственно, «правовой человек» и «правовая коммуникация».

Нет сомнений в том, что идея правовой коммуникации и идея правового человека находятся в одном методологическом пространстве и обладают аппаратной совместимостью. Один концепт легко встраивается в другой и наоборот. Вместе с тем акценты в концепциях сделаны на различных правовых категориях: в коммуникативной теории — на правовой коммуникации (которая, напомним, не есть правовое отношение), в антропологии права — на правовом человеке (который также не отождествляется с категорией субъекта права). Это означает прежде всего, что А. В. Поляков в качестве концептуального ядра правовой теории помещает правовую коммуникацию между субъектами права, сам интерсубъективный процесс, в то время как антропология права, по крайней мере в нашем понимании, должна заниматься, в первую очередь, самим субъектом права, точнее,

⁸ Подробно см.: *Социокультурная антропология права*. Коллективная монография / под ред. Н. А. Исаева, И. Л. Честнова. СПб., 2015.

⁹ Павлов В. И. 1) Энергично-правовой дискурс как постклассическая антропология права. К началу деконструкции классической модели юридической ответственности // Правоведение. 2012. № 2. С. 14–39; 2) Кризис классической теории правовых ценностей и современная антропология права // Право в современном белорусском обществе. Сб. науч. трудов / Нац. центр законодательства и правовых исслед. Респ. Беларусь; ред.-колл.: В. И. Семенков (гл. ред.) [и др.]. Минск, 2014. Вып. 9. С. 72–80; *Социокультурная антропология права*. Коллективная монография / под ред. Н. А. Исаева, И. Л. Честнова. С. 10–84, 109–116. С. 331–338.

агентом правового существования, которого условно можно назвать правовым человеком.¹⁰

В коммуникативной теории права субъект права, сторона правовой коммуникации также берется в расчет, однако специфическим образом. Субъект права является предикатом правовой коммуникации, поскольку, как полагает А. В. Поляков, природа права не антропологична, а интерсубъективна. Антропология права же в принципе не оспаривает это положение, однако только в том случае, когда право понимается в модальности чуждости. Прежде всего, антропология права интересуется самими условиями и процессом правового существования субъекта права, и даже правовая коммуникация рассматривается здесь без потери антропологических содержаний — без смещения акцента с субъекта на коммуникацию. На сегодняшний день, насколько нам известно, процесс взаимодействия субъектов права в рамках антропологии права наиболее подробно описан И. Л. Честновым,¹¹ однако антропологический проект Ильи Львовича также близок к социально-антропологическому контексту, что, в принципе, сближает постановку проблемы о коммуникации и субъекте в его концепции с теорией А. В. Полякова.

Рассмотрение А. В. Поляковым правовой коммуникации в качестве своего рода эпистемологического ядра правовой теории накладывает определенные связанности на описание ученым и субъекта права. В самом общем виде, если мы правильно понимаем исходную посылку Андрея Васильевича, субъект права понимается им через перспективу другого [человека] (в коммуникации). Концепт Другого достаточно известен в современной гуманитаристике и является довольно продуктивным. Однако интерпретация Другого имеет довольно широкие вариации. «Коммуникацию, — говорит А. В. Поляков, — необходимо рассматривать как первичный и основной факт социальной жизни, факт, заставляющий *смотреть на человека через перспективу другого человека*. Если это не так, то никакая коммуникативная теория права невозможна» (курсив наш. — В. Л.).¹² Антропология же права несколько по-иному относится к субъекту права и процессу его конституирования. Прежде всего, само введение концепта «правовой человек» имело целью освободить описание и понимание человека в формально-правовом отношении (пусть даже и в правовой коммуникации) из-под власти когнитивного поля коррелирующих прав и обязанностей, правовых смыслов, извлеченных ими из правовых текстов. Антропология права настаивала на досубъектном и, следовательно, докоммуникативном (!) процессе формирования опыта правового существования, не отвечая при этом на вопрос о том, «что есть» или «что не есть право». Именно поэтому и был введен еще один специальный концепт, названный нами «правовая субъективация».¹³ Дело не в том, что правовая коммуникация утрачивает здесь свою значимость, а в том, что антропология права осуществляет дескрипцию правовой реальности по-другому. Возможно, есть смысл

¹⁰ Павлов В. И. «Смерть» субъекта права, или К вопросу о необходимости новой концепции «правового человека» // *Философия права*. 2010. № 3. С. 20–24.

¹¹ Честнов И. Л. *Постклассическая теория права*. Монография. СПб., 2012.

¹² Поляков А. В. *Нормативность правовой коммуникации* // *Правоведение*. 2011. № 5. С. 30.

¹³ Павлов В. И. *От субъекта права к правовой субъективации (к началам энергично-правового дискурса)* // *Наука теории и истории государства и права в поисках новых методологических решений*. Коллективная монография / отв. ред. А. А. Дорская. СПб., 2012. С. 115–133.

говорить о взаимной дополнительности антропологического и коммуникативного аспектов, однако при условии соблюдения предметных границ.

Еще одним вопросом, который также находится в центре антрополого-правового анализа, является вопрос о движителе правового человека в правовой реальности, либо, в коммуникативной теории права, — вопрос о мотивах и условиях вступления субъектов права в правовую коммуникацию. Как отмечает А. В. Поляков, «условием правовой коммуникации является не столько содержание информации и даже не столько ее прескриптивная форма, сколько *убеждающая сила*, без которой невозможна сама правовая коммуникация как практическое взаимодействие (курсив наш. — В. П.)».¹⁴ Однако вопрос об условиях или мотивах вступления в правовую коммуникацию с антропологической позиции является по своей природе докоммуникативным — он является вопросом антропологическим. Р. Иеринг, Н. М. Коркунов, советские теоретики права — марксисты давали свои, известные нам ответы на данный вопрос, однако, думается, как для антропологии права, так и для коммуникативной теории права указанный вопрос пока остается открытым. Возможно, именно по этой исследовательской линии и возможен концептуальный обмен между двумя постклассическими концепциями.

Заключение. В завершение хотелось бы несколько слов сказать о юбиляре и из личного опыта общения с Андреем Васильевичем. На наш взгляд, ученого отличает научное нелицеприятие, что сегодня не часто можно встретить. Возможность быть открытым, принять позицию другого в наше время дорогого стоит, и это, кстати, сугубо коммуникативная характеристика. Политика журнала «Правоведение», главным редактором которого является Андрей Васильевич, проводится в таком же ключе: в журнале публикуются оригинальные научные исследования, которые с традиционных позиций можно было бы смело именовать «неправильными теориями», своего рода маргиналиями, которые, как правило, даже у ярых критиков таких теорий нередко рожают новые идеи. В принципе, открытость и постоянная готовность к диалогу это и есть основное свойство коммуникации, которое и исповедует наш автор. Создается впечатление, что своей коммуникативной теорией права А. В. Поляков хочет повернуть людей друг к другу, сделать их ближе, в подтверждение чего и приведем выбранные нами четыре ярких иллюстрирующих пассажа из коммуникативной теории права:

- «право есть только там, где люди убеждены в том, что оно есть»;
- «право становится частью жизненного мира»;
- «вне коммуникации право вообще невозможно»;
- «право — это и есть правовая коммуникация».

Соглашаться с этими пассажами или нет — каждый решает самостоятельно, однако нет сомнений в том, что коммуникативная теория права уже по факту вошла в историю правовой мысли и заняла достойное место в традиции русской философии и теории права.

¹⁴ Поляков А. В. Нормативность правовой коммуникации // Правоведение. 2011. № 5. С. 37.

СОВРЕМЕННАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА В ПОИСКАХ ПОСТКЛАССИЧЕСКОЙ ПАРАДИГМЫ ПОЗНАНИЯ

Н. В. РАЗУБАЕВ*



Разубаев Николай Викторович,
кандидат юридических наук,
профессор кафедры
гражданского и трудового права
Северо-Западного института
управления Российской академии
народного хозяйства
и государственной службы

В статье рассматриваются предпосылки переживаемого современной теорией права кризиса, а также намечаются возможные пути его преодоления. По мнению автора, основной причиной данного кризиса является смена парадигмы познания, затронувшая в той или иной степени все науки, в том числе юридические. В работе показано, что история западной научной мысли характеризуется последовательной сменой трех парадигм: доклассической, сложившейся еще в античную эпоху; классической, сформировавшейся в XVII–XVIII вв.; и постклассической, переход к которой начался в XX в. Помимо всего прочего, эти парадигмы различались представлением о законах, познание которых является основной целью научной деятельности. В рамках доклассической парадигмы закон рассматривался как правило, подлежащее практическому применению. Классическая наука видела в законах универсальную причинно-следственную связь событий и явлений, объективно присущую самой реальности. Наконец, постклассическая наука, исходящая из пред-

ставления о сконструированном характере реальности, видит в законах инструмент организации данных опыта, используемый в целях конструирования реальности (природной и социальной). Теория права, сложившаяся как наука раньше других (еще в Средние века), до сих пор находится под сильным влиянием доклассических представлений о научности. Вместе с тем в XIX–XX вв. сформировались основные типы современного понимания права, основанные на классической парадигме. Переход естественных и части социогуманитарных наук к неклассической картине мира не отразился на теории права, что обусловило ее отставание от других наук и, в конечном счете, кризис. По мнению автора, наиболее разработанной и глубокой версией неклассического понимания является коммуникативная теория права А. В. Полякова, основные положения которой анализируются в работе.

* Razuvaev Nickolay Victorovich — candidate of legal sciences, professor of the Department of Civil and Labour Law, North-West Institute of Management of the Russian Academy of National Economy and Public Administration.

E-mail: Nrasuvaev@yandex.ru

© Разубаев Н. В., 2014

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: парадигма, законы, классическая наука, объективизм, детерминизм, типы правопонимания, постклассическая парадигма, интересубъективность, конструирование реальности, коммуникация, коммуникативная теория права.

RAZUVAEV N. V. THE MODERN THEORY OF LAW IN SEARCH OF POST-CLASSICAL PARADIGM OF KNOWLEDGE

This article discusses the prerequisites of the crisis experienced by the modern legal theory, as well as possible ways to overcome it. According to the author, the main cause of the crisis is the change in the paradigm of knowledge which more or less affected all sciences, including legal sciences. The article shows that the history of the Western scientific thought is characterized by a succession of three paradigms: a pre-classical one established in the ancient times; a classical one formed in the 17th–18th centuries; and a post-classical one transition to which began in the 20th century. Among other things, these paradigms differ in their ideas about laws knowledge of which is the main purpose of the scientific activity. The pre-classical paradigm viewed the law as a rule subject to practical application. The classical science considered laws as the universal cause-and-effect relations between events and phenomena inherent in objective reality itself. Finally, the post-classical science, based on the notion of the constructed nature of reality, considers the laws as an instrument of experience data management used for the purposes of constructing the reality (natural and social ones). The theory of law that has been developed as a science before the others (in the Middle Ages) is still strongly influenced by pre-classical ideas about the scientific character. On the other hand, the main types of modern understanding of law based on the classical paradigm were formed in the 19th–20th centuries. The transition of natural sciences and partially of social sciences and the humanities to the non-classical picture of the world did not impact the theory of law, thus determining its delay in comparison with the other sciences and, ultimately, the crisis. According to the author, the most developed and the deepest version of non-classical law-understanding is a communicative theory of law by A. V. Polyakov the main provisions of which are analyzed in the paper.

KEYWORDS: paradigm, scientific laws, classical science, objectivism, determinism, types of law-understanding, post-classical paradigm, intersubjectivity, construction of reality, communication, communicative theory of law.

...непрерывный рост является существенным для рационального и эмпирического характера научного знания, и если наука перестает расти, она теряет этот характер. Именно способ роста делает науку рациональной и эмпирической.

*К. Поппер*¹

Для юридических наук, в особенности для теории права, исключительную важность с самого начала имела проблема определения четких критериев научности познания.² Решение указанной проблемы позволило бы дать, наконец, ответ на вопрос о том, является ли теория права наукой

¹ Поппер К. Предположения и опровержения. Рост научного знания // Поппер К. Логика и рост научного знания. Избр. работы. М., 1983. С. 325.

² О научности правового познания и ее критериях см., в частности: *Стандарты научности и homo juridicus* в свете философии права. Мат-лы пятых и шестых философско-правовых чтений памяти академика В. С. Нерсисянца. М., 2011.

со своими предметом, методологией и дисциплинарным статусом или же она в лучшем случае может рассматриваться в качестве специализированного раздела более общей научной теории (например, социологической),³ в худшем же представляет собой совокупность псевдопроблем и подлежит вытеснению, с одной стороны, философией и социологией права, а с другой — отраслевыми юридическими дисциплинами.⁴

Отсутствие исчерпывающего ответа на поставленный вопрос грозит со временем превратить теорию права в некое подобие этики, чья проблематика в настоящее время оказалась разделенной между философией и различными специальными науками (логикой, социологией, психологией и др.), занимая в них периферийное положение. Более того, постепенно распространяющееся убеждение в том, что этический дискурс принципиально свехрационален или даже внерационален,⁵ приводит к отказу многих ученых обсуждать критерии научности этики. В свете подобных умозаключений представляется весьма симптоматичной позиция С. С. Хоружего, видящего перспективу построения неклассической этики в возрождении постулатов византийского исихазма, имевшего внедоктринальную основу, напрямую связанную с тем мистическим опытом, который предопределял сущность данного учения.⁶ Незачем и говорить, что такая установка полностью исключает любую рациональную рефлексию по поводу морали, а это не только не способствует преодолению постигшего этику кризиса, но и, напротив, усугубляет его.

Приведенный пример видится нам тревожным предостережением для теории права (чью научность, впрочем, пока всерьез никто не оспаривает), в особенности учитывая тесную взаимосвязь предметов этики и юриспруденции, отмечавшуюся некоторыми мыслителями.⁷ Нетрудно также заметить, что, как и в случае с этикой, кризисное состояние современной правовой науки подготовлено самой ее историей. И хотя далее речь пойдет лишь о западной юриспруденции, это вовсе не означает, что мы считаем правильными ставшие в последние годы расхожими утверждения, согласно которым философская и научная мысль имеет некую «цивилизационную» специфику, в силу которой философия и наука на Западе якобы качественно отличаются от восточных.⁸ На наш взгляд, наука, при всем своеобразии проблем, стоящих перед учеными в различных обществах и в разные исторические эпохи, тем не менее, проходит в своем развитии одни и те же этапы, образующие единый для всего человечества

³ Денисов Ю. А., Спиридонов Л. И. Абстрактное и конкретное в советском правоведении. Л., 1987. С. 41.

⁴ Сравнительно недавно с такой мыслью выступил И. Ю. Козлихин: Козлихин И. Ю. О нетрадиционных подходах к праву // Козлихин И. Ю. Избранные труды. М., 2008. С. 348.

⁵ Наиболее известным выражением этого убеждения стала знаменитая максима Л. Витгенштейна: «То, о чем нельзя сказать, следует обойти молчанием» (Витгенштейн Л. Логико-философский трактат. М., 2010. С. 149).

⁶ Хоружий С. С. Кризис классической европейской этики в антропологической перспективе // Этика науки / отв. ред. В. Н. Игнатьев. М., 2007. С. 85–97.

⁷ Cohen H. System der Philosophie. Bd. II. Ethik des reinen Willens. Berlin, 1904. S. 62–63.

⁸ См. об этом, напр.: Степин В. С. Мировоззренческие универсалии как основание культуры // Универсалии восточных культур / отв. ред. М. Т. Степанянц. М., 2001. С. 14–41; Петрунин Ю. Ю. Почему идея вечного двигателя не существовала на Востоке // Петрунин Ю. Ю. Призрак Царьграда: неразрешимые задачи в русской и восточной культуре. М., 2006. С. 75–82; Хоружий С. С. Кризис классической европейской этики... С. 89–90; и др.

эпистемологический процесс,⁹ сопоставимый, в частности, с мировым литературным процессом, достаточно всесторонне изученным в трудах ряда отечественных авторов (прежде всего Н. И. Конрада).¹⁰

Сказанное в полной мере касается и правового познания, юридической науки. Мы исходим из того, что каждый этап эволюции правового познания характеризуется господством той или иной системной установки, задающей критерии и идеалы научности, а также определяющей круг решаемых проблем. Такие системные установки на примере классического естествознания XVII–XVIII вв. в общих чертах были рассмотрены Т. Куном, давшим им название научных *парадигм*. Известно, что теория парадигм, разработанная Куном, по мнению ряда авторов, отличается крайней нечеткостью¹¹ и вызывает ряд критических замечаний, направленных на ее уточнение или опровержение.¹² Однако поскольку конкретизация данного понятия не входит в задачи настоящей статьи, мы будем считать релевантным исходное куновское определение, в соответствии с которым парадигмы суть «признанные всеми научные достижения, которые в течение определенного времени дают научному сообществу модель постановки проблем и их решений».¹³

*
* *

Хотя теория парадигм не принимает во внимание эволюцию гуманитарного знания, существуют достаточные основания полагать, что в истории гуманитарных наук также можно констатировать смену парадигм, аналогичную той, что имела место в истории естествознания. В этом смысле правовая наука не составляет исключения: ее историю также можно представить в виде динамики парадигм, последовательно сменяющих друг друга. Причем до определенного момента парадигма правового познания в целом была тождественной парадигмам, существовавшим в других науках. Так, в период своего становления в Древнем Риме юриспруденция мыслилась как наука нормативная, к тому же имеющая чисто прикладную

⁹ Весьма интересной и многообещающей (хотя и далеко не бесспорной) попыткой описания этого процесса является эволюционная эпистемология К. Поппера: *Поппер К. Объективное знание. Эволюционный подход* // Поппер К. Логика и рост научного знания. С. 439 и сл.

¹⁰ См., в частности: *Конрад Н. И.* К вопросу о литературных связях // *Известия АН СССР. Отдел литературы и языка*. М., 1957. Т. XVI. Вып. 4. С. 301–310; *Благой Д. Д., Самарин Р. М., Конрад Н. И., Лаврецкий И. М., Лихачев Д. С., Фетисов М. И., Фохт У. Р., Чичеров В. И.* Закономерности развития художественной литературы (материалы к изучению проблемы) // *Известия АН СССР. Отдел литературы и языка*. М., 1957. Т. XVI. Вып. 6. С. 493–508; *Виппер Ю. Б.* Вступительные замечания // *История всемирной литературы*. В 8 т. Т. 1. / отв. ред. И. С. Брагинский. М., 1983. С. 5.

¹¹ *Полетаев А. В.* Классика в общественных науках // *Классика и классики в социальном и гуманитарном знании* / отв. ред. И. М. Савельева, А. В. Полетаев. М., 2009. С. 31. — Представляется, однако, что куновский термин вызывает в своей интерпретации все же меньшие теоретические затруднения, чем альтернативная ему категория «эпистемы», предложенная Мишелем Фуко (*Фуко М.* Слова и вещи. Археология гуманитарных наук. М., 1979).

¹² См., напр.: *Masterman M.* The Nature of Paradigm // *Criticism and the Growth of Knowledge* / eds. I. Lakatos, A. Musgrave. Cambridge, 1970. P. 59–89; *Toulmin S.* Human Understanding. Oxford, 1972; *Поппер К.* Логика научного исследования // Поппер К. Логика и рост научного знания. С. 49–57.

¹³ *Кун Т.* Структура научных революций. М., 1977. С. 11.

направленность, чьей главной целью являлось не выявление общих закономерностей, присущих правовой реальности, а описание и каталогизация конкретных случаев (казусов) и выработка на их основе предписаний, как в таких ситуациях надлежит поступать.¹⁴

Рекомендации римских юристов, как правило, формулировались на случай судебного разбирательства и были адресованы не столько участникам регулируемых отношений, сколько судье, выступающему арбитром в споре.¹⁵ Результатом подобной сугубо прикладной направленности римской юриспруденции стало подчеркнутое недоверие ее представителей к любым общим положениям и выводам как в праве, так и, соответственно, в науке о нем. Недаром высказывание Яволена гласило: «В гражданском праве всякое общее положение опасно, ведь недостаточно того, чтобы оно не могло быть опровергнуто».¹⁶ Таким образом, бесспорными являются как прескриптивность, так и практическая ориентированность правовой науки на раннем этапе ее развития, позволявшие юридической доктрине во многих обществах становиться не просто учением о праве, но самим правом как таковым.¹⁷

Сходными чертами характеризовались и другие науки древности, в том числе те, которые в настоящее время рассматриваются в качестве эталона научности, подобно математике и лингвистике. Так, математика в Древней Греции в значительной степени была ориентирована на практические потребности, в том числе возникавшие в процессе обучения. Несмотря на высокую степень сложности решаемых античными математиками задач и применявшийся ими дедуктивный метод, математика, включая теорию чисел, имела сугубо наглядный характер: все арифметические и алгебраические понятия передавались через геометрические фигуры и операции с ними.¹⁸ Вот почему древним грекам были чужды абстрактные построения, столь богато представленные в трудах современных ученых.

Даже дедуктивный аксиоматический метод, использовавшийся в трудах античных математиков, демонстрирует наглядное сходство с тем методом, который лежал в основе римской юриспруденции. Это сходство можно обнаружить, обратившись к «Началам» Евклида (III в. до н. э.), где изложение материала имеет структуру, весьма напоминающую структуру римских юридических трактатов. Здесь сначала приведены чисто технические дефиниции используемых далее понятий (таких как точка, прямая,

¹⁴ Dawson J. P. The Oracles of Law. Ann Arbor (Mich.), 1968. P. 114–115.

¹⁵ Stein P. *Regulae Iuris: From Iuristic Rules to Legal Maxims*. Edinburgh, 1966. P. 37 ff.

¹⁶ *Iav. 11 ep., D. 50.17.202 («Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset»)*. — В этом фрагменте впервые и, что характерно, именно на правовом материале ставится проблема противоречия между истинностью и неопровержимостью формулируемых суждений, впоследствии эксплицированная в виде парадокса, известного, как «Чайник Рассела» (*Russel B. Is There a God? // The Collected Papers of Bertrand Russel*. Vol. 11. Last Philosophical Testament, 1943–1968. London; New York, 1997. P. 543–548).

¹⁷ О месте, занимаемом доктриной в различных правовых системах и в право-творческой деятельности юристов, см.: *Ghoshal U. N. A History of Indian Political Ideas*. Oxford, 1959. P. 207; *Varma V. P. Studies in Hindu Political Thought and its Metaphysical Foundation*. Delhi, 1974. P. 334–335; *Anderson N. Laws Reform in the Muslim World*. London, 1976. P. 7 ff; *Englard I. Law and Religion in Israel // The American Journal of Comparative Law*. 1987. N 1. P. 206–207; *Melchert Ch. The Formation of the Sunni Schools of Law 9th–10th Centuries C. E. Leiden*, 1997.

¹⁸ Ван дер Варден Б. Л. Пробуждающаяся наука. Математика древнего Египта, Вавилона и Греции. М., 1959. С. 165–166.

угол, окружность и т. п.), затем вводится ряд постулатов и аксиом, даваемых без доказательств как интуитивно самоочевидные, и, наконец, формулируются так называемые предложения. Причем обращает на себя внимание то, что среди евклидовых «предложений» присутствуют как теоремы в строгом смысле слова, так и задачи на построение.¹⁹ Подобный подход наводит на мысль о том, что «Начала» представляли собой не столько научное исследование, сколько свод практических правил, руководствуясь которыми читатель мог научиться выполнять операции с геометрическими фигурами. Иными словами, они выполняли ту же прескриптивную функцию, какую в наши дни выполняют различного рода учебники и справочники, что, в свою очередь, предполагает дидактическое предназначение «Начал».²⁰

Аналогичные прикладные и дидактические цели преследовала и античная лингвистика, которую интересовали не языковые явления как таковые, а их фиксация в литературных памятниках. В частности, античный грамматик Тираннион (II–I вв. до н. э.) выделяет следующие виды филологических штудий: «чтение, толкование текстов, исправление, оценку»,²¹ откуда напрашивается прямая параллель с *cavere, agere, respondere* римских юристов республиканской эпохи.²² Кроме того, важным направлением деятельности античных грамматиков являлось нормирование устной и письменной речи.²³ В этом своем аспекте грамматика рассматривалась уже не как наука, а как искусство (*téchne*), позволяющее овладеть правильной речью.²⁴ Представляется, что именно на разрешение этой сугубо прикладной задачи была направлен спор между «аналогистами» и «аномалистами», считающийся одной из первых языковедческих научных дискуссий. Иными словами, языкознание в античную эпоху было такой же нормативной наукой, как и математика или юриспруденция.

Сформировавшаяся в античный период парадигма научного знания (назовем ее *доклассической*) сохраняет свое значение и в Средние века, причем на развитие средневековой правовой доктрины определяющее влияние оказывали две тенденции. С одной стороны, широко применяя методы античных философов (прежде всего Аристотеля) и западно-

¹⁹ *Начала* Евклида. Книги I–VI / пер. с греч. и коммент. Д. Д. Мордухай-Болтовского. М., 1948.

²⁰ Не случайно Б. Л. Ван дер Варден называет Евклида «величайшим школьным учителем, которого только знает история математики» (*Ван дер Варден Б. Л. Пробуждающаяся наука*. С. 268). Заметим, что еще более отчетливо эта прескриптивная функция проявилась в позднеантичную эпоху в таких философско-математических трактатах, как «Введение в арифметику» Никомаха Герасского (*Никомах Герасский. Введение в арифметику*. Новосибирск, 2006) или «Теологумены арифметики» неоплатоника Ямвлиха (*Теологумены арифметики* / пер. В. В. Бибикина, А. И. Щетникова. Новосибирск, 2007).

²¹ Фрейберг Л. А. Литературная критика в эпоху александрийской образованности // *Древнегреческая литературная критика* / отв. ред. Л. А. Фрейберг. М., 1975. С. 191.

²² Дождев Д. В. Римское частное право. 3-е изд., испр. и доп. М., 2008. С. 112. — См. также: *Cancellato F. Per una revisione del «cavere» dei giureconsulti repubblicani* // *Studi E. Volterra*. Vol. 5. Milano, 1971. P. 611–645.

²³ См. об этом, в частности: *Мажуга В. И.* Диомед и Харизий о лексической норме // *Colloquia classica et indo-europeica II*. Классическая филология и индоевропейское языкознание / под ред. Н. Н. Казанского. СПб., 2000. С. 74–85.

²⁴ Таковы определения грамматики, принадлежавшие Дионисию Фракийскому, Асклепиаду, Деметрию Хлору и ряду других авторов (*Античные теории языка и стиля* (антология текстов) / общ. ред. О. М. Фрейденберг. СПб., 1996. С. 111–112).

европейских схоластов,²⁵ юристы оказались в состоянии перейти от описания конкретных казусов к созданию общих теорий,²⁶ и в этом смысле средневековая юриспруденция гораздо больше, чем юриспруденция Древнего Рима, удовлетворяет современным критериям и идеалам научного знания.²⁷ С другой стороны, именно для средневековой правовой науки приобретают особое значение в качестве предмета исследования принципы должностования, что, в конечном счете, повлекло за собой последующую догматизацию юриспруденции, в том числе теории права, рассматривавшейся в качестве «науки о должном».²⁸ Не случайно один из крупнейших средневековых английских юристов Г. Бракстон в своем «Трактате о законах и обычаях Англии» вслед за Ульпианом определяет науку о праве как «знание о справедливом и несправедливом».²⁹ В итоге нормативный характер средневековых правовых теорий получает еще более яркое выражение по сравнению с античностью. В числе прочего этому способствовало стремление средневековых правоведов, таких как Р. Луллий, считающийся основоположником теории права, дедуктивно вывести все многообразие правовых явлений из ограниченного набора общих принципов *ius naturale*, согласовав с ним право позитивное.³⁰

Представляется, что именно в этом кроется главная причина разнонаправленности векторов дальнейшего развития юриспруденции, в частности теории права, с одной стороны, и иных наук (прежде всего естественных, но и ряда социогуманитарных) — с другой. В самом деле, формирование теории права как науки происходит в Средние века, т. е. в период безраздельного господства доклассической парадигмы со всеми ее особенностями, рассмотренными выше. Причем важнейшей из этих особенностей, как было показано, является *нормативный характер* научного познания, главная цель которого виделась не в изучении феноменов реальности, а в нахождении высших принципов, которым эта реальность должна соответствовать, и в дедуктивном выведении из них правил, предназначенных для практического применения.³¹

Такие представления о научности «предопределяли взгляд ученого на интересовавшие его объекты как на тексты, запечатлевшие то или иное слово бога, имевшие священный подтекст. Этим объясняется

²⁵ Об античной философии и схоластическом богословии как двух источниках средневековой юриспруденции см.: Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 146 и сл.

²⁶ Стоянов А. Методы разработки положительного права и общественное значение юристов от глоссаторов до конца XVIII столетия. Харьков, 1862. С. 5; История политических и правовых учений. Средние века и Возрождение / отв. ред. В. С. Нерсисянц. М., 1986. С. 55; Нерсисянц В. С. Философия права. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2006. С. 547.

²⁷ Как утверждает Г. Дж. Берман, именно средневековые юристы создали правовую науку в современном смысле этого слова (Берман Г. Дж. Западная традиция права. С. 153).

²⁸ Михайлов А. М. Формирование и эволюция идей юридической догматики в романо-германской традиции. Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2012. С. 16; Царьков И. И. О правовых принципах средневековой юриспруденции // Правоведение. 2003. № 2. С. 198.

²⁹ Bracton H. On the Laws and Customs of England. Cambridge (Mass.), 1968. Vol. 2. P. 19.

³⁰ Стоянов А. Методы разработки положительного права... С. 10–11.

³¹ Рабинович В. Л. Ученый человек в средневековой культуре // Наука и культура / отв. ред. В. Ж. Келле. М., 1984. С. 233.

основной метод работы средневекового интеллектуала: комментирование и интерпретация текстов, прояснение зашифрованного в них сакрального смысла».³² Легко заметить, что в юридических науках, в том числе и в теории права, подобный подход *mutatis mutandis* сохраняется до наших дней. Как и их средневековые предшественники, современные юристы стремятся усмотреть в явлениях правовой реальности внеположенные им высшие смыслы (такие как «воля законодателя», «общие нормы», «этнокультурные ценности» и т. п.). Иными словами, основная задача теоретико-правовой рефлексии видится в «дешифровке» этой реальности, что позволяет связать современную теорию права с доклассической научной парадигмой, зародившейся в античности и получившей свое окончательное оформление в Средние века.

*
* *

Между тем уже в XVII в. научное знание перестраивается на качественно новых началах, в результате чего формируется *классическая парадигма*, как известно, наиболее полно реализованная в естествознании, в силу чего именно естественные науки (прежде всего физика) становятся в рамках данной парадигмы образцовыми. При этом разительное отличие классической науки от доклассической состояло в принципиально новом понимании законов, открытие которых считалось основной целью познания. Иными словами, если в доклассической парадигме закон мыслился как предписание, подлежащее практическому применению, то в рамках парадигмы классической он представлял собой констатацию причинно-следственных связей, имеющих объективный и всеобщий характер.³³

Отсюда проистекали присущие классической парадигме *объективизм* и *детерминизм*, наиболее ярко и законченно сформулированные П. С. Лапласом, предположившим, что, если бы существовало такое всеведущее существо («демон»), которое знало бы все события, когда-либо происходившие во Вселенной, и закономерные связи между ними, оно на этом основании могло бы предсказывать любые события в будущем.³⁴ Отныне основной целью познания становится не установление тех или иных правил, но описание причинно-следственных связей между событиями.³⁵ Отсюда, в свою очередь, следовало представление о том, что любые природные процессы имеют непрерывный характер, в них нет места каким-либо скачкам, равно как и изменениям, не обусловленным предшествующими состояниями системы. При этом для всех изменений, в конечном счете, существуют внешние пределы, задаваемые пространственно-временными характеристиками самой Вселенной. Так, еще И. Ньютоном

³² История политических и правовых учений. Средние века и Возрождение. С. 63.

³³ Пуанкаре А. О науке. 2-е изд., стереотип. М., 1990. С. 302–303.

³⁴ Laplace P. S. A Philosophical Essay on Probabilities. 6th ed. New York, 1951. P. 4.

³⁵ См. подробнее об этом: Поппер К. Открытое общество и его враги. Т. I. Чары Платона. М., 1992. С. 64–65. — Тем не менее математика, где в отличие от физики влияние доклассической парадигмы сохранялось вплоть до XIX столетия, долгое время развивалась в том направлении, которое было предначертано в трудах Евклида и других античных авторов. Чтобы убедиться в этом, достаточно обратиться к «Всеобщей арифметике» И. Ньютона, где изложение носит чисто прескриптивный характер и имеет своей главной целью установление правил выполнения математических действий (Ньютон И. Всеобщая арифметика, или Книга об арифметических синтезе и анализе. М., 1948).

постулировалась абсолютность пространства и времени, делавшая Вселенную бесконечной и неподвижной.³⁶

Таким образом, Вселенная в классической (ньютоновской) физике мыслилась как объективная реальность, подчиняющаяся действию имманентно присущих ей универсальных законов, которые — в силу своего рационального характера — могут быть со всей достоверностью восприняты познающим субъектом.³⁷ И хотя идея развития, *эволюции* по указанной выше причине первоначально не была присуща классической науке, она появляется с переносом физико-космологических моделей на объекты живой природы и человеческие социумы, которые (в отличие от Вселенной с ее абсолютными пространственно-временными характеристиками) могут рассматриваться в качестве систем, проявляющих динамику как в пространстве, так и во времени. Это происходит уже в XIX в., когда почти одновременно появляются две классические эволюционные теории: социальный эволюционизм Г. Спенсера³⁸ и учение о биологической эволюции Ч. Дарвина.³⁹

Не приходится сомневаться в том, что социальный и биологический эволюционизм были тесно связаны между собой в сознании как авторов, так и их современников.⁴⁰ Вообще биология, достижения которой к тому времени сделались весьма впечатляющими, оказала на молодые социальные науки влияние значительно большее, чем физика. Не случайно Э. Дюркгейм выделял в структуре данной дисциплины три раздела: социальную морфологию, социальную физиологию и общую социологию, ставя им в соответствие анатомию, физиологию живых организмов и общую биологию.⁴¹ Тем не менее, в конечном счете, подобно наукам о природе, науки об обществе опирались на ту же ньютоновскую картину мира, которая применительно к последним приобретает законченный вид в теориях классического эволюционизма, а также в частично примыкающем к ним историческом материализме К. Маркса.

Основным постулатом классической парадигмы в общественных науках явилось представление об обществе как особого рода объективной реальности, не зависящей от сознания и воли отдельных индивидов, являющихся членами этого общества. Как и в природе, в обществе действуют объективные и непреложные законы, определяющие его развитие, именно эти законы выступают предметом научного познания. Как пишет по этому поводу Ю. Н. Давыдов, «социально лишь то, что коллективно, и, следовательно, только с ним должна иметь дело социология... Не индивид, а коллектив (самые разнообразные коллективы), не

³⁶ Ньютон И. Математические начала натуральной философии. М., 1989. С. 30.

³⁷ См. подробнее: Гутнер Г. Б. Субъект постнеклассической науки // Постнеклассика: философия, наука, культура / отв. ред. Л. П. Киященко, В. С. Степин. СПб., 2009. С. 399–400.

³⁸ Spenser H. On Social Evolution. Chicago, 1971.

³⁹ Дарвин Ч. Происхождение видов путем естественного отбора, или Сохранение благоприятных рас в борьбе за жизнь. Л., 1991.

⁴⁰ Князева Е. Н. Чарльз Дарвин как предшественник современных эволюционно-эпистемологических представлений // Идея эволюции в биологии и культуре / отв. ред. О. Е. Баксанский, И. К. Лисеев. М., 2011. С. 342. — Правда, Г. Спенсер, проявлявший значительный интерес к теории и философии биологии, дарвиновскую концепцию не воспринял, поскольку являлся последователем Ламарка (*История* теоретической социологии. В 4 т. / отв. ред. Ю. Н. Давыдов. Т. 1. М., 2002. С. 272).

⁴¹ Дюркгейм Э. Социология и социальные науки // Метод в науке / сост. и пер. И. К. Брусиловского, П. С. Юшкевича. СПб., 1911. С. 239 и сл.

индивидуальность, а коллективность (и многообразные ее воплощения), не индивидуально-особенное, а коллективно-всеобщее — вот особый предмет социологии». ⁴² Социальная эволюция представляет собой однолинейное поступательное развитие, разделенное на ряд стадий, закономерно вытекающих одна из другой, так что в конечном счете, зная законы исторического развития, можно не только описать эти стадии в диахронной ретроспективе, но и предсказать пути эволюции в будущем. ⁴³

Естественно, что классическая парадигма, получившая столь широкое распространение в общественных науках, не могла не реализоваться и в юриспруденции, включая теорию права. Однако выявление характерных черт классической теории права сталкивается с целым рядом серьезных трудностей уже хотя бы потому, что, как было отмечено ранее, для теории права до сих пор сохраняют существенное значение доклассические идеалы и критерии научности. В результате юристу-теоретику приходится иметь дело с целым рядом пережиточных, реликтовых догм, существенно затрудняющих процесс правового познания. К числу таких пережитков, на наш взгляд, относится и широко распространенное убеждение в том, что задача юриспруденции как «науки о должном» состоит по преимуществу в изучении норм позитивного права и, по-видимому, воплощенной в них «воли законодателя». ⁴⁴ Очевидно, что в подобном случае все прочие изыскания имеют смысл лишь постольку, поскольку они способствуют наилучшему пониманию действующего законодательства и максимально адекватной экспликации его содержания.

Ситуацию дополнительно усложняет предельная неопределенность самого термина «классический», предполагающего самые разнообразные толкования. Так, во многих науковедческих работах данный термин используется в значении «образцовый, оказывающий значительное и непреходящее влияние на современную научную мысль и учебную практику». ⁴⁵ Такая интерпретация классической научности представляется нам достаточно упрощенной, даже если речь идет о естествознании (прежде всего физике). Еще более проблематичной она оказывается в общественных науках, в частности в социологии, основной пафос развития которой состоит скорее в преодолении классических концепций, чем в их углублении и развитии. ⁴⁶

⁴² *История теоретической социологии. От Платона до Канта (Предыстория социологии и первые программы науки об обществе)* / отв. ред. Ю. Н. Давыдов. М., 1995. С. 13.

⁴³ См. подробнее: *Штомпка П.* Социология социальных изменений. М., 1996. С. 144–147.

⁴⁴ *Белов В. А.* Предметно-методологические проблемы цивилистической науки // *Гражданское право. Актуальные проблемы теории и практики* / под общ. ред. В. А. Белова. М., 2007. С. 130.

⁴⁵ *Полетаев А. В.* Классика в общественных науках. С. 13 и сл. — При этом в весьма интересном и содержательном сборнике, где была опубликована данная статья, всесторонне исследуется феномен классики практически во всех социальных и гуманитарных науках за исключением юриспруденции. Данное обстоятельство наводит на мысль о том, что юридической классики, по мнению авторов, видимо, вообще не существует. О классической науке см. также: *Мертон Р. К.* Об истории и систематике социологической теории // Мертон Р. К. Социальная теория и социальная структура. М., 2006. С. 19–63; *Stinchcombe A. L.* Should Sociologists Forget Their Mothers and Fathers // *The American Sociologist*. 1982. Vol. 17. N 1. P. 2–11; *Alexander J. C.* The Centrality of the Classics // *Social Theory Today* / eds. A. Giddens, K. Turner. Cambridge, 1987. P. 11–57; *Kerkhove D. de.* What Makes the Classics Classic in Science // *Bulletin of the American Society for Information Science*. 1992. N 18. P. 13–14; *Baehr P.* Founders, Classics, Canons: Modern Disputes Over the Origins and Appraisal of Sociology's Heritage. New Brunswick; London, 2002.

⁴⁶ *История теоретической социологии. От Платона до Канта.* С. 15–21.

Не случайно в контексте современных представлений об исторической динамике общества классический эволюционизм все чаще воспринимается в качестве псевдонаучной теории.⁴⁷

Однако даже если рассматривать теоретико-правовую классику в указанном выше смысле, окажется, что здесь практически не существует трудов, по своему влиянию и значимости для дальнейшего развития науки сопоставимых с «Обращением небесных сфер» Н. Коперника, «Математическими началами натуральной философии» И. Ньютона, «Исследованием о причинах и природе богатства народов» А. Смита, «Происхождением видов» Ч. Дарвина или «Протестантской этикой» М. Вебера.⁴⁸ Иными словами, у теоретиков права возникают серьезные затруднения в выделении круга авторов, чьи идеи могли бы послужить эталоном классической парадигмы в юриспруденции, отталкиваясь от которого можно было бы прийти к новой — неклассической — теории. В поисках таких авторов мы вновь возвращаемся к римским юристам, сформулировавшим целый ряд формул, вошедших в «золотой фонд» правового образования, науки и практики.

Таким образом, в теории права складывается достаточно парадоксальная ситуация. С одной стороны, как уже было сказано, возникает насущная потребность в формировании новой, постклассической научной парадигмы, способной преодолеть тот кризис, который сейчас переживает юридическая наука вообще, а теория права в особенности. С другой стороны, для того чтобы к ней прийти, необходимо четко сформулировать основные положения классической теоретико-правовой доктрины, выявив ее важнейшие недостатки и противоречия. Между тем сделать это оказывается не так просто хотя бы потому, что в теории права отсутствуют даже самые базовые постулаты, которые разделялись бы всеми без исключения учеными; вместо этого приходится констатировать сосуществование целого ряда альтернативных правопониманий, резко расходящихся между собой практически по всем вопросам.⁴⁹

Указанное обстоятельство справедливо отмечает А. В. Поляков, по мнению которого важнейшая проблема, стоящая перед современной теорией права, состоит в отсутствии единого интегрального правопонимания. Данная проблема, пишет А. В. Поляков, «возникла как ответ на вызов своей эпохи. Этим “осевым временем” для теории права оказался конец эпохи классической науки с ее культом объективного и рационального научного знания. Именно эта эпоха породила... юснатурализм и юспозитивизм, [которые] исходили из объективной разумности своего собственного подхода, опирались на культ рациональности. Конец XIX века и начало века XX прошли под знаком противостояния идеализма и реализма, в их борьбе и взаимном противостоянии».⁵⁰

⁴⁷ Ruse M. Evolution // Pigliucci M., Boudry M. Philosophy of Pseudoscience: Reconsidering the Demarcation Problem. Chicago, 2013. P. 239–243.

⁴⁸ Аналогичная ситуация, на наш взгляд, сложилась и в современном языкознании, теоретико-методологический фундамент которого составляет целый ряд работ (В. Гумбольдта, Г. Пауля, Ф. Соссюра, Л. Блумфилда, О. Есперсена, Н. Хомского и др.), ни одна из которых не является «классической» в строгом смысле (Лайонз Дж. Введение в теоретическую лингвистику. М., 1978. С. 29 и сл.).

⁴⁹ О типах современного правопонимания см., в частности: Честнов И. Л. Правопонимание в эпоху постмодерна // Правоведение. 2002. № 2. С. 4–16; Сапельников А. Б., Честнов И. Л. Теория государства и права. СПб., 2006. С. 117–181.

⁵⁰ Поляков А. В. Прощание с классикой, или Как возможна коммуникативная теория права // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. 10.

Соглашаясь с выводами автора о необходимости интегрального правовопонимания, без чего формирование постклассической парадигмы правового познания, на наш взгляд, является невозможным, позволим себе сделать все же несколько уточняющих замечаний, способных в общих чертах выявить суть классической теории права. Прежде всего, «классичность» юридического позитивизма и юснатурализма кажутся нам несколько преувеличенными уже хотя бы потому, что обе эти доктрины восходят к теориям, сформировавшимся еще в рамках доклассической парадигмы. Так, ранние версии позитивизма в своем понимании права руководствовались теми же теоретико-методологическими установками, что и средневековые глоссаторы, в то время как представители юснатурализма второй половины XVIII и начала XIX вв. следовали по стопам постглоссаторов.⁵¹

Вместе с тем нормативизм, в особенности «чистое учение о праве» Г. Кельзена,⁵² а также концепцию «естественного права с исторически меняющимся содержанием»⁵³ уже с достаточным на то основанием можно считать проявлениями классической парадигмы правового познания, представляющими для нас интерес. Кроме того, классические теории права, на наш взгляд, не ограничиваются различными версиями юсpositивизма и юснатурализма. Приверженностью классической картине мира характеризовались социологические теории права XIX в. (Р. Йеринг, Л. Дюги, Е. Эрлих),⁵⁴ учения П. И. Стучки и Е. Б. Пашуканиса,⁵⁵ а также «широкое понимание права», развивавшееся советскими юристами в 1960–80-х гг.⁵⁶ Наконец, даже либертарно-юридическая школа В. С. Нерсисянца, при всей ее оппозиционности существующим типам правовопонимания, в известной мере также отдала дань классическим идеалам научности.

Тем самым, несмотря на известную расплывчатость очертаний, основные идеи, образующие мировоззренческую основу классической теории права, могут быть эксплицированы достаточно отчетливо. Важнейшей из этих идей, на наш взгляд, является *объективизм*, выступающий своеобразной модификацией объективизма, присущего декартовско-ньютоновскому естествознанию, применительно к социально-правовой реальности.⁵⁷ Ярчайшим его проявлением выступало почти всеобщее

⁵¹ См. подробнее: Нерсисянец В. С. Право и закон. Из истории правовых учений. М., 1983. С. 189–190.

⁵² Kelsen H. 1) Allgemeine Staatslehre. Berlin, 1925; 2) Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik. Leipzig; Wien, 1934; 3) Das Naturrecht in der politischen Theorie. Wien, 1963; Кельзен Г. Чистое учение о праве и аналитическая юриспруденция. // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. С. 432–453.

⁵³ См., в частности: Stammeler R. Die Lehre vom der richtigen Rechte. 2. Aufl. Halle, 1926; Штаммлер Р. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории. Социально-философское исследование. 2-е изд. М., 2010; Новгородцев П. И. Об общественном идеале. М., 1991; Радбрух Г. Философия права. М., 2004.

⁵⁴ Сказанное подтверждается тем, что социологическая юриспруденция XIX в. представляла собой попытку использования опыта классической социологии Г. Спенсера, Дж. Ст. Милля, Э. Дюркгейма и др. (Пракаш С. С. Юриспруденция. Философия права. М., 1996. С. 178–185). Разновидностью классического правовопонимания была и теория Л. И. Петражицкого, хотя в последнее время предпринимаются весьма интересные попытки встроить ее в постклассический контекст (Тимошина Е. В. Теория и социология права Л. И. Петражицкого в контексте классического и постклассического правовопонимания. Автореф. дис. ... д. ю. н. М., 2013).

⁵⁵ См. подробнее: Денисов Ю. А., Спиридонов Л. И. Абстрактное и конкретное в советском правоведении. С. 21 и сл.

⁵⁶ Нерсисянец В. С. Право и закон. С. 351–359.

⁵⁷ Орехов А. М. Социальная философия. Предмет, структурные профили и вызовы на рубеже XXI века. М., 2011. С. 254.

убеждение юристов в том, что право и правовая реальность представляют собой данность, не зависящую от отдельных индивидов, являющихся субъектами этой реальности. Таким образом, право директивно навязывается лицу помимо его воли и действует в той или иной мере принудительно.

Разумеется, этот принудительный аспект предстает особенно наглядно в позитивистских теориях, определяющих право как выражение воли «суверена» (соответственно, государства)⁵⁸ или как совокупность общеобязательных норм.⁵⁹ Более того, для сторонников нормативистской доктрины оказывается вполне логичным привносить элемент обязательности даже в субъективные права. Не случайно современные нормативисты так свято убеждены в том, что всякое субъективное право связано с обязанностью, и при этом весьма скептически относятся к принципу «разрешено все, что не запрещено законом», забывая, однако, что он имеет не моральный или метафизический, а технико-юридический смысл.⁶⁰ Вместе с тем вера в принудительность права в той или иной мере была присуща и другим классическим правопониманиям, в том числе социологическим. Весьма характерным является предложенное Р. Йерингом определение права как совокупности «жизненных условий общества в обширном смысле, обеспечиваемых внешним принуждением».⁶¹ Наконец, даже сторонники модного ныне «духовно-культурологического правопонимания» видят в праве, пусть даже и в качестве «духовного» феномена, независимую от индивида — и, следовательно, *принудительную* для него — данность,⁶² а потому этот подход, на наш взгляд, ничем не отличается от более традиционных версий классической теории права.

Пространство правовой реальности (как одно из измерений социального пространства),⁶³ следовательно, имеет столь же абсолютный характер, как и пространство Вселенной в классической физике. В этом пространстве как его необходимый момент действуют объективные всеобщие законы, причем действуют они безотносительно к субъективному, в том числе познавательному, опыту, задача которого состоит лишь в том, чтобы эти законы уяснить и адекватно сформулировать, дав в качестве предварительного условия общее определение права.⁶⁴ «*Частные наблюдения над правом*, — писал Р. Штаммлер, — зависят от общих понятий права, а не наоборот. Понятие *права*, напротив того, совершенно независимо от того или иного *специального приложения его* в сфере конкретного опыта (курсив Р. Штаммлера. — *Н. Р.*)».⁶⁵ Подчиняясь действию этих законов, право организуется, функционирует и развивается,⁶⁶ являясь, таким образом,

⁵⁸ Austin J. The Province of Law. London, 1965. P. 139 ff.

⁵⁹ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 1. М., 1987. С. 52.

⁶⁰ Матузов Н. И. О принципе «все, не запрещенное законом, дозволено» // Советское государство и право. 1989. № 8. С. 3–9.

⁶¹ Йеринг Р. Цель в праве. Т. 1. СПб., 1881. С. 371.

⁶² Байниязов Р. С. Духовно-культурологический подход к правосознанию и праву // Новая правовая мысль. 2003. № 1. С. 2–6; Синюков В. Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. 2-е изд., доп. М., 2010; и др.

⁶³ О социальном пространстве см.: Бурдые П. Физическое и социальное пространства // Бурдые П. Социология социального пространства. СПб., 2005. С. 49–63.

⁶⁴ Алексеев С. С. Общая теория права. В 2 т. Т. 1. М., 1981. С. 15.

⁶⁵ Штаммлер Р. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории. С. 12.

⁶⁶ Рабинович П. М. Упрочение законности — закономерность социализма. Львов, 1975. С. 15–23.

особой аутопойетической, саморегулирующейся и саморазвивающейся системой, своего рода «живым» организмом.⁶⁷

*
* *

Подобные представления, вполне, как мы видели, соответствующие классическим моделям и образцам XVII–XIX вв., оказались неприемлемыми в наши дни, когда не только в физике, но и в ряде социально-гуманитарных наук состоялся переход от классической парадигмы познания к парадигме *постклассической*. Причем, как и три столетия назад, впереди оказалось естествознание, пережившее научную революцию с созданием теории относительности А. Эйнштейна, вследствие чего возникшую парадигму нередко называют «эйнштейновской».⁶⁸ Думается, это не вполне верно, ибо теория относительности, представляющая собой развитие принципа относительности, сформулированного еще Галилеем, была направлена на преодоление противоречий, внутренне присущих классической картине мира, при сохранении ее мировоззренческой основы.⁶⁹ Поэтому новую, постклассическую парадигму в физике правильнее было бы называть «боровской», связывая ее появление с открытием квантовой механики Н. Бором.

Развитие теории относительности и квантовой механики повлекло за собой кардинальный пересмотр фундаментальных философских постулатов, на которых основывалась классическая картина мира.⁷⁰ Прежде всего это касается представления об абсолютной, статичной во времени и пространстве, Вселенной, данной субъекту в качестве объективной, не зависящей от его сознания реальности и подчиненной действию столь же объективных законов. Изучение элементарных частиц с позиций квантовой механики и открытие явлений, не укладывающихся в рамки классической парадигмы, заставили по-новому взглянуть на природу и структуру реальности. В результате на основе ряда теоретических положений (прежде всего таких, как принцип неопределенности В. Гейзенберга и уравнение Э. Шредингера)⁷¹ была сформулирована так называемая «копенгагенская

⁶⁷ Teubner G. Evolution of Autopoietic Law // Autopoietic Law — a New Approach to Law and Society / ed. G. Teubner. Berlin; New York, 1987. P. 217–244.

⁶⁸ История теоретической социологии. От Платона до Канта. С. 11.

⁶⁹ Эйнштейн А., Инфельд Л. Эволюция физики. Развитие идей от первоначальных понятий до теории относительности и квантов // Эйнштейн А. Работы по теории относительности. М., 2008. С. 256–259.

⁷⁰ Подчеркнем, что речь идет о пересмотре именно философско-методологических оснований классической картины мира, а не об отказе от тех или иных классических теорий, например, небесной механики И. Ньютона, как иногда без достаточных на то причин полагают (см., напр.: Лакатос И. Фальсификация и методология научно-исследовательских программ. М., 1995. С. 23–26). Указанные теории, как хорошо известно, не только не опровергались, но и вошли в постклассическое естествознание в качестве его частного приложения. Но ведь точно так же, например, и замена геоцентрической модели мира гелиоцентрической не привела к абсолютному и безоговорочному отказу от «геоцентрической метафоры» в тех случаях, когда она хорошо работает при описании отдельных кинематических процессов. В самом деле, использование Земли в качестве инерциальной системы отсчета косвенным образом отсылает к геоцентризму, однако это ни в какой мере не означает принятия аристотелевско-птолемеевских представлений о мироустройстве (*Элементарный учебник физики* / под ред. Г. С. Ландсберга. М., 1985. С. 79–80).

⁷¹ Мандельштам Л. И., Тамм И. Е. Соотношение неопределенности энергия-время в нерелятивистской квантовой механике // Известия АН СССР. 1945. Т. 9. С. 122–128; Шредингер Э. Избранные труды по квантовой механике. М., 1976. С. 10, 118.

интерпретация» квантовой механики. Один из важнейших выводов, сделанных в контексте этой интерпретации, заключается в том, что поведение элементарных частиц, из которых состоят макроскопические объекты, с самого начала характеризуется высокой степенью стохастичности, в силу чего его невозможно отделить от измерений, производимых наблюдателем.⁷²

Таким образом, появилась возможность рассматривать человеческое сознание не в качестве простого созерцателя, пассивно регистрирующего происходящие в природе процессы, а как их активного участника, выступающего необходимой онтологической предпосылкой и условием определенности этих процессов.⁷³ Эти выводы хорошо согласовывались с идеями, высказанными в трудах Дж. Беркли, Д. Юма, Э. Маха, Б. Рассела, Э. Гуссерля и др.⁷⁴ Критикуя объективизм, присущий классической теории познания, представители данной философской традиции рассматривали в качестве единственной достоверной реальности (как в онтологическом, так и в гносеологическом планах), доступной для восприятия, субъекта, его сознание и опыт, на основе которого конструируется внешний мир во всем своем многообразии.

Однако если природа в рамках постклассической парадигмы приобрела человеческое измерение, то тем более оправданным и необходимым подобный мировоззренческий переворот сделался применительно к реальности социальной и правовой, включающей в себя человека в качестве необходимой составляющей. К середине минувшего столетия полностью доказало свою несостоятельность представление об обществе как некоем надындивидуальном целом, своего рода «второй природе». По мнению сторонников постклассической парадигмы в социологии, общество имеет процессуальную природу,⁷⁵ представляя собой сложную и динамичную конфигурацию взаимоотношений между индивидами или, иными словами, «нестабильный и, вероятнее всего, несогласованный результат социальных отношений и социальных конфликтов».⁷⁶ Социальную реальность, следовательно, нельзя считать объективной, она, как показали исследования А. Шюца, *интерсубъективна* и непрерывно создается индивидами в процессе коммуникативных взаимодействий.⁷⁷ Общество же как целое,

⁷² Бор Н. Атомная физика и человеческое познание. М., 1961. С. 60.

⁷³ См. подробнее: *Wigner E. P. Remarks on the Mind-Body Question* // *The Scientist Speculation* / ed. I. J. Good. London, 1961; *Wheeler J. A., Zurek W. H. Quantum Theory and Measurement*. Princeton, 1983; *Wheeler J. A. Information, Physics, Quantum: The Search for Links* // *Complexity, Entropy and the Physics of Information* / ed. W. H. Zurek. Redwood City (Calif.), 1990; *Чалмерс Д. Сознательный ум: в поисках фундаментальной теории*. М., 2013. С. 418 и сл.

⁷⁴ Беркли Дж. Трактат о принципах человеческого знания // Беркли Дж. Соч. М., 1978. С. 152–247; Юм Д. Трактат о человеческой природе // Юм Д. Соч. В 2 т. Т. 1. М., 1965. С. 87–390; Рассел Б. Философия логического атомизма. Томск, 1999; Мах Э. Познание и заблуждение. Очерки по психологии исследования. М., 2003; Гуссерль Э. Идеи к чистой феноменологии и феноменологической философии. М., 2009; и др.

⁷⁵ См., напр.: *Etzioni A. The Active Society*. New York, 1968. P. VIII; *Giddens A. Central Problem of Social Theory: Action, Structure and Contradiction in Social Analysis*. London, 1979. P. 3.

⁷⁶ *Touraine A. Social Movement and Social Change* // *The Challenge of Social Change* / ed. O. F. Borda. London, 1985. P. 85.

⁷⁷ Об интерсубъективности как свойстве социальной реальности см. подробнее: Шелер М. Положение человека в Космосе // Проблема человека в западной философии / под ред. Ю. Н. Попова. М., 1988. С. 55 и сл.; Шюц А. Теория интерсубъективности

а также все его институты представляют собою *конструкции*, закрепляемые в различных знаковых системах, к числу которых следует, как показал А. В. Поляков, относить и нормативные системы, включая право.⁷⁸

Как следствие, происходит отказ от характерных для классического эволюционизма представлений о непреложных законах социального развития, строго детерминирующих человеческую историю на всех ее этапах, и о строго линейном, однонаправленном процессе социальной эволюции.⁷⁹ История превращается в процесс заранее неопределенный, имеющий вероятностный характер и зависящий от социальных взаимодействий своих агентов. Вот почему историческое развитие — от отдельных обществ до всего человечества в целом — *потенциально* имеет множество вариантов и альтернатив, а переход на каждую новую ступень этого развития представляет собой выбор одного из этих вариантов, совершаемый в условиях неопределенности.⁸⁰ Так называемые «законы истории», следовательно, являются вторичным и во многом побочным продуктом деятельности субъектов исторического процесса. Подобно любым иным законам (в том числе и законам природы), они не существуют в виде атрибута некоей объективной реальности, а создаются задним числом, как результат теоретического осмысления социально-исторического опыта. «В общественных науках, — писал Э. Гидденс, — нет и не будет универсальных законов... в связи с тем, что... причинная обусловленность, включенная в процесс формулировки общих законов социального поведения людей, в основе своей изменчива и нестабильна с точки зрения осведомленности (или убежденности) акторов относительно обстоятельств собственной деятельности... Теории и открытия, сделанные в рамках общественных наук, не могут находиться в полной изоляции от мира значений и действий, которые они описывают».⁸¹

Иными словами, социологи, действующие в рамках постклассической парадигмы в общественных науках, пришли к тому же выводу, к которому несколько ранее пришли физики. Суть его состоит в том, что законы (будь то природные или социальные) не описывают реальность, но *создают* ее, являясь инструментом организации и осмысления данных опыта, из которых эта реальность конструируется. Осознание указанного обстоятельства помогает, как представляется, сделать важный прорыв в социально-гуманитарном познании, перейдя от попыток сформулировать универсальные законы социальной реальности к изучению того опыта, который лежит в ее основе. Таким образом, формирование постклассической парадигмы в социогуманитарных дисциплинах приводит к кардинальному изменению критериев научности, что, в свою очередь, повлекло за собой новый рост научного знания. А поскольку теория права имеет дело с социальной

Шелера и всеобщий тезис альтер эго // Шюц А. Избранное. Мир, светящийся смыслом. М., 2004. С. 215 и сл.

⁷⁸ Поляков А. В. Нормативность правовой коммуникации // Правоведение. 2011. № 5. С. 27–45.

⁷⁹ См., в частности: Popper K. The Poverty of Historicism. New York, 1964; Nisbet R. Social Changes and History: Aspects of the Western Theory of Development. New York, 1969; Tilly Ch. Big Structures, Large Processes, Huge Comparisons. New York, 1984; Wallerstein I. Unthinking Social Science: The Limits of Nineteenth-Century Paradigms. Cambridge, 1991; и др.

⁸⁰ См. подробнее: Разуваев Н. В. Социокультурная эволюция и историческое развитие права: некоторые дискуссионные вопросы // Российский ежегодник теории права. № 3. 2010. С. 81–108.

⁸¹ Гидденс Э. Устроение общества. 2-е изд. М., 2005. С. 30–31.

реальностью в одном из ее важных измерений, было бы логично ожидать, что этот переворот отразится и на ней. Приходится, однако, констатировать, что становление постклассической теории права далеко от своего завершения. Отсутствие же необходимого философско-методологического фундамента правовых исследований, соответствующего современному уровню развития научных знаний, выступает, на наш взгляд, одной из причин того кризиса, который переживает теория права в нашей стране.

Вместе с тем в настоящее время активно предпринимаются попытки преодоления постигшего теорию кризиса. Наибольшей разработанностью, полнотой и всесторонним характером обладает коммуникативная теория права А. В. Полякова, опирающаяся на постклассические философско-методологические основания.⁸² Даже беглое знакомство с основными идеями, высказанными исследователем, неоспоримо свидетельствует об их принципиальной оригинальности, новизне и даже революционности для российского правоведения. В центре внимания А. В. Полякова находится коммуникация как конституирующее свойство правовой реальности, однако коммуникацию, по мысли ученого, не следует понимать просто как обмен информацией.⁸³ Коммуникация вообще и правовая коммуникация в частности есть сложный процесс социального взаимодействия членов общества, направленный в идеале на достижение взаимопонимания и консенсуса и в этом смысле включающий в себя ценностно-нормативное измерение.

«Право, — пишет А. В. Поляков, — как практическая система действия основано на взаимопонимании, без которого его существование невозможно. Ведь права нет там, где отсутствует взаимосоотнесенное поведение. Поэтому нет права без информации, структурируемой источником права и адресуемой субъектам правовой коммуникации. Но условием правовой коммуникации является не столько содержание информации и даже не столько ее прескриптивная форма, сколько убеждающая сила, без которой невозможна сама правовая коммуникация как практическое взаимодействие».⁸⁴ Таким образом, право как коммуникативный процесс является, по мнению автора, важным средством достижения общественного согласия, и основной его целью выступает минимизация тех противоречий, которые, разумеется, неотъемлемо присущи всякому обществу. Однако без правовых (а также иных коммуникативных) механизмов, обеспечивающих взаимопонимание членов общества, такие противоречия становятся непреодолимыми и губительными для общества и, что самое главное, для его членов.

Иными словами, право не навязывается индивидам извне, в качестве некой не зависящей от них внешней силы, а создается ими самими. Поэтому важнейшей характеристикой права, по мнению А. В. Полякова, следует считать не *принудительность*, а *убедительность*, обеспечиваемую выполняемой правом смылосозидающей функцией. Высказанные соображения позволяют по-новому взглянуть и на правовую нормативность, относящую-

⁸² См., в частности: Поляков А. В. 1) Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. СПб., 2004; 2) Постклассическое правоведение и идея коммуникации // Правоведение. 2006. № 2. С. 26–43; 3) Правовая нормативность: многообразие смыслов // Там же. 2011. № 5. С. 4–7; 4) Современная теория права: ответ критикам // Там же. № 6. С. 6–39; 5) Юридическая догма и теория коммуникации // Там же. 2012. № 3. С. 6–10; 6) Право: между прошлым и будущим // Там же. 2013. № 3. С. 6–10.

⁸³ Поляков А. В. Прощание с классикой... С. 14–15.

⁸⁴ Там же. С. 17.

ся, по мнению многих теоретиков, к сущностным характеристикам права.⁸⁵ Как полагает А. В. Поляков, «норму права не следует отождествлять с правовым текстом. Правовой текст как знаковая система дает возможность интерпретирующему этот текст субъекту понять смысл того правила, которое должно стать нормой. Правовая норма — это норма поведения, и нормой правовой коммуникации может стать только такое правило, которое реализуется в поведении субъектов как их права и обязанности. Знаки текста материальны и существуют независимо от субъекта. Норма ментальна и интерсубъективна. Текст закона, не реализуемый в поведении, позволяет конституировать лишь виртуальную норму, но не норму права в коммуникативном понимании».⁸⁶

Все сказанное свидетельствует об ограниченности традиционных (классических) типов правопонимания, акцентирующих основное внимание на отдельных сторонах, свойствах и признаках права в ущерб его восприятию как целостности, творимой членами общества в процессе интерсубъективной коммуникации. Нельзя не согласиться с мнением, согласно которому право, «понятое как коммуникация, не нуждается в подпорке из позитивистских или естественно-правовых схем. Идея коммуникации в этом смысле самодостаточна. В ее основе лежит представление о необходимости Другого как соучастника творения правовой реальности при одновременной “заданности” такой реальности “объективными” правовыми текстами».⁸⁷ В связи с этим хотелось бы заметить, что концепция А. В. Полякова не только способствует преодолению переживаемого теорией права кризиса, но и открывает широкие перспективы для дальнейшего развития юридической науки.

⁸⁵ См., напр.: *Лейст О. Э.* Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. С. 51–58.

⁸⁶ *Поляков А. В.* Прощание с классикой... С. 19.

⁸⁷ Там же. С. 21.

КРИТЕРИИ ДОПУСТИМОСТИ ПОТЕСТАТИВНЫХ УСЛОВИЙ СДЕЛКИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

А. И. БАХТИНА,* Т. П. ПОДШИВАЛОВ**

В статье рассматриваются проблемы, связанные с формулированием потестативных условий сделок, совершаемых в российском гражданском обороте. За рамками изменений гражданского законодательства, производимых на основе Концепции развития гражданского законодательства, осталось решение вопроса о допустимости совершения сделок на потестативных условиях, т. е. условиях, зависящих от воли стороны условного обязательства. В статье на основе анализа гражданского законодательства зарубежных стран и идей классиков российской цивилистики аргументируется возможность совершения сделок на потестативных условиях. Наиболее проблемным в судебной практике последнего десятилетия стал вопрос допустимости потестативных условий, что обуславливает особый интерес к нему. Отсутствие же сколь-нибудь подробной законодательной регламентации условных потестативных сделок и научно обоснованных представлений российской правовой доктрины об основных аспектах учения о потестативных сделках приводит к тому, что данный инструмент оказывается рискованным. Взвешенного подхода к решению проблем, связанных с институтом потестативных условий, на сегодняшний день не выработано. В противовес современной законотворческой тенденции предлагается допустить совершение гражданско-правовых сделок на потестативных условиях. Особое внимание в статье уделяется рассмотрению потестативных отменительных и отлагательных условий сделок.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: сделка, обязательство, условные сделки, условные обязательства, потестативные условия, потестативные сделки.

BAKHTINA A. I., PODSHIVALOV T. P. ADMISSIBILITY CRITERIA OF POTESTATIVE CONDITIONS OF A TRANSACTION IN CIVIL LAW

The article deals with the problems associated with the formulation of potestative conditions of transactions made in the Russian civil commerce. The issue of admissibility of transactions on potestative conditions, i. e. conditions within the

* Бахтина Анастасия Игоревна — эксперт службы правового консалтинга ООО «Гарант-Евразия».

Bakhtina Anastasia Igorevna — expert of the Legal Consulting Service of LLC «Garant-Eurasia».

E-mail: bai@garant-region.com

** Подшивалов Тихон Петрович — кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса Южно-Уральского государственного университета.

Podshivalov Tikhon Petrovich — candidate of legal sciences, associate professor of the Department of Civil Law and Procedure, South Ural State University.

E-mail: podshivalovtp@gmail.com

© Бахтина А. И., Подшивалов Т. П., 2014

control of the party to a contingent obligation, has remained beyond the changes in the civil law made on the basis of the Civil Law Development Concept. Based on the analysis of foreign countries' civil legislation and ideas of classical scholars of the Russian civil law science, the authors argue that it is possible to make transactions on potestative conditions. The most problematic issue in the case law of the last decade is the issue of admissibility of potestative conditions; this fact determines the special interest to this issue. The absence of detailed legislative regulation of conditional potestative transactions and evidence-based ideas of the Russian legal doctrine about the main aspects of the potestative transactions doctrine leads to the fact that this instrument poses risk. Nowadays there is no balanced approach to solving the problems associated with the institute of potestative conditions. As opposed to modern legislative trend, it is proposed to allow making civil transactions on potestative conditions. The article gives particular attention to the consideration of potestative resolutive and suspensive conditions of transactions.

KEYWORDS: transaction, obligation, contingent transactions, contingent obligations, potestative conditions, potestative transaction.

Потестативные условия сделки (*condicio potestativa*, от *potestas* — власть) — это такие условия, которые требуют для своего наступления действия или бездействия одной стороны условной сделки, при этом наступление условия может зависеть и от действий обеих сторон.

Хотя рассматриваемый институт достаточно распространен в доктрине, он не приобрел в ней достаточно четких очертаний, позволяющих, в частности, разграничить допустимые и недопустимые потестативные условия.

Действующее в России позитивное право ни в одной норме не упоминает о потестативных условиях. Отсутствие регламентации сделок с потестативным условием в российской правовой системе сокращает спектр возможностей гибкого децентрализованного регулирования сторонами возникающих между ними отношений на основе принципа свободы договора.

В рамках реформирования гражданского законодательства на основе Концепции развития гражданского законодательства¹ обсуждался вопрос: запрещать или нет потестативные сделки (сделки под условием, наступление которого исключительно или преимущественно зависит от воли одной из сторон сделки)? Итогом обсуждения, с учетом различий высказанных идей, стало решение не изменять существующее положение, оставив вопрос о допустимости потестативных условий на усмотрение судов.

1. Потестативные условия в гражданском законодательстве зарубежных стран. Анализ исследуемого вопроса невозможен без обращения к отечественному и зарубежному опыту. Так, во Франции запрещенным является только потестативное условие, зависящее исключительно от воли должника (ст. 1174 ГК Франции). В частности, условие о том, что должник заплатит, если захочет, представляет собой потестативное и не имеет юридической силы. Другие же условия, в частности смешанные, являются допустимыми. Однако отграничение потестативных условий на стороне

¹ Концепция развития гражданского законодательства РФ (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г.) // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

должника от смешанных условий на его же стороне не является простым и механическим процессом и требует от судов определенных усилий. При этом, как отмечается в литературе, суды проводят политико-правовой анализ конкретного условия, чтобы определить его корректность.²

Аналогичные запреты на потестативные условия на стороне должника закреплены в законодательстве ряда стран (см. ст. 1115 ГК Испании, ст. 1355 ГК Италии, ст. 1170 ГК Луизианы, ст. 1500 ГК Квебека). При этом в законодательстве этих странах допустимо включение потестативного условия, зависящего от кредитора.

Запрет на потестативные условия не был воспринят в гражданских кодификациях стран германской группы. В частности, швейцарское законодательство не вводит никаких ограничений в отношении потестативных условий, а ст. 155 Обязательственного кодекса Швейцарии указывает на допустимость установления в качестве условий действия одной из сторон договора.

Законодательство Германии допускает условные сделки (ст. 158–162 Германского гражданского уложения), но прямо также не вводит ограничений на потестативные условия. В одних классических учебниках гражданского права высказывалась идея о том, что нет необходимости запрещать чисто потестативные условия.³ В других же предлагалось считать невозможным существование условия, зависящего исключительно от произвольного усмотрения должника.⁴

Кроме того, международные акты унификации договорного права также не вводят каких-либо ограничений в отношении потестативных условий. В частности, Принципы европейского договорного права⁵ содержат ряд норм, касающихся условных сделок, но нормы о запрете потестативных условий не предусматривают (ст. 16:101–16:103). Правда, в комментарии к ст. 16:101 указывается на то, что не может считаться полноценным обязательством обещание, настолько сильно зависимое от стороны договора, что означает полное отсутствие у него договорного обязательства.⁶

Возможность согласования потестативных условий в Англии ограничивается за счет доктрины иллюзорного встречного предоставления (*illusory consideration*), одна из импликаций которой запрещает согласование обязательства, дающего должнику права по собственному усмотрению уклониться от исполнения (по модели «исполню, если захочу» или «исполню, если не передумаю»). При наличии такого рода условия в контракте требование об исполнении встречного обязательства, взамен которого дается подобное иллюзорное обещание, может быть судом не поддержано со ссылкой на то, что ответчик не получает по условиям договора полноценного встречного предоставления (*consideration*), по общему правилу являющегося обязательным условием юридической силы двустороннего контракта. При этом сторона, давшая по договору иллюзорное обязательство, все же получает право требовать встречного исполнения, если она

² Карапетов А. Г. Зависимость условия от воли сторон условной сделки в контексте реформы гражданского права // Вестник ВАС РФ. 2009. № 7. С. 36.

³ Эннексерус Л. Курс германского гражданского права. Т. 1. Полумтом 2. М., 1950. С. 288.

⁴ Дернбург Г. Пандекты. Т. I. Общая часть. М., 1906. С. 297.

⁵ Принципы европейского договорного права, разработаны Комиссией по европейскому договорному праву Европейского Союза, часть III принята в 2002 г. / пер. на рус. А. Т. Амирова, Б. И. Пугинского // Вестник ВАС РФ. 2005. № 3–4.

⁶ Карапетов А. Г. Зависимость условия от воли сторон условной сделки... С. 39.

не воспользовалась своим правом воздержаться от исполнения и решила его все же произвести. Поэтому по большому счету наличие иллюзорного обязательства не является основанием для признания сделки недействительной, а лишь парализует возможность судебной защиты требования об исполнении встречного неиллюзорного обязательства, по крайней мере до тех пор, пока иллюзорное обязательство не будет исполнено.⁷ Вообще английское договорное право не вмешивается в переговоры сторон относительно будущего договора, в том числе не возлагает на потенциальных контрагентов никаких обязанностей относительно процедур ведения переговоров, так как переговоры не являются юридическими действиями и не имеют правового эффекта.⁸

Американское право стремится в некоторых случаях исправлять перекосы, возникающие при согласовании (пользуясь континентально-европейской терминологией) потестативных условий, зависящих исключительно от усмотрения должника. Например, если встречное обязательство одной стороны поставлено под условие удовлетворенности от исполнения полученного ранее от контрагента, суды стремятся понимать критерий удовлетворенности объективно, а не субъективно, т. е. суд пытается установить, имелись ли объективные основания для неудовлетворенности в полученном исполнении.⁹

Следовательно, законодательство большинства стран допускает совершение условных сделок. Деление условий на случайные, смешанные и потестативные закреплено в законодательстве стран с развитой экономикой. При этом страны романской правовой семьи вводят на законодательном уровне запрет на потестативные условия на стороне должника. Аналогичное регулирование производится в правовых порядках Англии и США, только не в рамках доктрины условных сделок, а через институт иллюзорных обязательств. В странах с развитой экономикой не существует тотального запрета на потестативные или смешанные условия (наступление которых зависит лишь частично от воли должника). Возможность совершения сделок со смешанным условием допускается без каких-либо ограничений в зарубежных правовых порядках.

2. Потестативные сделки в российской цивилистической доктрине. На современном этапе развития российской цивилистики не сформирована доктрина условных сделок, более того, большинство спорных вопросов в отношении условных сделок не рассматривались со времен Российской империи.¹⁰

В дореволюционный период многие российские цивилисты высказывали разные позиции в отношении допустимости потестативных условий. Г. Ф. Шершеневич не видел никаких проблем в потестативных условиях, по крайней мере на стороне кредитора.¹¹ Ю. С. Гамбаров считал вполне приемлемым простое потестативное условие, зависящее от действий одной из сторон договора, но выступал резко против любых чисто потестативных условий, которые зависят исключительно от волеизъявления одной из

⁷ Там же. С. 33.

⁸ Подшивалов Т. П. Сравнительно-правовая характеристика преддоговорной ответственности // Международное публичное и частное право. 2011. № 6. С. 8.

⁹ Карапетов А. Г. Зависимость условия от воли сторон условной сделки... С. 33.

¹⁰ Карнаков Я. В. Некоторые вопросы условных сделок // Закон. 2008. № 11. С. 160–161.

¹¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1911. Общая часть. § 15.

сторон договора.¹² К. П. Победоносцев допускал даже чисто потестативные условия, исключая такую возможность только в случаях, когда речь идет о чисто потестативном условии на стороне должника в одностороннем договоре, а также в случае, когда чисто потестативное условие обуславливает оба встречных обязательства в договоре двустороннем.¹³

Вопрос о потестативных условиях поднимается и некоторыми современными авторами. Например, М. И. Брагинский выступает против таких условий независимо от того, во власти кого из контрагентов находится их наступление, считая, что условием может быть только обстоятельство, не зависящее от воли сторон. Такой же позиции придерживается Б. М. Гонгало, выводящий из требования негарантированности наступления условия жесткий запрет на условия, зависящие от сторон.¹⁴

Встречается в литературе и противоположное мнение. В. С. Ем в условиях действующего российского законодательства признает допустимость условий, наступление которых зависит от воли сторон.¹⁵ Допускает потестативные условия и Л. В. Кузнецова, уточняя, что, для того чтобы такое условие наступило, необходимо не просто возникновение воли соответствующего лица, но и ее внешнее выражение в виде волеизъявления или действия.¹⁶

Необходимо заметить, что в проекте Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса РФ, а также в отдельные законодательные акты РФ», внесенном 3 апреля 2012 г. Президентом РФ в Государственную Думу Федерального Собрания РФ,¹⁷ предлагалось дополнить нормы об условных сделках следующим положением: «Сделка не может быть совершена под условием, наступление которого исключительно или преимущественно зависит от воли одной из сторон сделки, если иное не установлено законом или не вытекает из существа сделки». Как видно, в отношении любых потестативных и смешанных условий предлагается закрепить презумпцию их недопустимости.

3. Допустимость потестативных условий. Анализ вопроса о допустимости потестативных и смешанных условий в современном российском гражданском праве необходимо начать с рассмотрения легальных дефиниций отлагательных и отменительных условий, закрепленных в ст. 157 ГК РФ, потому как именно последние нередко становятся камнем преткновения в спорах относительно допустимости тех или иных потестативных условий.

В ст. 157 ГК РФ прямо не утверждается, что условие не может зависеть от воли сторон. Однако указанная статья устанавливает, что условие должно касаться события, которое не должно наступить неизбежно. При буквальном прочтении видно, что нет никаких оснований для того, чтобы вывести жесткий запрет на условия, зависящие от действий одной из сторон, из требования о неизвестности факта наступления условия в будущем. Когда заключается условная сделка с потестативным условием, никто не может точно знать, что соответствующее действие будет произведено, даже если одна из сторон в момент заключения договора абсолютно

¹² Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть. Учебник. СПб., 1911. Гл. V. § 13.

¹³ Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Т. III. М., 2004. Гл. 1. § 4.

¹⁴ Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. М., 2002. С. 51.

¹⁵ Гражданское право / под ред. Е. А. Суханова. Т. I. М., 2004. С. 338 (автор соответствующего текста — В. С. Ем).

¹⁶ Кузнецова Л. В. Сделки, совершенные под условием // Сделки: проблемы теории и практики. Сб. ст. / рук. авт. колл. и отв. ред. М. А. Рожкова. М., 2008. С. 207.

¹⁷ Не публиковался, доступен в СПС «КонсультантПлюс».

уверена в том, что она это условие обеспечит. Между тем некоторые суды готовы признавать условные сделки недействительными только на том основании, что они были поставлены под условие, зависящее от воли сторон. Например, многие суды признают невозможным установить в договоре отлагательное условие в виде указания на действие одной из сторон договора (сдача здания в эксплуатацию, выселение и т. п.).¹⁸ Обширна судебная практика по делам, где со ссылкой на незаконность оспариваются условия, зависящие от одной из сторон лишь частично (получение кредита покупателем, оформление договора залога, регистрация эмиссии акций, регистрация права собственности и др.).¹⁹ Правда, встречаются и обратные решения, когда суды признают возможным установить в качестве условия действия одной из сторон договора.²⁰

В этом случае суды считают, что такой вывод более формально-логически увязывается с отраженным в ст. 157 ГК РФ требованием неизвестности факта наступления условия: если в ГК РФ написано о неизвестности, значит, вероятно, имеется в виду случайность. А случайность, очевидно, не может зависеть от сторон договора. На самом же деле из указания в законе на вероятностный характер будущего условия неизбежно вывод о недопустимости потестативных и смешанных условий не следует. В классической отечественной и зарубежной доктрине никогда не ставилось под сомнение, что условие может быть как случайным, так и потестативным либо смешанным. Кроме того, даже при таком ограничительном толковании ст. 157 ГК РФ нет причин признавать условие ничтожным лишь на том основании, что оно не соответствует признакам отлагательного или отменительного условия. Хотя бы условие не являлось отлагательным или отменительным, оно не запрещено законом, а значит, допустимо в силу принципа свободы определения договорных условий (п. 4 ст. 421 ГК РФ). Примечательно, что такой подход (условие, зависящее от воли стороны, не охватывается дефиницией отменительных или отлагательных условий, но не является запрещенным) иллюстрирует и практика Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ.²¹ Правда, в п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством»²² Суд все же привел в качестве примера отлагательных и отменительных условий именно смешанные и потестативные условия, при этом признав их допустимыми.

На самом деле для решения поставленного вопроса недостаточно анализа ст. 157 ГК РФ. Необходимо проверить, наличествуют ли доктринальные либо политико-правовые предпосылки для недопущения потестативных условий.

¹⁸ Карапетов А. Г. Зависимость условия от воли сторон условной сделки... С. 36.

¹⁹ См., напр.: *Постановления* ФАС Волго-Вятского округа от 5 июля 2005 г. по делу № А28-10224/2004-284/17; ФАС Московского округа от 8 октября 2009 г. № КГ-А40/2452-09; ФАС Северо-Кавказского округа от 7 октября 2003 г. № Ф08-3832/2003; ФАС Уральского округа от 30 января 2007 г. № Ф09-73/07-С4; от 20 августа 2007 г. № Ф09-6279/07-С6; Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 24 июля 2009 г. по делу № А14-15079/2008/269/2 (здесь и далее арбитражная практика приводится по СПС «КонсультантПлюс»).

²⁰ См., напр.: *Постановление* ФАС Северо-Западного округа от 12 июля 2004 г. № А42-9694/03-7.

²¹ См., напр.: *Постановление* Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2012 г. № 7454/12 // Вестник ВАС РФ. 2013. № 2.

²² Экономика и жизнь (бухгалтерское приложение). 2012. 31 авг.

3.1. Допустимость отменительных потестативных условий. При наличии в договоре потестативного или смешанного отменительного условия на стороне кредитора последний имеет права, аналогичные тем, которые предоставляет механизм расторжения договора. Следовательно, если должником не исполнено обязательство, то наступление отменительного условия по инициативе кредитора (потестативное условие) или при его содействии (смешанное условие) прекращает само обязательство. Если кредитор до этого момента совершил встречное исполнение, то прекращение обязательства должника преобразует отношение в кондикционное обязательство, так как у должника отпадает основание для удержания полученного от кредитора. Если кредитор не произвел встречное обязательство, то это влечет за собой прекращение обязательства должника.

Как видно, если говорить о потестативном условии, то, по сути, речь идет о механизме расторжения договора. Именно поэтому в ГК Франции расторжение нарушенного договора прямо предусматривается как реализация подразумеваемого отменительного условия (ст. 1184).

Если сравнить право на односторонний отказ от договора и наступление потестативного отменительного условия, можно заметить, что на практике эти институты очень близки, причем в некоторых случаях до степени смешения. Зачастую одну и ту же идею можно закрепить в договоре двумя разными правовыми конструкциями. В частности, на практике стороны в некоторых случаях могут обозначить расторжение договора либо путем указания на потестативное отменительное условие на стороне кредитора, либо как право на односторонний отказ от договора, предусмотренное в ГК РФ (п. 3 ст. 450) и достигающее, по сути, того же или близкого результата. Кроме того, сам закон в ст. 1052 ГК РФ в качестве примера отменительного условия называет достижение цели договора простого товарищества, для которого, очевидно, требуется волевая деятельность сторон.

Сходство конструкций отменительного потестативного условия и отказа от договора и обуславливает вопрос: распространяются ли на первую ограничения, установленные законом в отношении права на отказ от договора, а именно запрет на включение права на односторонний отказ между лицами, не осуществляющими предпринимательскую деятельность (ст. 310 ГК РФ)? Представляется, что ответ на этот вопрос должен быть положительным, поскольку при ином подходе посредством включения в договор отменительных потестативных условий будет возможно достичь той цели, которую законодатель пресекает через положение ст. 310 ГК РФ.

Иными словами, отменительные потестативные условия признаются недопустимыми только по отношению к тем обязательствам, которые не связаны с осуществлением предпринимательской деятельности хотя бы для одной из его сторон.

3.2. Допустимость отлагательных потестативных условий. Прежде заметим, что в классической литературе условие всегда определялось как чуждое само по себе законному составу сделки определение частной воли, которым юридические последствия сделки ставятся в зависимость от наступления или ненаступления какого-либо неизвестного и лежащего в будущем события.²³ Например, А дарит В имущество, если А захочет или если В захочет: здесь нет условия, ибо воля А и В существенна для сделки дарения. В противном случае не приходится говорить о том, что воля одной

²³ Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть. Гл. V. § 13; Мейер Д. И. Русское гражданское право. Учебник. Пг., 1914. Гл. 4. § 26.

из сторон сформирована в достаточной степени определенно. Если одна сторона лишь оставляет другой стороне надежду на то, что в будущем, возможно, согласится контрагировать с последней, не связывая себя юридически, до момента изъявления такого согласия нет и сделки. Невозможно совершать сделку, наступление условия которой напрямую зависит от произвола должника, так как согласие одного лица под условием согласия другого лица на самом деле не есть согласие.²⁴ В современной литературе это объясняется тем, что наступление условия является правоизменяющим юридическим фактом, последствием которого становится снятие неопределенности в вопросе о необходимости исполнения обязательства.²⁵

Но, например, А дарит В имущество, если В навестит больного. Посещение больного — обстоятельство, лежащее вне сделки; воля на исполнение его не имеет ничего общего с волею на самое совершение сделки, и потому условие такое есть настоящее условие.

Безусловно, нельзя исключать, что условие, по которому возникновение прав и обязанностей из сделки зависит от волеизъявления одной из сторон договора, может быть элементом так называемого опционного договора. Однако совершение указанного волеизъявления будет означать лишь акцепт безотзывной оферты, без которого сделки вообще не существует, а не наступление условия, приводящего в действие уже совершенную сделку. Возможность заключения опционного договора, следовательно, не опровергает ранее сделанного вывода о том, что условием в сделке не может быть волеизъявление на само ее совершение. Следует оговориться, что в российской юриспруденции природа опциона до конца не исследована. В то же время большинство правовых систем мира признает до совершения волеизъявления на реализацию права из опционного контракта лишь наличие безотзывной оферты с длительным связывающим эффектом, которую одна из сторон (или любая сторона) вправе акцептовать в пределах установленного в опционном контракте срока.²⁶

Вопреки мнению, высказываемому некоторыми современными юристами со ссылкой на принцип свободы договора,²⁷ следует признать, что *essentialia negotii* не может составлять условия. Необходимые части сделки (*essentialia negotii*) — те ее части, которые создают саму сделку, являются ее существенными условиями. Факт может быть условием только в том случае, когда воля на его совершение не составляет существенной принадлежности сделки.

Однако неопределенность относительно *essentialia negotii* следует отличать от той ситуации, когда стороны заведомо выражают согласие на то, чтобы исполнение сделки зависело от выражения воли одной из сторон, в отсутствие которого оно (предоставление) не предполагается.

С одной стороны, в синаллагматическом договоре предоставление немыслимо без встречного эквивалента. Поэтому отсутствие определенности относительно наличия встречной обязанности означало бы отсутствие *essentialia negotii*, а имуществовое предоставление приводило бы изначально к отсутствию каузы (цели), образуя кондикционное

²⁴ Дернбург Г. Пандекты. Т. I. С. 297.

²⁵ Васнев В. В. Природа условного обязательства. Автореф. дис. ... к. ю. н. СПб., 2013. С. 7.

²⁶ Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar zum BGB. 64. Auflage. 2005. § 158. Rn. 10.

²⁷ Громов С. А. Спорные аспекты учения об условных сделках // Сделки: проблемы теории и практики. Сб. ст. / рук. авт. колл. и отв. ред. М. А. Рожкова. М., 2008. С. 209.

обязательство. Однако право не должно ограничивать стороны в возможности заранее согласовать некую альтернативу каузы предоставления при наличии тех или иных обстоятельств, в том числе волеизъявления одной из сторон. Например, одно лицо готово передать деньги в дар другому лицу, которое согласно их принять только как данные в долг. Но при этом обе стороны согласны договориться таким образом, что заемщик возвращает сумму займа, только если ко времени возврата пожелает этого или если к этому моменту у него окажется достаточно денег. В таком случае происходит соединение *causa credendi* (предоставление с целью приобретения требования) и *causa donandi* (предоставление с целью безвозмездного увеличения чужого имущества). Альтернативная кауза заменяет первоначальную каузу в результате одностороннего волеизъявления, но по заранее данному на это согласию другой стороны. Здесь в отличие от ранее описанной ситуации между сторонами нет такой неопределенности относительно *essentialia negotii*, которая делает сделку неоконченной.

Поэтому представляется, что сами по себе условия по типу «заплату, если захочу» или «заплату, если ты этого захочешь» и т. п. допустимы постольку, поскольку они отражают действительную волю сторон на наличие альтернативной каузы предоставления и такое условие прямо не противоречит закону, например, не нарушает нормы о запрете дарения между коммерческими организациями (подп. 1 п. 4 ст. 575 ГК РФ).

Если же договор с таким условием в нарушение подп. 1 п. 4 ст. 575 ГК РФ заключен, например, между коммерческими лицами, он является недействительным в силу п. 2 ст. 168 ГК РФ. Соответственно, у стороны, первой осуществившей исполнение, появляется возможность вернуть исполненное в порядке реституции, а при невозможности возвращения имущества в натуре — требовать возмещения его стоимости (п. 2 ст. 167 ГК РФ). Вместе с тем это вопрос о пороке содержания сделки вследствие нарушения запрета дарения, а не собственно проблема института потестативных условий.

Приведенный подход представляется более оправданным, нежели подход, представленный в монографии А. Г. Карапетова. Если возникновение встречного обязательства поставлено в зависимость от волеизъявления должника, то для устранения возникновения неосновательного обогащения автор предлагает по истечении некоего разумного срока применять фикцию наступления условия.²⁸ Однако правило о том, что по истечении разумного срока включается фикция наступления условия, изначально идет вразрез с волей сторон, по каким-то причинам придавшим значение волеизъявлению одной из сторон. Фактически этот подход означает признание недействительной части договора, устанавливающей условие, ибо такому условию при включении фикции наступления условия не придается правового значения. Однако неизвестно, заключили бы стороны договор, не будь в нем соответствующего условия.

Предложенный же ранее подход основывается на большей свободе договора и воли сторон, в отношениях между которыми дарение не запрещено. Свободу усмотрения коммерсантов такой подход, напротив, ограничивает, что представляется оправданным, поскольку для обычного коммерсанта не свойственно предоставлять контрагентам право не производить оплату исполнения. В то же время, если должник уже изъявил волю на исполнение встречного обязательства, договор не может быть признан

²⁸ Карапетов А. Г. Зависимость условия от воли сторон условной сделки... С. 84.

недействительным как нарушающий запрет дарения (ибо *causa donandi* заменена на *causa credendi*). Таким образом, описанный подход не будет приводить к отрицательным правовым последствиям для добросовестного контрагента.

Другие же возможные негативные последствия, связанные с допустимостью потестативного условия по типу «заплачу, если захочу», могут и должны быть нивелированы локально: за счет применения последствий злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ), реализации права требовать расторжения или изменения договора, заключенного по модели договора присоединения (п. 2 ст. 428 ГК РФ), недействительности условий, ограничивающих права потребителя по сравнению с тем, как они установлены законом (ст. 16 Закона РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей»),²⁹ и т. п.

Таким образом, условием может выступать только такое волеизъявление, которое не является существенным для сделки и не представляет собой волеизъявление на само совершение сделки (А дарит В имущество, если А захочет). При этом допустимо, если стороны выражают согласие на то, чтобы исполнение сделки заведомо зависело от выражения воли одной из сторон, в отсутствие которого оно не предполагается. Поэтому вопреки взглядам некоторых современных авторов представляется, что нет достаточных политико-правовых оснований для тотального запрета потестативных отлагательных условий, когда встречное обязательство может быть исполнено при наступлении определенных обстоятельств, составляющих содержание условия. Однако в отношениях между коммерсантами такое условие должно быть ограничено постольку, поскольку предполагает возможность освобождения должника от лежащего на нем встречного обязательства по его же воле.

До этого рассматривался вопрос о допустимости таких отлагательных потестативных условий, содержанием которых является одностороннее волеизъявление, связанное с содержанием сделки. Далее следует перейти к анализу иных отлагательных условий, зависящих от воли одной из сторон, в частности бы невостребованными, не связанными с возникновением или исполнением условного обязательства (например, подача заявки на участие в конкурсе, выдача доверенности), действий одной из сторон, не являющихся волеизъявлением (например, обнаружение клада, достижение произведенным стороной товаром определенных технических показателей и т. п.), и смешанных условий (например, заключение обеспечительной сделки).

По сравнению с первой группой потестативных условий такие потестативные и смешанные условия, как показывает судебная практика, являются наиболее используемыми в обороте.

С политико-правовой точки зрения сводить условия только к событиям (пусть даже и относительным, т. е. не зависящим лишь от сторон сделки) представляется неоправданным обеднением института условных сделок. Это оставило бы невостребованными те возможности, которыми обладает институт условных сделок. В обороте (особенно в коммерческом) постоянно возникает потребность обусловить возникновение тех или иных правовых последствий сделки именно совершением действий (или, напротив, бездействием) ее участниками. В современном бизнесе, где управление построено на прогнозировании и планировании, многое зависит от того, удастся или не удастся хозяйствующему субъекту добиться определенного

²⁹ СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140.

результата. Часто условие преследует особую цель. Побудить другую сторону к действию или упущению, выполнять стимулирующую функцию условие может только при допущении его потестативности. Именно потестативные условия — при явной недостаточности для исчерпывающего регулирования отношений сторон норм позитивного права — оказываются тем юридико-техническим средством, которое позволяет сторонам установить свои права и обязанности на случай наступления разнообразных будущих более или менее вероятных обстоятельств, с каждым из которых будет связан тот или иной заслуживающий уважения интерес.

Поэтому допустимость соответствующих условий должна выступать, во всяком случае, общим правилом. Исключения же из него должны иметь оправдания в виде четких политико-правовых обоснований ограничения договорной свободы. Для того чтобы попытаться их найти, необходимо оценить возможный негативный эффект от допустимости тех или иных потестативных и смешанных условий, который может выражаться, в частности, либо в нежелательной неопределенности по поводу наступления условия длительное время, либо в риске возникновения неосновательного обогащения на стороне, первой получившей исполнение по договору, — в случаях, когда встречное обязательство носит условный характер.

Для целей исследования необходимо в первую очередь выделить условия, которые хотя и отданы во власть одного из контрагентов, но при этом из толкования договора прямо или имплицитно вытекает обязанность контрагента добросовестно стремиться эти условия обеспечить либо, наоборот, добросовестно противостоять их наступлению. Например, договор предусматривает, что обязательство по передаче вещи в собственность возникнет при условии расторжения продавцом договора аренды в отношении этой вещи. Такие условия отделимы от остальных по той причине, что при их ненаступлении в течение определенного времени становится возможным применение фикции наступления условия (п. 3 ст. 157 ГК РФ). Так, если продавец не предпринимает действий для расторжения договора, затягивая с содействием наступлению отлагательного условия, покупатель должен иметь право заявить о фикции наступления условия и тем самым считать обязательство по договору возникшим.

Применение фикции наступления условия позволяет снять нежелательную неопределенность в вопросе о возникновении обязательства, а кроме того, нивелировать риск возникновения неосновательного обогащения — в случаях, когда встречное обязательство носит условный характер.

Исходя из сказанного, нет причин устанавливать запрет рассматриваемых условий как средство ограничения принципа свободы договора. Проблему можно решить путем толкования п. 3 ст. 157 ГК РФ: применение этой нормы возможно не ко всем видам таких условий.

Что касается условий, не подразумевающих обязанности добросовестно стремиться обеспечить наступление условия, то их содержание настолько разнообразно, что формулировать в отношении них общие правила довольно трудно. Право должно быть гибким, особенно в вопросах условных сделок.

Однако для дальнейшего анализа стоит выделить два вида случаев: во-первых, случаи, когда условием оговариваются все обязательства из договора; во-вторых, случаи, при которых под условие поставлена лишь часть обязательств из договора.

В первом случае лицо, обязавшееся произвести исполнение ранее контрагента, отложило возникновение этого обязательства до момента,

когда оно само совершит действие. Такая ситуация порождает неопределенность взаимоотношений сторон. Однако кредитор не оказывается лицом к лицу с произволом должника, так как сам еще не произвел исполнение. Соответственно, необеспечение должником наступления отлагательного условия лишает права на получение встречного исполнения и самого должника. Таким образом, у подобных условий только одно негативное последствие — неопределенность положения сторон. При этом данного обстоятельства явно не достаточно, чтобы признать договор недействительным, так как сделка не посягает на публичные интересы и права третьих лиц (ст. 168 ГК РФ).

Так, А. Г. Карапетов предлагает в этом случае предусмотреть право стороны, от воли контрагента которой зависит наступление условия, по истечении некоего диспозитивного срока расторгнуть договор односторонним волеизъявлением.³⁰ С таким решением *de lege ferenda* следует согласиться. Однако действующий закон о таком праве не упоминает. В то же время здесь *de lege lata* возможен иной подход, хотя и, как представляется, менее удобный в использовании.

Так, известно, что разрешение условия возможно как в форме наступления, так и в форме отпадения этого условия. Условие отпадает, когда оно более не может наступить вследствие физических или юридических препятствий к этому. Отпадение условия прекращает возможность возникновения условного обязательства.

Если по истечении разумного времени с момента совершения сделки условие не наступает, хотя у стороны и нет обязанности добросовестно обеспечить его наступление, возможно применение последствий его отпадения. Так, если условие наступило настолько поздно, что само обязательство с учетом существа его предмета непременно должно было утратить интерес для сторон, можно говорить о фактическом отпадении этого условия, хотя бы возможность наступления условия все это время не исключалась. Иными словами, при ненаступлении условия в течение разумного срока в случае возникновения спора суд может признать условие фактически отпавшим. В литературе по германскому праву можно найти и такое решение: во избежание неопределенности сторона, зависящая от обеспечения потестативного условия другой стороной, может предоставить последней некий разумный срок, по истечении которого наступление потестативного условия уже не будет иметь юридической силы.³¹

Что же касается второго из описанных случаев, то положение вещей несколько усложняется: кредитор свое встречное обязательство уже исполнил, а встречное обязательство должника может быть исполнено только при наступлении обстоятельства, которое зависит полностью или частично от его собственных действий. Кредитор, уже исполнивший свое обязательство, может оказаться в полной власти должника, который становится заинтересованным тянуть с обеспечением наступления условия сколь угодно долго. В этой ситуации кредитор становится заложником произвольного усмотрения должника, что, конечно, нельзя признать желательным с политико-правовой точки зрения эффектом. Этот негативный аспект в дополнение к фактору неопределенности и нежелательности неосновательного обогащения может подтолкнуть к тому, чтобы признать

³⁰ Там же. С. 83.

³¹ *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar zum BGB.* 64. Auflage. 2005. § 158. Rn. 10.

такой договор недействительным. Однако все же куда рациональнее дать должнику шанс обеспечить наступление условия. Праву стоит вмешаться, только если должник будет тянуть слишком долго. В данном случае следовало бы воспользоваться возможностью применения аналогии права и допустить применение фикции наступления условия (п. 3 ст. 157 ГК РФ).³²

Применение фикции наступления условия не всегда возможно и не всегда уместно по причине невыгодности для кредитора. Однако и в этом случае можно воспользоваться уже известным приемом: при ненаступлении условия в течение разумного срока в случае возникновения спора суд может признать условие отпавшим. Если под условие поставлено обязательство, образующее встречное предоставление, при отпадении такого условия исчезает кауза предоставления, образуя кондикционное обязательство. Поэтому кредитор в любом случае защищен тем, что получает право требовать возврата переданного имущества или возмещения его стоимости в деньгах.

Кроме того, не во всех случаях вообще возникает необходимость в наступлении условия. Например, условие о выдаче заемщиком поручительства в обеспечение исполнения обязательства его дочерней организацией как основание для увеличения кредитной ставки может не наступить, но для сторон данное обстоятельство не должно рассматриваться как нежелательное.

Возможные негативные аспекты, связанные с допустимостью рассматриваемых потестативных и смешанных условий, можно нивелировать за счет применения специальных приемов (фикции наступления условия, признания длящегося условия прекратившимся и т. п.), не прибегая к полному запрету таких условий. С политико-правовой точки зрения соответствующие способы наиболее эффективно решают задачу защиты права стороны, ожидающей наступления условия, нежели запрет условий, зависящих полностью или частично от стороны сделки, следствием которого является признание условной сделки или ее части недействительной.

Побочные же негативные последствия, связанные с допустимостью потестативных и смешанных условий, могут быть устранены локально: за счет применения последствий злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ), реализации права требовать расторжения или изменения договора, заключенного по модели договора присоединения (п. 2 ст. 428 ГК РФ), и т. п.

4. Итог рассмотрения вопроса о допустимости потестативных условий сделок. Итак, мы рассмотрели различные варианты потестативных и смешанных условий и, выявив релевантные политико-правовые факторы в пользу их допустимости, пришли к следующим выводам.

Неоправданно вводить полный запрет на все условия, зависящие полностью либо частично от одной из сторон сделки, как предлагается в проекте изменений в ГК РФ.³³ Для признания судами условных сделок по причине наличия в них подобных условий недействительными *de lege lata* также не имеется оснований. В качестве общего правила выступает допустимость соответствующих условий.

Отлагательным условием не может выступать волеизъявление, которое является существенным для сделки или представляет собой волеизъявление на само совершение сделки (А дарит В имущество, если А захочет). В этом случае до выражения соответствующего волеизъявления

³² Карапетов А. Г. Зависимость условия от воли сторон условной сделки... С. 84.

³³ См. Проект Федерального закона № 47538-6.

договор не считается заключенным. Однако допустима ситуация, когда стороны выражают согласие на то, чтобы исполнение сделки зависело от выражения воли одной из сторон, в отсутствие которого оно не предполагается. При этом такое условие не должно приводить к пороку содержания сделки, например, вследствие нарушения запрета дарения между коммерческими организациями.

5. Требования к потестативным условиям для целей сохранения действительности сделки. Отлагательным условием не может выступать волеизъявление, которое является существенным для сделки, а отменительное условие недопустимо в обязательствах, которые не связаны с осуществлением предпринимательской деятельности хотя бы для одной из его сторон. Необходимо выявить общие для всех потестативных условий требования, нарушение которых способно влиять на действительность сделки.

Одним из ограничений на допустимость условия, отмечаемых некоторыми современными авторами, является законность условия. Л. В. Кузнецова считает недопустимым установление в качестве условия совершения деяния, признаваемого по действующему законодательству правонарушением, а также совершения аморального поступка. «В тех случаях, когда участники сделки обуславливают возникновение или прекращение гражданских прав и обязанностей условием, которое противоречит закону, иным правовым актам, основам правопорядка или нравственности, — пишет Л. В. Кузнецова, — такая сделка должна признаваться ничтожной на основании ст. 168 ГК РФ».³⁴

Однако автор не учитывает, что условие не входит в содержание сделки, а стало быть, противоправный характер условия еще не означает противоправности сделки, как имеющей порок содержания. Кроме того, если незаконное условие невозможно, то означает ли это, что невозможно составить условную сделку, где в связи с правонарушением (в том числе нарушением договора), допущенным одной из сторон договора, дополнительные права будут возникать у другой стороны? Если да, то в чем причина такого запрета?

Представляется, что запрет совершения сделок под противоправным потестативным условием препятствует реализации стимулирующей и защитной функций условных сделок, а потому в таком виде должен быть отвергнут позитивным правом. Так, одним из наиболее распространенных правонарушений в сфере частного права является неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств. Именно ввиду возможности наступления указанных обстоятельств законодателем установлены институты способов обеспечения исполнения обязательств, мер оперативного воздействия и ответственности. Но в действующем ГК РФ перечень способов обеспечения исполнения обязательств не является исчерпывающим — стороны могут предусмотреть договором и иные способы. Однако если в поименованном обеспечительном обязательстве нарушение основного обязательства не является условием в собственном смысле слова, предполагается самой конструкцией сделки, будучи законным условием, то в непоименованном это именно полноценное отлагательное условие. Исключение возможности совершения сделок под противоправным условием делает право сторон предусмотреть непоименованный способ обеспечения бессодержательным.

Достаточно удачное разграничение возможности либо невозможности включения неправомерного или аморального действия в качестве

³⁴ Кузнецова Л. В. Сделки, совершенные под условием. С. 217.

условия показал в своей работе В. Голевинский. В частности, он писал: «Юридически невозможными признаются действия человека, противные доброй нравственности или запрещенные законом. Однако действие, поставленное в условие договора, не может быть обсуждаемо само по себе, а должно быть рассматриваемо по отношению к цели, для которой поставлено это условие. Если, например, действие запрещенное поставлено в условие договора с той целью, чтобы отвлечь одну из договаривающихся сторон от совершения такого действия, то это будет действие юридически возможное, дозволенное. Напротив того, если этим действием обуславливается обязательство таким образом, чтобы одну из сторон довести до совершения чего-либо недозволенного, то такое условие юридически невозможно». «Таким образом, — заключает В. Голевинский, — характер действия юридически невозможного зависит не от самого существа действия, а собственно от намерения, с которым такое действие поставлено в условие обязательства, от нравственной или иной преступной цели, к которой направлено это условие».³⁵

Фактически ту же идею высказывал И. Б. Новицкий: «Недопустимо, когда условная оговорка сама по себе ничего противозаконного или безнравственного не содержит, но толкает на совершение чего-либо беззаконного или безнравственного».³⁶

Некоторые современные российские цивилисты подтверждают эту идею. В частности, С. А. Громов отмечает допустимость согласования условия, состоящего в нарушении договора одной из сторон, если наступление этого условия порождает определенные преимущества и открывает дополнительные возможности для пострадавшего от правонарушения контрагента.³⁷ Обозначенный подход основан на зарубежном законодательстве (Швейцария и Латвия), признающем противоправным только такое условие, которое прямо или косвенно способствует противозаконному или безнравственному действию. Так, согласно ст. 157 Обязательственного кодекса Швейцарии не будет иметь юридической силы требование, вытекающее из наступившего условия, которое было согласовано с целью способствовать незаконному или аморальному действию или бездействию. Я. В. Карнаков также придерживается точки зрения, согласно которой возможно согласование условия, хотя и указывающего на неправомерное или аморальное действие, но по своей цели стимулирующего воздержание от такого поведения и налагающего на лицо, совершившее соответствующее неправомерное или аморальное действие, определенные отрицательные последствия.³⁸

Следующим требованием к условию является потенциальная возможность его наступления, т. е. относимость к реальной действительности.

Невозможность наступления условия может быть как физической, так и юридической. Как отмечал И. Б. Новицкий, «физическая невозможность условия состоит в том, что в качестве условия названо такое событие, которое не может наступить, так как этому препятствуют законы природы... Юридически невозможным является условие, содержание которого

³⁵ Голевинский В. О происхождении и делении обязательств. Варшава, 1872. С. 181.

³⁶ Новицкий И. Б. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. I. М., 2006. С. 227.

³⁷ Громов С. А. Спорные аспекты учения об условных сделках. С. 269.

³⁸ Карнаков Я. В. Некоторые вопросы условных сделок // Закон. 2008. № 11. С. 157.

неосуществимо в силу закона (например, несовместимое с национализацией земли, с монополией внешней торговли и т. д.)».³⁹

Договор, поставленный в зависимость от изначально невозможного условия, считается незаключенным (не способно к возникновению обязательства под условием неосуществимого события или действия).

Не могут признаваться способными к тому, чтобы стать условиями в соответствующем виде сделок, такие обстоятельства, которые не связаны с фактическими жизненными реалиями и в силу этого невозможны. Например, недопустимо, «когда некто продает автомобиль под условием, что автомобиль будет передан во владение и пользование покупателя, если продавец придумает «вечный» двигатель к нему».⁴⁰ Однако если условие выражено отрицательно по отношению к условию невозможному (если продавец не придумает «вечный» двигатель), то сделка, напротив, будет считаться действительной, но само условие силы иметь не будет; иными словами, такая сделка признается безусловной.

Таким образом, условие в сделке должно одновременно отвечать и признаку неопределенности, и критерию реальности: с одной стороны, в отношении соответствующего обстоятельства не должно быть заранее известно, наступит оно или нет, а с другой — его наступление должно быть вполне возможным и допустимым с точки зрения объективной реальности.

При этом для оценки действительности сделки имеет значение осуществимость условия на момент ее совершения. Последующая невозможность условия прекращает само условие и возможность возникновения обязательства, не затрагивая вопроса действительности сделки.

Другие же отмечаемые в литературе характеристики условий, такие как неизвестность относительно наступления, относимость к будущему времени, являясь конститутивными признаками условий, отличающими их от иных правовых явлений, например, от сроков, не могут, следовательно, выступать в качестве требований к этим условиям. Отсутствие этих признаков означает отсутствие условия как такового, а не его порочность, ни в коей мере не затрагивая действительности сделки.

Таким образом, для целей действительности сделки потестативные условия должны быть юридически возможными, а их содержанием не может быть противоправное или безнравственное действие, если обязательство обуславливается таким образом, чтобы одну из сторон мотивировать к их совершению.

³⁹ Новицкий И. Б. Избранные труды по гражданскому праву. Т. I. С. 227.

⁴⁰ Гражданское право / под ред. Е. А. Суханова. Т. I. С. 136.

ИНДИЙСКИЙ ЗАКОН О ДОГОВОРАХ 1872 Г.
(ОБЩИЕ СВЕДЕНИЯ, ОБЩИЙ КОММЕНТАРИЙ,
ОРИГИНАЛЬНЫЙ ТЕКСТ И РУССКИЙ ПЕРЕВОД)*

«Правоведение» продолжает публикацию русского перевода и оригинального текста Индийского закона о договорах 1872 г. Настоящая публикация охватывает нормы глав III–VII — об условных договорах (ст. 31–36), об исполнении договорных обязательств (ст. 37–67), о квазидоговорах (ст. 68–72), последствиях нарушения договорных обязательств (ст. 73–75) и, наконец, о договоре продажи товаров (ст. 76–123).

INDIAN CONTRACT ACT 1872 (GENERAL INFORMATION, GENERAL COMMENTS, ORIGINAL TEXT AND RUSSIAN TRANSLATION)

“Pravovedenie” continues to publish Russian translation and original text of the Indian Contract Act 1872. This publication covers the norms of Chapters III–VII — regarding contingent contracts (art. 31–36), performance of contractual obligations (art. 37–67), quasi-contracts (art. 68–72), consequences of breach of contract (art. 73–75), and, finally, regarding sale of goods contract (art. 76–123).

Chapter III. Of contingent contracts	Глава III. Об условных договорах
31. «Contingent contract» defined. — A «contingent contract» is a contract to do or not to do something, if some event, collateral to such contract, does or does not happen.	31. «Условный договор»: определение. — «Условным» называется договор о том, чтобы сделать или не делать чего-либо, если определенное событие, сопутствующее такому договору, произойдет или не произойдет.
Illustration	Иллюстрация
A contracts to pay B Rs. 10,000 if B's house is burnt. This is a contingent contract.	A по договору обязуется уплатить B 10 000 рупий, если дом B сгорит. Это условный договор.

* Продолжение. Начало см. Правоведение № 4 2014 г.

Публикацию подготовил доктор юридических наук, профессор кафедры коммерческого права и основ правоведения юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова Вадим Анатольевич Белов.

E-mail: bva5871@yandex.ru

© Белов В. А. (предисловие, перевод на русский язык, комментарии), 2014

32. Enforcement of contracts contingent on an event happening. — Contingent contracts to do or not to do anything if an uncertain future event happens cannot be enforced by law unless and until that event has happened. If the event becomes impossible, such contracts become void. Illustrations (a) A makes a contract with B to buy B's horse if A survives C. This contract cannot be enforced by law unless and until C dies in A's lifetime. (b) A makes a contract with B to sell a horse to B at a specified price, if C, to whom the horse has been offered, refuses to buy him. The contract cannot be enforced by law unless and until C refuses to buy the horse. (c) A contracts to pay B a sum of money when B marries C. C dies without being married to B. The contract becomes void.	32. Действие условных договоров, предусматривающих наступление события. — Условные договоры, предусматривающие действие или бездействие с наступлением в неопределенном будущем известного события, не имеют силы, если и пока соответствующее событие не наступило. Если событие становится невозможным, такие договоры становятся недействительными. Иллюстрации (а) А заключает договор с В о покупке у В лошади, если А переживет С. Этот договор не действует по закону, если и пока А не умрет во время жизни А. (b) А заключает договор с В о продаже ему лошади по определенной цене, если С, которому эта лошадь была предложена, откажется купить ее. Этот договор не действует по закону, если и пока С не отказывается от покупки лошади. (с) А по договору обязуется уплатить В сумму денег, если В женится на С. С умирает, не побывав замужем за В. Договор становится недействительным.
33. Enforcement of contracts contingent on an event not happening. — Contingent contracts to do or not to do anything if an uncertain future event does not happen can be enforced when the happening of that event becomes impossible, and not before. Illustration A agrees to pay B a sum of money if a certain ship does not return. The ship is sunk. The contract can be enforced when the ship sinks.	33. Действие условных договоров, предусматривающих ненаступление события. — Условные договоры, предусматривающие совершение действия или бездействия, если в неопределенном будущем известное событие не наступит, начинают действовать не ранее, чем наступление этого события станет невозможным. Иллюстрация А соглашается уплатить В сумму денег, если известное судно В не вернется [из рейса]. Судно затонуло. Договор начнет действовать с того момента, когда судно затонет.

34. When event on which contract is contingent to be deemed impossible, if it is the future conduct of a living person. — If the future event on which a contract is contingent is the way in which a person will act at an unspecified time, the event shall be considered to become impossible when such person does anything which renders it impossible that he should so act within any definite time, or otherwise than under further contingencies.

Illustration

A agrees to pay B a sum of money if B marries C. C marries D. The marriage of B to C must now be considered impossible, although it is possible that D may die and that C may afterwards marry B.

34. Когда следует считать невозможным наступление предусмотренного условием договором события, если оно заключается в поведении человека. — Если будущее событие, на котором базируется условный договор, представляет собой тот образ поведения, которого лицо должно придерживаться неопределенно долгое время, то наступление такого события должно считаться невозможным не ранее, чем обязанный совершит что-то такое, что сделает невозможным его должное поведение в любой определенный момент времени, или случится то, что будет несовместимо с должным поведением в будущем.

Иллюстрация

А соглашается уплатить В сумму денег, если В женится на С. С женится на D. Брак между В и С должен теперь рассматриваться как невозможный, хотя не исключено, что D может умереть, и что, следовательно, С после этого сможет жениться на В.

35. When contracts become void which are contingent on happening of specified event within fixed time. — Contingent contracts to do or not to do anything if a specified uncertain event happens within a fixed time become void if, at the expiration of the time fixed, such event has not happened, or if, before the time fixed, such event becomes impossible.

When contracts may be enforced which are contingent on specified event not happening within fixed time. — Contingent contracts to do or not to do anything if a specified uncertain event does not happen within a fixed time may be enforced by law when the time fixed has expired and such event has not happened or, before the time fixed has expired, if it

35. Недействительность договоров, зависящих от наступления события в течение известного срока. — Условные договоры, предусматривающие совершение действия или бездействия, если в течение определенного срока наступит известное событие, становятся недействительными либо с истечением этого срока, если соответствующее событие не произошло прежде, или если до его истечения наступление события станет невозможным.

Вступление в силу договора, зависящего от ненаступления события в течение известного срока. — Условные договоры, предусматривающие совершение действия или бездействия, если известное событие не наступит в течение определенного срока, вступают в законную силу с истечением этого срока, если соответствующее

becomes certain that such event will not happen. Illustrations (a) A promises to pay B a sum of money if a certain ship returns within a year. The contract may be enforced if the ship returns within the year, and becomes void if the ship is burnt within the year. (b) A promises to pay B a sum of money if a certain ship does not return within a year. The contract may be enforced if the ship does not return within the year, or is burnt within the year.	событие не произошло, или ранее его истечения, если случится нечто такое, что свидетельствует о том, что такое событие уже не произойдет. Иллюстрации (a) А обязуется уплатить В сумму денег, если определенное судно <i>вернется</i> из плавания в течение года. Договор начнет действовать, если судно в течение года вернется, и станет недействительным, если судно в течение этого года сгорит. (b) А обязуется уплатить В сумму денег, если определенное судно <i>не вернется</i> из плавания в течение одного года. Договор может вступить в силу по истечении года, если судно не вернется, и даже ранее истечения этого года, если оно сгорит.
36. Agreement contingent on impossible events void. — Contingent agreements to do or not to do anything, if an impossible event happens, are void, whether the impossibility of the event is known or not to the parties to the agreement at the time when it is made. Illustrations (a) A agrees to pay B 1,000 rupees if two straight lines should enclose a space. The agreement is void. (b) A agrees to pay B 1,000 rupees if B will marry A's daughter C. C was dead at the time of the agreement. The agreement is void.	36. Соглашения под условием невозможного события недействительны. — Условные соглашения о совершении действия или бездействия, если произойдет невозможное событие, недействительны, независимо от того, знали ли о такой невозможности стороны в момент заключения соглашения или нет. Иллюстрации (a) А соглашается выплатить В 1000 рупий, если две прямые линии ограничат собой некое пространство. Это соглашение является недействительным. (b) А обязуется заплатить В 1000 рупий, если В выйдет замуж за С — дочь А. В момент достижения соглашения С была мертва. Это соглашение является недействительным.
Chapter IV. Of the performance of contracts <i>Contracts which must be performed</i> 37. Obligation of parties to contracts. — The parties to a contract must either perform, or offer to perform, their respective promises, unless such performance is dispensed with or excused under the provisions of this Act, or of any other law.	Глава IV. Исполнение договоров <i>Договоры, подлежащие исполнению</i> 37. Обязательство сторон договора. — Стороны договора должны исполнить или предложить исполнить данные ими обязательства, кроме случаев, когда без такого исполнения можно будет обойтись или они будут освобождены от исполнения нормами настоящего или любого другого закона.

Promises bind the representatives of the promisors in case of the death of such promisors before performance, unless a contrary intention appears from the contract. Illustrations (a) A promises to deliver goods to B on a certain day on payment of Rs. 1,000. A dies before that day. A's representatives are bound to deliver the goods to B, and B is bound to pay the Rs. 1,000 to A's representatives. (b) A promises to paint a picture for B by a certain day, at a certain price. A dies before the day. The contract cannot be enforced either by A's representatives or by B.	Обязательства связывают наследников обязавшихся лиц в случае смерти таких обязавшихся до исполнения, если иное намерение не вытекает из договора. Иллюстрации (a) А обязуется передать товары В в определенный день по уплате последним 1000 рупий. А умирает до этого дня. Наследники А обязаны передать товары В, а В обязан уплатить им 1000 рупий. (b) А обязуется написать картину для В к определенному дню по определенной цене. А умирает до этого дня. Договор не имеет силы ни в отношении наследников А, ни в отношении В.
38. Effect of refusal to accept offer of performance. — Where a promisor has made an offer of performance to the promisee, and the offer has not been accepted, the promisor is not responsible for nonperformance, nor does he thereby lose his rights under the contract. Every such offer must fulfill the following conditions: (1) it must be unconditional; (2) it must be made at a proper time and place, and under such circumstances that the person to whom it is made may have a reasonable opportunity of ascertaining that the person by whom it is made is able and willing there and then to do the whole of what he is bound by his promise to do; (3) if the offer is an offer to deliver anything to the promisee, the promisee must have a reasonable opportunity of seeing that the thing offered is the thing which the promisor is bound by his promise to deliver.	38. Последствия отказа принять предложенное исполнение. — Если должник предложил исполнение кредитору и это предложение не было принято, должник освобождается от обязательства, не теряя своих прав по договору, а самое обязательство прекращается. Каждое такое предложение должно соответствовать следующим условиям: (1) оно должно быть безусловным; (2) оно должно быть сделано в надлежащее время, в надлежащем месте и в таких обстоятельствах, при которых лицо, которому производится исполнение, имеет разумную возможность установить, что лицо, предлагающее исполнение, способно и намеревается к этому, а предложенное им вполне соответствует условиям его обязательства; (3) если предложено передать что-либо кредитору, последний должен иметь разумную возможность установить, что предложенное есть именно то, что должник обязан передать по обязательству из его обязательства исполнения.

An offer to one of several joint promises has the same legal consequences as an offer to all of them. Illustration A contracts to deliver to B at his warehouse, on the 1st March, 1873, 100 bales of cotton of a particular quality. In order to make an offer of a performance with the effect stated in this section, A must bring the cotton to B's warehouse, on the appointed day, under such circumstances that B may have a reasonable opportunity of satisfying himself that the thing offered is cotton of the quality contracted for, and that there are 100 bales.	Предложение одного из нескольких совместных исполнений имеет те же правовые последствия, как предложение всех исполнений. Иллюстрация А обязан по договору передать В на его склад 1 марта 1873 г. 100 тюков хлопка определенного качества. Для того чтобы сделать предложение об исполнении, которое достигнет результата, описанного в настоящей статье, А должен привезти хлопок на склад В в назначенный день при обстоятельствах, в которых В имеет разумную возможность удостовериться в том, что предложенное ему является хлопком того качества, которое предусмотрено договором, и налицо именно 100 тюков.
39. Effect of refusal of party to perform promise wholly. — When a party to a contract has refused to perform, or disabled himself from performing, his promise in its entirety, the promisee may put an end to the contract, unless he has signified, by words or conduct, his acquiescence in its continuance. Illustrations (a) A, a singer, enters into a contract with B, the manager of a theatre, to sing at his theatre two nights in every week during the next two months, and B engages to pay her 100 rupees for each night's performance. On the sixth night A willfully absents herself from the theatre. B is at liberty to put an end to the contract. (b) A, a singer, enters into a contract with B, the manager of a theatre, to sing at his theatre two nights in every week during the next two months, and B engages to pay her at the rate of 100 rupees for each night. On the sixth night A willfully absents herself. With the assent of B, A sings on the seventh night. B has signified his acquiescence in the continuance of the contract, and cannot now put an end to it, but is entitled to compensation for the damage sustained by him through A's failure to sing on the sixth night.	39. Последствия отказа стороны исполнить обязательство полностью. — Если сторона договора отказывается или неспособна исполнить свое обязательство в полном объеме, кредитор может отказаться от договора, если только из его слов, поведения или молчаливого согласия не следует воля на его сохранение. Иллюстрации (a) А, певица, заключила с В, менеджером театра, договор, обязавшись петь в его театре два вечера в неделю в течение ближайших двух месяцев, а В обязался уплачивать ей 100 рупий за каждый вечер исполнения. На шестой вечер А намеренно не прибыла в театр. В вправе по своему усмотрению расторгнуть с ней договор. (b) А, певица, заключила с В, менеджером театра, договор, обязавшись петь в его театре два вечера в неделю в течение ближайших двух месяцев, а В обязался уплачивать ей 100 рупий за каждый вечер. На шестой вечер А намеренно отсутствует. [Тем не менее] с ведома В, А поет на седьмой вечер. В изъявил свое молчаливое согласие сохранить договор в силе и уже не может от него отказаться, но имеет право на возмещение ущерба, причиненного ему тем, что А не пела на шестой вечер.

<i>By whom contracts must be performed</i> 40. Person by whom promise is to be performed. — If it appears from the nature of the case that it was the intention of the parties to any contract that any promise contained in it should be performed by the promisor himself, such promise must be performed by the promisor. In other cases, the promisor or his representatives may employ a competent person to perform it. Illustrations (a) A promises to pay B a sum of money. A may perform this promise, either by personally paying the money to B or by causing it to be paid to B by another; and, if A dies before the time appointed for payment, his representatives must perform the promise, or employ some proper person to do so. (b) A promises to paint a picture for B. A must perform this promise personally.	<i>Кто должен исполнять договоры</i> 40. К исполнению обязательства обязан тот, кто его на себя принял. — Если из существа дела явствует, что стороны договора имели в виду исполнение какого-либо из обязательств, составляющих его, исключительно самим должником, то именно должник и обязан исполнить это обязательство. В других случаях должник или его наследники могут возложить исполнение на другое, способное его произвести, лицо. Иллюстрации (a) А обязуется уплатить В денежную сумму. А может исполнить это обязательство, либо уплатив деньги В лично, либо организовав дело так, чтобы платеж В был произведен другим лицом; если А умирает до наступления срока платежа, то его наследники должны исполнить обязательство сами или же возложить исполнение на иное, способное уплатить, лицо. (b) А обязуется написать картину для В. А должен выполнить это обязательство лично.
41. Effect of accepting performance from third person. — When a promisee accepts performance of the promise from a third person, he cannot afterwards enforce it against the promisor.	41. Последствия принятия исполнения от третьего лица. — Кредитор, принявший исполнение обязательства от третьего лица, не может впоследствии требовать исполнения от должника.
42. Devolution of joint liabilities. — When two or more persons have made a joint promise, then, unless a contrary intention appears by the contract, all such persons, during their joint lives, and, after the death of any of them, his representative jointly with the survivor or survivors, and, after the death of the last survivor, the representatives of all jointly, must fulfill the promise.	42. Преемство в солидарных обязательствах. — Если два или более лиц дали солидарное обязательство, то, если только иного намерения не будет следовать из договора, все такие лица во время своей жизни, а после смерти любого из них — его наследники солидарно с пережившим или пережившими, и после смерти последнего пережившего — наследники всех солидарно, должны исполнить обязательство.

43. Any one of joint promisors may be compelled to perform. — When two or more persons make a joint promise, the promisee may, in the absence of express agreement to the contrary, compel any ²²⁾[one or more] of such joint promisors, to perform the whole of the promise.

Each promisor may compel contribution. — Each of two or more joint promisors may compel every other joint promisor to contribute equally with himself to the performance of the promise, unless a contrary intention appears from the contract.

Sharing of loss by default in contribution. — If any one of two or more joint promisors makes default in such contribution, the remaining joint promisors must bear the loss arising from such default in equal shares.

Explanation. — Nothing in this section shall prevent a surety from recovering from his principal, payments made by the surety on behalf of the principal, or entitle the principal to recover anything from the surety on account of payments made by the principal.

Illustrations

(a) A, B and C jointly promise to pay D 3,000 rupees. D may compel either A or B or C to pay him 3,000 rupees.

(b) A, B and C jointly promise to pay D the sum of 3,000 rupees. C is compelled to pay the whole. A is insolvent, but his assets are sufficient to pay one-half of his debts. C is entitled to receive 500 rupees from A's estate, and 1,250 rupees from B.

²²⁾ Subs. by Act 12 of 1891 for «one».

43. Каждого из солидарно обязанных можно принудить исполнять. — Если два или более лиц обязались солидарно, то кредитор может, в отсутствие прямо выраженного соглашения об обратном, потребовать с любого ²²⁾ [одного или более] из солидарно обязанных полного исполнения обязательства.

Каждого обязанного можно принудить к возмещению. — Каждый из двух или более солидарно обязанных может взыскать с каждого из других солидарных с ним должников сумму, равную своей доле в произведенном им исполнении, если иное намерение не вытекает из договора.

Распределение убытка от невозмещенного. — Если один из двух или более солидарных должников не возмещает содолжнику расходы по произведенному им исполнению, то убыток от такого возмещения падает в равных долях на других солидарных должников.

Объяснение. — Ничто в настоящей статье не препятствует поручителю, уплатившему за принципала [т. е. основного должника], взыскать в полном объеме платежа, сделанные им, с принципала, равно как и не дает принципалу права возмещения им уплаченного от поручителя.

Иллюстрации

(a) A, B и C солидарно обязуются уплатить D 3000 рупий. D может требовать или с A, или с B, или с C уплатить ему 3000 рупий.

(b) A, B и C солидарно обязуются уплатить D сумму 3000 рупий. C вынужден уплатить полностью. A является неплатежеспособным, но у него активов достаточно, чтобы покрыть половину долгов. C имеет право на получение 500 рупий из недвижимости A и 1250 рупий от B.¹

²²⁾ Законом № 12 от 1891 г. заменено слово «одного».

¹ Почему 1250, а не 1000? Потому что неуплаченное одним из солидарных должников падает в равной степени на всех остальных. С A причиталось 1000 рупий (1/3 часть долга); он уплатил только 500; неуплаченные 500 «раскидываются» на двух других солидарных должников в равных долях, т. е. по 250 рупий на B и на C.

(c) A, B and C are under a joint promise to pay D 3,000 rupees. C is unable to pay anything, and A is compelled to pay the whole. A is entitled to receive 1,500 rupees from B. (d) A, B and C are under a joint promise to pay D 3,000 rupees, A and B being only sureties for C. C fails to pay. A and B are compelled to pay the whole sum. They are entitled to recover it from C.	(c) А, В и С обременены солидарным обязательством уплатить D 3000 рупий. С не платит ничего, и А вынужден платить целиком. А имеет право получить 1500 рупий от В. (d) А, В и С обременены солидарным обязательством уплатить D 3000 рупий. А и В являются поручителями за С. С не платит. А и В оказываются вынуждены заплатить всю сумму, но имеют право полностью возместить уплаченное с С.
44. Effect of release of one joint promisor. — Where two or more persons have made a joint promise, a release of one of such joint promisors by the promisee does not discharge the other joint promisor or joint promisors; neither does it free the joint promisors so released from responsibility to the other joint promisor or joint promisors.²³⁾ — ²³⁾ See s. 138, <i>infra</i>.	44. Последствия освобождения одного из солидарно обязанных. — Если два или более лиц дали солидарное обязательство, то освобождение кредитором одного из таких солидарных должников не освобождает другого или других солидарных должников; при этом освобожденный таким образом солидарный должник не освобождается от обязательств перед другим солидарным должником или солидарными должниками.²³⁾ — ²³⁾ См. ст. 138 ниже.
45. Devolution of joint rights. — When a person has made a promise to two or more persons jointly, then, unless a contrary intention appears from the contract, the right to claim performance rests, as between him and them, with them during their joint lives, and, after the death of any of them, with the representative of such deceased person jointly with the survivor or survivors, and, after the death of the last survivor, with the representatives of all jointly.²⁴⁾ — ²⁴⁾ For an exception to s. 45 in case of Government securities, see the Indian Securities Act, 1920 (10 of 1920), s. 4.	45. Преемство в солидарных требованиях. — Если некто обязался для двух или более лиц солидарно, то, если только иного намерения не будет следовать из договора, для целей их отношений право требовать исполнения в период жизни всех кредиторов принадлежит любому из них, а после смерти любого из них — его наследникам солидарно с пережившим или пережившими, а после смерти последнего из переживших — солидарно всем их наследникам.²⁴⁾ — ²⁴⁾ Исключение из ст. 45, касающееся долгов по государственным ценным бумагам, — см. Индийский закон о ценных бумагах 1920 г. (Акт № 10 от 1920 г.), ст. 4.

Illustration A, in consideration of 5,000 rupees, lent to him by B and C, promises B and C jointly to repay them that sum with interest on a day specified. B dies. The right to claim performance rests with B's representative jointly with C during C's life, and after the death of C with the representatives of B and C jointly.	Иллюстрация А, за встречное удовлетворение в 5000 рупий, одолженных ему В и С, обязуется В и С солидарно возратить эту сумму с процентами в определенный день. В умирает. Право требовать исполнения принадлежит наследникам В солидарно с С, пока тот будет жив, а после его смерти — солидарно наследникам В и С.
<i>Time and place for performance</i> 46. Time for performance of promise, when no application is to be made and no time is specified. — Where, by the contract, a promisor is to perform his promise without application by the promisee, and no time for performance is specified, the engagement must be performed within a reasonable time. Explanation. — The question «what is a reasonable time» is, in each particular case, a question of fact.	<i>Время и место исполнения</i> 46. Время исполнения обязательства без его определения и без особого о том требования. — Если обязавшийся по договору должен исполнить обязательство без заявления требования кредитором, а время исполнения специально не определено, то исполнение должно быть произведено в разумный срок. Объяснение. — Вопрос «что такое разумный срок» в каждом конкретном случае является вопросом факта.
47. Time and place for performance of promise, where time is specified and no application to be made. — When promise is to be performed on a certain day, and the promisor has undertaken to perform it without application by the promisee, the promisor may perform it at any time during the usual hours of business on such day and at the place at which the promise ought to be performed. Illustration A promises to deliver goods at B's warehouse on the first January. On that day A brings the goods to B's warehouse, but after the usual hour for closing it, and they are not received. A has not performed his promise.	47. Время и место исполнения обязательства с определением времени, но без особого о том требования. — Если обязательство должно быть исполнено в определенный день и должник взял на себя обязательство исполнить его без заявления о том требования кредитора, должник может исполнить его в любое время в течение обычных рабочих часов назначенного дня в месте, в котором обязательство должно быть исполнено. Иллюстрация А обязуется передать товары на склад В первого января. В этот день А привозит товары на склад В, но после обычного часа закрытия, из-за чего товары не могут быть приняты. А не исполнил своего обязательства.

48. Application for performance on certain day to be at proper time and place. — When a promise is to be performed on a certain day, and the promisor has not undertaken to perform it without application by the promisee, it is the duty of the, promisee to apply for performance at a proper place and within the usual hours of business. Explanation. — The question «what is a proper time and place» is, in each particular case, a question of fact.	48. Требование об исполнении в определенный день должно быть предъявлено в надлежащее время и надлежащем месте. — Если обязательство должно быть исполнено в определенный день и должник не может произвести исполнение без предъявления о том требования кредитора, то такое требование об исполнении должно быть сделано в надлежащем месте и в течение обычных рабочих часов. Объяснение. — Вопрос «что такое надлежащее время и место» в каждом конкретном случае является вопросом факта.
49. Place for performance of promise, where no application to be made and no place fixed for performance. — When a promise is to be performed without application by the promisee, and no place is fixed for the performance of it, it is the duty of the promisor to apply to the promisee to appoint a reasonable place for the performance of the promise, and to perform it at such place. Illustration A undertakes to deliver a thousand maunds of jute to B on a fixed day. A must apply to B to appoint a reasonable place for the purpose of receiving it, and must deliver it to him at such place.	49. Место исполнения обязательства без его определения и без особого о том заявления. — Если обязательство должно быть исполнено без предъявления особого о том требования кредитором, а в каком месте — не определено, то должник обязан уведомить кредитора о выборе разумного места исполнения обязательства и исполнить его в этом месте. Иллюстрация А обязуется передать тысячу маундов джута В в определенный день. А необходимо назначить В разумное место для этого места и по предъявлении требования — передать следующее ему в этом месте.
50. Performance in manner or at time prescribed or sanctioned by promisee. — The performance of any promise may be made in any manner, or at any time which the promisee prescribes or sanctions. Illustrations (a) B owes A 2,000 rupees. A desires B to pay the amount to A's account with C, a banker. B, who also banks with C, orders the amount to be transferred from his account to A's credit, and this is done by C. Afterwards, and before A knows of the transfer, C fails. There has been a good payment by B.	50. Исполнение в порядке или во время, установленных или санкционированных кредитором. — Исполнение любого обязательства может быть произведено любым способом или в любое время, предписанные или согласованные кредитором. Иллюстрации (а) В должен А 2000 рупий. А просит В уплатить сумму на его счет, открытый у банкира С. В, который тоже обслуживается у С, приказывает последнему списать сумму с его счета и зачислить ее на счет А, что С и делает. После этого и прежде, чем А узнает о переводе, С становится банкротом. Платеж, произведенный В, считается надлежащим.

(b) A and B are mutually indebted. A and B settle an account by setting off one item against another, and B pays A the balance found to be due from him upon such settlement. This amounts to a payment by A and B, respectively, of the sums which they owed to each other. (c) A owes B 2,000 rupees. B accepts some of A's goods in reduction of the debt. The delivery of goods operates as a part payment. (d) A desires B, who owes him Rs. 100, to send him a note for Rs. 100 by post. The debt is discharged as soon as B puts into the post a letter containing the note duly addressed to A.	(b) А и В являются должниками друг друга. А и В погашают взаимные требования путем их зачета одного против другого, и В платит А сальдо [разницу], оставшееся непогашенным после зачета. Этот платеж погашает, соответственно, все суммы, которые А и В должны друг другу. (c) А задолжал В 2000 рупий. В принимает некоторые из товаров А в погашение долга. Передача товаров имеет значение частичной оплаты. (d) А просит В, который должен ему 100 рупий, выслать ему банкноту в 100 рупий по почте. Задолженность прекращается с момента сдачи В письма на почту при условии, что оно содержит требуемую банкноту и должным образом адресовано на имя А.
<i>Performance of reciprocal promises</i> 51. Promisor not bound to perform, unless reciprocal promisee ready and willing to perform. — When a contract consists of reciprocal promises to be simultaneously performed, no promisor need perform his promise unless the promisee is ready and willing to perform his reciprocal promise. Illustrations (a) A and B contract that A shall deliver goods to B to be paid for by B on delivery. A need not deliver the goods, unless B is ready and willing to pay for the goods on delivery. B need not pay for the goods, unless A is ready and willing to deliver them on payment. (b) A and B contract that A shall deliver goods to B at a price to be paid by installments, the first installment to be paid on delivery. A need not deliver, unless B is ready and willing to pay the first installment on delivery. B need not pay the first installment, unless A is ready and willing to deliver the goods on payment of the first installment.	<i>Исполнение взаимных обязательств</i> 51. Должник не обязан исполнять, если только взаимно обязанный не будет готов и не пожелает взаимно исполнить. — Если договор содержит взаимные обязательства, то они должны быть исполнены одновременно, и тот, кто дал обязательство, может его не исполнять до тех пор, пока кредитор не будет в состоянии и не выразит воли исполнить свое взаимное обязательство. Иллюстрации (a) А и В договорились, что А должен передать товары В, а тот должен оплатить их при передаче. А не должен передавать товары иначе, как в случае, если В будет готов и пожелает оплатить их при передаче. В не обязан оплачивать товары иначе как в случае, когда А будет готов и пожелает передать их при платеже. (b) А и В договорились, что А передаст товары В по цене, оплачиваемой периодическими платежами [в рассрочку], причем первый взнос должен быть уплачен при передаче. А не должен передавать товары, если только В не будет готов и не пожелает уплатить первый взнос при передаче. В не должен уплачивать первый взнос, если только А не будет и не пожелает передать товары при первом платеже.

52. Order of performance of reciprocal promises. — Where the order in which reciprocal promises are to be performed is expressly fixed by the contract, they shall be performed in that order; and, where the order is not expressly fixed by the contract, they shall be performed in that order which the nature of the transaction requires. Illustrations (a) A and B contract that A shall build a house for B at a fixed price. A's promise to build the house, must be performed before B's promise to pay for it. (b) A and B contract that A shall make over his stock-in-trade to B at a fixed price, and B promises to give security for the payment of the money. A's promise need not be performed until the security is given, for the nature of the transaction requires that A should have security before he delivers up his stock.	52. Порядок исполнения взаимных обязательств. — Если порядок, в котором должны исполняться взаимные обязательства, прямо закреплен в договоре, они должны быть исполнены в этом порядке; но если такой порядок прямо не зафиксирован в договоре, они должны быть исполнены в том порядке, какой требуется существом сделки. Иллюстрации (а) А и В договорились, что А должен построить дом для В за определенную цену. А, обязавшийся построить дом, должен исполнить это обязательство до того, как В заплатит ему за это. (б) А и В договариваются о том, что А должен обеспечивать В запасами своей продукции по определенной цене, а В обязуется предоставить обеспечение их оплаты. Обязательство не нужно исполнять до тех пор, пока не будет установлено обеспечение, учитывая, что существо сделки требует обеспечения уверенности А в получении оплаты прежде, чем он передаст В товарные запасы.
53. Liability of party preventing event on which the contract is to take effect. — When a contract contains reciprocal promises, and one party to the contract prevents the other from performing his promise, the contract becomes voidable at the option of the party so prevented; and he is entitled to compensation ²⁵⁾ from the other party for any loss which he may sustain in consequence of the non-performance of the contract. Illustration A and B contract that B shall execute certain work for A for a thousand rupees. B is ready and willing to execute the work accordingly, but A prevents him from doing so. The contract is voidable at the option of B; and, if he elects to rescind it, he is entitled to recover from A compensation for any loss which he has incurred by its non-performance. ²⁵⁾ See s. 73, infra.	53. Ответственность стороны, воспрепятствовавшей договору возыметь эффект. — Если договор устанавливает взаимные обязательства и одна из его сторон препятствует другой в исполнении его обязательства, эта последняя может, если посчитает нужным, отказаться от договора и взыскать компенсацию ²⁵⁾ с препятствовавшей стороны за любые потери, которые она может понести вследствие неисполнения договора. Иллюстрация А и В договорились, что В должен выполнить определенную работу за тысячу рупий. В готов надлежащим образом выполнить работу и желает приступить к ее выполнению, но А мешает ему сделать это. В имеет право отказаться от договора; и, если он делает это, то получит право на компенсацию за любые потери, которые он понесет из-за своего неисполнения. ²⁵⁾ См. ст. 73 ниже.

54. Effect of default as to that promise which should be first performed, in contract consisting of reciprocal promises.

— When a contract consists of reciprocal promises, such that one of them cannot be performed, or that its performance cannot be claimed till the other has been performed, and the promisor of the promise last mentioned fails to perform it, such promisor cannot claim the performance of the reciprocal promise, and must make compensation to the other party to the contract for any loss which such other party may sustain by the non-performance of the contract.

Illustrations

(a) A hires B's ship to take in and convey, from Calcutta to the Mauritius, a cargo to be provided by A, B receiving a certain freight for its conveyance. A does not provide any cargo for the ship. A cannot claim the performance of B's promise, and must make compensation to B for the loss which B sustains by the non-performance of the contract.

(b) A contracts with B to execute certain builder's work for a fixed price, B supplying the scaffolding and timber necessary for the work. B refuses to furnish any scaffolding or timber, and the work cannot be executed. A need not execute the work, and B is bound to make compensation to A for any loss caused to him by the non-performance of the contract.

(c) A contracts with B to deliver to him, at a specified price, certain merchandise on board a ship which cannot arrive for a month, and B engages to pay for the merchandise within a week from the date of the contract. B does not pay within the week. A's promise to deliver need not be performed, and B must make compensation.

54. Последствия нарушения взаимного обязательства, которое должно быть исполнено первым.

— Если договор порождает такие взаимные обязательства, что одно из них не может быть исполнено или его исполнение не может быть потребовано до исполнения другого обязательства, и должник по этому, последнему из упомянутых, обязательству не сумеет исполнить его, он не может требовать исполнения взаимного обязательства и должен уплатить другой стороне договора компенсацию любых потерь, которые эта последняя может понести вследствие неисполнения договора.

Иллюстрации

(а) А нанимает у В судно с тем, чтобы иметь возможность сдать в Калькутте и получить на Маврикии груз, определенный соглашением сторон о его перевозке. А не предъявляет к перевозке вовсе никакого груза. Он не может претендовать на исполнение В данного им обязательства и должен уплатить В компенсацию за все потери, которые тот понес для целей подготовки к исполнению обязательства по договору.

(b) А договорился с В о выполнении известных строительных работ по определенной цене с условием, что В поставит лес и пиломатериалы, необходимые для работы. В отказывается представить лес или древесину, из-за чего работа не может быть выполнена. В таких условиях А не обязан исполнять работу, а В обязан компенсировать А любой ущерб, понесенный им из-за неисполнения договора.

(с) А договорился с В о передаче ему по указанной цене партии товаров, находящихся на борту судна, которое должно прибыть через месяц, а В обязан заплатить за товар в течение недели с даты заключения договора. В установленный срок В не платит. А не должен исполнять своего обязательства по передаче, а В должен уплатить ему компенсацию.

(d) A promises B to sell him one hundred bales of merchandise, to be delivered next day, and B promises A to pay for them within a month. A does not deliver according to his promise. B's promise to pay need not be performed, and A must make compensation.

(d) А обязуется продать В сто тюков товара с условием передачи их на следующий день, а В обязуется А уплатить за них в течение месяца. А не передал товар согласно обязательству. Обязательство В платить может не исполняться, а А должен уплатить компенсацию.

55. Effect of failure to perform at fixed time, in contract in which time is essential. — When a party to a contract promises to do a certain thing at or before a specified time, or certain things at or before specified times, and fails to do any such thing at or before the specified time, the contract, or so much of it as has not been performed, becomes voidable at the option of the promisee, if the intention of the parties was that time should be of the essence of the contract.

55. Последствия просрочки исполнения по договору, в котором только своевременное исполнение имеет смысл. — Если участник договора обязуется сделать нечто определенное в известное время или до известного времени или же поступать так периодически, но не исполняет обязательства в/или до назначенного времени, то кредитор может отказаться от такого договора вполне или в части, в которой он не был исполнен, по своему усмотрению, но лишь в том случае, если несвоевременное исполнение договора не имеет смысла.

Effect of such failure when time is not essential. — If it was not the intention of the parties that time should be of the essence of the contract, the contract does not become voidable by the failure to do such thing at or before the specified time; but the promisee is entitled to compensation from the promisor for any loss occasioned to him by such failure.

Эффект просрочки, не обесмысливающей исполнения. — Если стороны не имели в виду, что несвоевременное исполнение лишает договор сути, то кредитор не может отказаться от договора при неисполнении обязательства должником во время или до известного времени, но он имеет право на компенсацию от нарушителя за любые потери, вызванные такой просрочкой.

Effect of acceptance of performance at time other than that agreed upon. — If, in case of a contract voidable on account of the promisor's failure to perform his promise at the time agreed, the promisee accepts performance of such promise at any time other than that agreed, the promisee cannot claim compensation for any loss occasioned by the non-performance of the promise at the time agreed, unless, at the time of such acceptance he gives notice to the promisor of his intention to do so.²⁶⁾

Последствия принятия исполнения в иной срок, нежели согласованный. — Если кредитор, в случае, когда он мог бы отказаться от договора из-за просрочки должника в его исполнении, все-таки согласился принять исполнение такого обязательства в иное время, чем было согласовано, то он не может требовать компенсации за любые потери, вызванные неисполнением обязательства в пределах того времени отсрочки, которую тот согласился предоставить, исключая случай, когда он в момент предоставления отсрочки предупредит должника о своем намерении потребовать такой компенсации.²⁶⁾

²⁶⁾ Cf. ss. 62 and 63, *infra*.

²⁶⁾ Ср. ст. 62 и 63 ниже.

56. Agreement to do impossible act. — An agreement to do an act impossible in itself is void.

Contract to do act afterwards becoming impossible or unlawful. — A contract to do an act which, after the contract is made, becomes impossible, or, by reason of some event which the Promisor could not prevent, unlawful, becomes void when the act becomes impossible or unlawful.²⁷⁾

Compensation for loss through non-performance of act known to be impossible or unlawful. — Where one person has promised to do something which he knew, or, with reasonable diligence, might have known, and which the promisee did not know, to be impossible or unlawful, such promisor must make compensation to such promisee for any loss which such promisee sustains through the non-performance of the promise.

Illustrations

(a) A agrees with B to discover treasure by magic. The agreement is void.

(b) A and B contract to marry each other. Before the time fixed for the marriage, A goes mad. The contract becomes void.

(c) A contracts to marry B, being already married to C, and being forbidden by the law to which he is subject to practice polygamy, A must make compensation to B for the loss caused to her by the non-performance of his promise.

²⁷⁾ See s. 65, *infra*. See also the Specific Relief Act, 1877 (I of 1877), s. 13.

56. Соглашение о невозможном. — Соглашение о совершении невозможного само по себе является ничтожным.

Договор о действии, которое становится невозможным или незаконным впоследствии. — Договор о совершении того, что после заключения договора становится невозможным, или того, совершению чего препятствует событие, которого должник не может предотвратить, или того, что стало незаконным, становится недействительным в момент, когда действие становится невозможным или незаконным.²⁷⁾

Компенсация потерь неисполнения того, что стало невозможным или незаконным. — Если некто обязался сделать нечто, о невозможности или незаконности чего он знал или, действуя с разумной осмотрительностью, должен был знать, в отличие от кредитора, этого не знавшего, то давшее такое обязательство лицо должно компенсировать кредитору все потери, которые тот понес от неисполнения обязательства.

Иллюстрации

(a) А соглашается открыть В волшебный клад. Такое соглашение является ничтожным.

(b) А и В договариваются вступить в брак друг с другом. До наступления согласованного для вступления в брак времени А сходит с ума. Договор становится недействительным.

(c) А, договорившийся жениться на В в то время, как он был женат на С и знал о том, что его личный закон запрещает полигамию, должен компенсировать В убытки, причиненные ей неисполнением своего обязательства.

²⁷⁾ См. ст. 65 ниже. См. также Закон о специальном пособии [по безработице (?)] 1877 г. (Акт № 1 за 1877 г.), ст. 13.

(d) A contracts to take in cargo for B at a foreign port. A's Government afterwards declares war against the country in which the port is situated. The contract becomes void when war is declared. (e) A contracts to act at a theatre for six months in consideration of a sum paid in advance by B. On several occasions A is too ill to act. The contract to act on those occasions becomes void.	(d) А договорился с В вывезти его груз, находящийся в иностранном порту. Правительство страны, подданным которой является А, впоследствии объявляет войну против страны, в которой расположен этот порт. Договор становится недействительным с момента объявления войны. (е) А договаривается играть в театре в течение шести месяцев за встречное удовлетворение, уплаченное ему авансом В. В течение этого времени А несколько раз сильно болел, из-за чего был вынужден пропустить несколько спектаклей. В этих своих частях договор становится недействительным.
57. Reciprocal promise to do things legal, and also other things illegal. — Where persons reciprocally promise, firstly, to do certain things which are legal, and, secondly, under specified circumstances to do certain other things which are illegal, the first set of promises is a contract, but the second is a void agreement. Illustration A and B agree that A shall sell B a house for 10,000 rupees, but that, if B uses it as a gambling house, he shall pay A 50,000 rupees for it. The first set of reciprocal promises, namely, to sell the house and to pay 10,000 rupees for it, is a contract. The second set is for an unlawful object, namely, that B may use the house as a gambling house, and is a void agreement.	57. Взаимные обязательства, одна пара которых законна, а другая нет. — Если дано обязательство совершить некоторые такие действия, которые являются законными и в то же время, при определенных обстоятельствах, совершить и такие действия, которые являются незаконными, первая пара [законных] взаимных обязательств составляет предмет действительного договора, а вторая — недействительного соглашения. Иллюстрация А и В согласились, что А должен продать В дом за 10 000 рублей, а если В станет использовать его как казино, то он должен будет уплатить 50 000 рублей. Первая пара взаимных обязательств, а именно — продать дом и уплатить 10 000 рублей за него — представляет собой договор. Вторая пара взаимных обязательств отталкивается от предположения об использовании дома в незаконных целях, а именно — как казино, и образует недействительное соглашение.
58. Alternative promise, one branch being illegal. — In the case of an alternative promise, one branch of which is legal and the other illegal, the legal branch alone can be enforced.	58. Альтернативное обязательство, один из вариантов которого незаконен. — В случае альтернативного обязательства, один из вариантов исполнения которого является законным, а другой незаконным, имеет силу только тот вариант, который является законным.

Illustration A and B agree that A shall pay B 1,000 rupees for which B shall afterwards deliver to A either rice or smuggled opium. This is a valid contract to deliver rice, and a void agreement as to the opium.	Иллюстрация А и В соглашаются с тем, что А должен уплатить В 1000 рупий, за которые В должен впоследствии передать либо рис, либо контрабандный опиум. Это — действительный договор в части передачи риса и недействительное соглашение в части, касающейся опиума.
<i>Appropriation of payments</i> 59. Application of payment where debt to be discharged is indicated. — Where a debtor, owing several distinct debts to one person, makes a payment to him, either with express intimation, or under circumstances implying that the payment is to be applied to the discharge of some particular debt, the payment, if accepted, must be applied accordingly. Illustrations (a) A owes B, among other debts, 1,000 rupees upon a promissory note which falls due on the first June. He owes B no other debt of that amount. On the first June A pays to B 1,000 rupees. The payment is to be applied to the discharge of the promissory note. (b) A owes to B, among other debts, the sum of 567 rupees. B writes to A and demands payment of this sum A sends to B 567 rupees. This payment is to be applied to the discharge of the debt of which B had demanded payment.	<i>Распределение платежей</i> 59. Зачисление платежа при указании погашаемого долга. — Если должник, имеющий несколько отдельных долгов перед одним кредитором, совершает платеж с прямым указанием того долга, в погашение которого должна быть засчитана сумма платежа, или же это следует из обстоятельств, то платеж, будучи принятым, должен считаться погашающим именно этот долг. Иллюстрации (a) А должен В, среди прочего, 1000 рупий по векселю со сроком платежа, падающим на первое июня. Других долгов В в такой же сумме не имеется. Первого июня А платит В 1000 рупий. Платеж должен рассматриваться как сделанный по векселю. (b) А должен В, среди прочего, сумму в 567 рупий. В пишет А письмо, в котором требует оплаты этой суммы; А посылает В 567 рупий. Этот платеж должен быть засчитан в погашение того долга, оплаты которого требовал В.
60. Application of payment where debt to be discharged is not indicated. — Where the debtor has omitted to intimate and there are no other circumstances, indicating to which debt the payment is to be applied, the creditor may apply it at his discretion to any lawful debt actually due and payable to him from the debtor, whether its recovery is or is not barred by the law in force for the time being as to the limitation of suits.	60. Зачисление платежа при отсутствии указания погашаемого долга. — Если должник опустил указание о том, в погашение какого из нескольких его долгов должен быть засчитан платеж, и нет других обстоятельств, позволяющих это установить, то кредитор может зачислить платеж по своему усмотрению в счет погашения любого законного долга, фактически ему причитающегося и подлежащего оплате должником, независимо от того, пользуется ли такой долг законной защитой в смысле течения исковой давности.

61. Application of payment where neither party appropriates. — Where neither party makes any appropriation the payment shall be applied in discharge of the debts in order of time, whether they are or are not barred by the law in force for the time being as to the limitation of suits. If the debts are of equal standing, the payment shall be applied in discharge of each proportionally.	61. Зачисление платежа, назначение которого не определено ни одной из сторон. — Если ни одна из сторон не определила назначение платежа, то он зачисляется в погашение наиболее раннего по времени возникновения долга, независимо от того, пользуется ли он законной защитой в смысле течения исковой давности. Если есть несколько долгов, возникших одновременно, оплата засчитывается в исполнение каждого пропорционально.
<i>Contracts which need not be performed</i> 62. Effect of novation, rescission, and alteration of contract. — If the parties to a contract agree to substitute a new contract for it, or to rescind or alter it, the original contract need not be performed. Illustrations (a) A owes money to B under a contract. It is agreed between A, B and C that B shall thenceforth accept C as his debtor, instead of A. The old debt of A to B is at an end, and a new debt from C to B has been contracted. (b) A owes B 10,000 rupees. A enters into an arrangement with B, and gives B a mortgage of his (A's) estate for 5,000 rupees in place of the debt of 10,000 rupees. This is a new contract and extinguishes the old. (c) A owes B 1,000 rupees under a contract. B owes C 1,000 rupees. B orders A to credit C with 1,000 rupees in his books, but C does not assent to the arrangement. B still owes C 1,000 rupees, and no new contract has been entered into.	<i>Договоры, не подлежащие исполнению</i> 62. Эффект новации, расторжения и изменения договора. — Если стороны договора согласятся заменить его новым договором, расторгнуть или изменить его, исполнение первоначального договора перестает быть обязательным. Иллюстрации (а) А должен В деньги по договору. Соглашением между А, В и С было определено, что должником В отныне становится С вместо должника А. Старый долг А по отношению к В прекратился, а новый долг С в отношении В возник из вновь заключенного договора. (b) А должен В 10 000 рупий. А вступает в соглашение с В и предоставляет В ипотеку его (А) недвижимости на сумму 5000 рупий вместо долга в 10 000 рупий. Это — новый договор [который вступает в силу], он прекращает старый. (с) А должен В 1000 рупий по договору. В должен С 1000 рупий. В предлагает А списать в пользу С 1000 рупий с его счета, но С не согласен на изменение договоренности. В по-прежнему обязан С 1000 рупий, так как новый договор не был заключен.
63. Promisee may dispense with or remit performance of promise. — Every promisee may dispense with or remit, wholly or in part, the performance of the promise made to him, or may extend the time for such	63. Право кредитора простить долг полностью или в части. — Каждый кредитор вправе освободить от долга, или простить долг полностью или частично лицу, давшему обязательство, или предоставить отсрочку для

performance,²⁸⁾ or may accept instead of it any satisfaction which he thinks fit. Illustrations (a) A promises to paint a picture for B. B afterwards him forbids to do so. A is no longer bound to perform the promise. (b) A owes B 5,000 rupees. A pays to B, and B accepts, in satisfaction of the whole debt, 2,000 rupees paid at the time and place at which the 5,000 rupees were payable. The whole debt is discharged. (c) A owes B 5,000 rupees. C pays to B 1,000 rupees, and B accepts them, in satisfaction of his claim on A. This payment is a discharge of the whole claim.²⁹⁾ (d) A owes B, under a contract, a sum of money, the amount of which has not been ascertained. A, without ascertaining the amount, gives to B, and B, in satisfaction thereof, accepts, the sum of 2,000 rupees. This is a discharge of the whole debt, whatever may be its amount. (e) A owes B 2,000 rupees, and is also indebted to other creditors. A makes an arrangement with his creditors, including B, to pay them a ³⁰⁾ [composition] of eight annas in the rupee upon their respective demands. Payment to B of 1,000 rupees is a discharge of B's demand. ²⁸⁾ But see s. 135, <i>infra</i>. ²⁹⁾ See s. 41, <i>supra</i>. ³⁰⁾ Subs. by Act 12 of 1891, s. 2 and Sch. II, «for compensation».	исполнения,²⁸⁾ или принять вместо исполнения иное удовлетворение, которое он найдет подходящим. Иллюстрации (a) А обязуется написать картину для В. В впоследствии позволяет ему этого не делать. А больше не связан своим обязательством. (b) А должен В 5000 рупий. А платит В, а В принимает в погашение всего долга 2000 рупий, в то время и в том месте, где должны быть уплачены 5000 рупий. Весь долг прекращается. (c) А должен В 5000 рупий. С платит В 1000 рупий, а В принимает их в счет удовлетворения своего требования к А. Этот платеж погашает все требование.²⁹⁾ (d) А должен В по договору сумму денег, количество которых не было установлено. А без выяснения суммы вручает В, а В принимает в удовлетворении долга сумму в 2000 рупий. Этот платеж прекращает весь долг, независимо от его суммы. (e) А должен В 2000 рупий, а также имеет задолженность перед другими кредиторами. Он договаривается с ними, в том числе с В, платить им ³⁰⁾ [мировые] из расчета восьми анна за каждую рупию долга после предъявления соответствующего требования. Платеж В в сумме 1000 рупий² является основанием прекращения требования В. ²⁸⁾ См., однако, ст. 135 ниже. ²⁹⁾ См. выше, ст. 41. ³⁰⁾ В соответствии с Законом № 12 от 1891 г. в ст. 2 и прил. II заменены слова «с целью компенсации».
---	--

² Анна — индийская монета, составляющая 1/16 рупии. Платеж по 8 анна с каждой рупии будет, следовательно, означать платеж половины долга. Стало быть, для погашения долга в 2000 рупий по условиям достигнутой договоренности будет достаточно половины суммы, т. е. 1000 рупий.

64. Consequences of rescission of voidable contract. — When a person at whose option a contract is voidable rescinds it, the other party thereto need not perform any promise therein contained in which he is promisor. The party rescinding avoidable contract shall, if he have received any benefit thereunder from another party to such contract, restore such benefit, so far as may be, to the person from whom it was received.	64. Последствия отмены оспори-мого договора. — Если тот, кто имеет право оспорить договор, делает это, то другая его сторона не должна исполнять любые обязательства, которые были в рамках этого договора ею даны. Тот, кто отменил оспори-мый договор, должен, если только он получил какую-либо выгоду по нему от другой его стороны, возвра-тить полученное, насколько это ока-жется возможным к этому времени, лицу, его предоставившему.
65. Obligation of person who has received advantage under void agreement, or contract that be-comes void. — When an agreement is discovered to be void, or when a con-tract becomes void, any person who has received any advantage under such agreement or contract is bound to restore it, or to make compensation for it to the person from whom he re-ceived it. Illustrations (a) A pays B 1,000 rupees in consideration of B's promising to marry C, A's daughter. C is dead at the time of the promise. The agree-ment is void, but B must repay A the 1,000 rupees.³¹⁾ (b) A contracts with B to deliver to him 250 maunds of rice before the first of May. A de-livers 130 maunds only before that day, and none after. B retains the 130 maunds after the first of May. He is bound to pay A for them. (c) A, a singer, contracts with B, the man-ager of a theatre, to sing at his theatre for two nights in every week during the next two months, and B engages to pay her a hundred rupees for each night's performance. On the sixth night, A willfully absents herself from the theatre, and B, in consequence, rescinds the contract. B must pay A for the five nights on which she had sung. ³¹⁾ See s. 75, infra	65. Обязательство того, кто по-лучил преимущество по недей-ствительному соглашению или оспоренному договору. — При обнаружившейся недействитель-ности соглашения, как и при отмене оспоренного договора, каждый, кто получил какие-либо преимущества в рамках такого соглашения или до-говора, обязан возвратить или ком-пенсировать полученное лицу, его предоставившему. Иллюстрации (а) А платит В 1000 рупий за такое встреч-ное удовлетворение, как обязательство В жениться на С, дочери А. С была мертва в момент дачи обязательства. Соглашение ничтожно, а В должен вернуть полученные от А 1000 рупий.³¹⁾ (b) А договаривается с В передать ему 250 маундов риса к первому мая. Но до этого дня он успевает передать только 130 маун-дов, и ничего после. В сохраняет 130 маун-дов у себя после первого мая. Он обязан заплатить А за них. (с) А, певица, договорилась с В, менедже-ром театра, петь в его театре два вечера в неделю в течение следующих двух месяцев, и В обязался уплачивать ей по сто рупий за каждый вечер исполнения. На шестой вечер А намеренно отсутствует в театре и В вслед-ствие этого односторонне отказывается от договора. [Тем не менее] В должен опла-тить А те пять вечеров, когда она выступала. ³¹⁾ См. ст. 75 ниже.

(d) A contracts to sing for B at a concert for 1,000 rupees, which are paid in advance. A is too ill to sing. A is not bound to make compensation, to B for the loss of the profits which B would have made if A had been able to sing, but must refund to B the 1,000 rupees paid in advance.	(d) А договорилась с В петь на концерте за 1000 рупий, которые были уплачены ей авансом. А заболела, слишком сильно, чтобы петь. А не обязана платить В компенсацию упущенной выгоды, которую тот мог бы получить, если бы А смогла петь, но должна возратить В 1000 рупий полученного аванса.
66. Mode of communicating or revoking rescission of voidable contract. — The rescission of a voidable contract may be communicated or revoked in the same manner, and subject to the same rules, as apply to the communication or revocation of a proposal.³²⁾ ³²⁾ See ss. 3 and 5, supra.	66. Способы сообщения и отзыва сообщения об отмене оспоримого договора. — Сообщение об отмене оспоримого договора может быть сделано или отозвано таким же образом и с соблюдением тех же правил, какие применяются к сообщению и отзыву предложения.³²⁾ ³²⁾ См. ст. 3 и 5 выше.
67. Effect of neglect of promisee to afford promisor reasonable facilities for performance. — If any promisee neglects or refuses to afford the promisor reasonable facilities for the performance of his promise, the promisor is excused by such neglect or refusal as to any non-performance caused thereby. Illustration A contracts with B to repair B's house. B neglects or refuses to point out to A the places in which his house requires repair. A is excused for the non-performance of the contract if it is caused by such neglect or refusal.	67. Эффект кредиторского небрежения к разумному содействию должнику в исполнении. — Если кредитор не вполне оказывает должнику разумное содействие в исполнении им обязательства или отказывается от него, должник освобождается от обязательства в той мере, в какой небрежение или отказ вызвали неисполнение. Иллюстрация А договаривается с В отремонтировать дом В. В игнорирует или отказывается исполнить просьбу А показать места, в которых дом требует ремонта. Неисполнение А извинительно в той мере, в какой оно вызвано небрежением или отказом.
Chapter V. Of certain relations resembling those created by contract 68. Claim for necessities supplied to person incapable of contracting, or on his account. — If a person, incapable of entering into a contract, or any one whom he is legally bound to support, is supplied by another, person with necessities suited to his condition in life, the person who has	Глава V. Некоторые отношения, подобные договорным [квази-договоры] 68. Обеспечение предметами первой необходимости лица, не способного к заключению договоров, или на его счет. — Если лицо, которое не в состоянии заключить договор, или любое иное лицо, которое он обязан содержать, получает от другого лица

furnished such supplies is entitled to be reimbursed from the property of such incapable person.³³⁾ Illustrations (a) A supplies B, a lunatic, with necessaries suitable to his condition in life. A is entitled to be reimbursed from B's property. (b) A supplies the wife and children of B, a lunatic, with necessaries suitable to their condition in life. A is entitled to be reimbursed from B's property. ³³⁾ The property of a Government ward in Madhya Pradesh is not liable under this section; see the C. P. Court of Wards Act, 1899 (C. P. 24 of 1899), s. 31 (1).	предметы первой необходимости для поддержания его жизни, то тот, кто предоставляет таковые, имеет право на возмещение своих расходов из имущества такого недееспособного лица.³³⁾ Иллюстрации (а) А предоставляет душевнобольному В предметы первой необходимости для поддержания его жизни. А имеет право на возмещение своих расходов из имущества В. (б) А предоставляет жене и детям душевнобольного В предметы первой необходимости для поддержания их жизни. А имеет право на возмещение из имущества В. ³³⁾ На имущество, находящееся под опекой Правительства в Мадхья-Прадеш [центральный штат в Индии], не может быть обращено взыскание по этой статье; см. Закон об опекуном суде центральных областей 1899 г. (акт № 24 от 1899 г.), ст. 31, п. 1.
69. Reimbursement of person paying money due by another, in payment of which he is interested. — A person who is interested in the payment of money which another is bound by law to pay, and who therefore pays it, is entitled to be reimbursed by the other. Illustration B holds land in Bengal, on a lease granted by A, the zamindar. The revenue payable by A to the Government being in arrear, his land is advertised for sale by the Government. Under the revenue law, the consequence of such sale will be the annulment of B's lease. B, to prevent the sale and the consequent annulment of his own lease, pays to the Government the sum due from A. A is bound to make good to B the amount so paid.	69. Возмещение уплатившему чужой долг в собственном интересе. — Тот, кто заинтересован в уплате долга, который по закону лежит на другом, и кто по этой причине его уплатил, имеет право на возмещение от того, за которого он уплатил. Иллюстрация В, землевладелец из Бенгалии, арендовал у А заминдар [участок для сельского хозяйства]. А задолжал Правительству финансовый сбор, для погашения которого Правительство предложило земли А к продаже. По закону о финансовом сборе оно прекратит аренду В. В, стремясь предотвратить продажу и прекращение аренды, уплачивает Правительству сумму долга А. А обязан возместить В уплаченное.

70. Obligation of person enjoying benefit of non-gratuitous act. — Where a person lawfully does anything for another person, or delivers anything to him, not intending to do so gratuitously, and such other person enjoys the benefit thereof, the latter is bound to make compensation to the former in respect of, or to restore, the thing so done or delivered.³⁴⁾ Illustrations (a) A, a tradesman, leaves goods at B's house by mistake. B treats the goods as his own. He is bound to pay A for them. (b) A saves B's property from fire. A is not entitled to compensation from B, if the circumstances show that he intended to act gratuitously. ³⁴⁾ As to suits by minors under s. 70 in Presidency Small Cause Courts, see the Presidency Small Cause Courts Act, 1882 (15 of 1882), s. 32.	70. Обязательства из пользования преимуществом, предоставленным без намерения одарить. — Если одно лицо законно делает что-либо для другого лица или передает ему что-либо без намерения совершить дарение, а другой пользуется этим благом, то последний обязан компенсировать первому предоставленное или сделанное, совершить действие или передачу.³⁴⁾ Иллюстрации (a) Торговец А по ошибке доставляет товары в дом В. В присваивает их. Он обязан заплатить А за них. (b) А сохраняет имущество В от огня. А не имеет права на компенсацию от В, если обстоятельства свидетельствуют, что он намеревался действовать безвозмездно. ³⁴⁾ Это касается и исков несовершеннолетних по ст. 70 в Президиум суда по мелким бытовым спорам — см. Закон о Президиуме суда по мелким бытовым спорам 1882 г. (Акт № 15 от 1882 г.), ст. 32.
71. Responsibility of finder of goods. — A person who finds goods belonging to another, and takes them into his custody, is subject to the same responsibility as a bailee.³⁵⁾ ³⁵⁾ See ss. 151 and 152, infra.	71. Ответственность нашедшего товары. — Тот, кто нашел товары, принадлежащие другому, и принял их под свое попечение, отвечает так же, как ответственный хранитель.³⁵⁾ ³⁵⁾ См. ст. 151 и 152 ниже.
72. Liability of person to whom money is paid or thing delivered by mistake or under coercion. — A person to whom money has been paid, or anything delivered, by mistake or under coercion, must repay or return it. Illustrations (a) A and B jointly owe 100 rupees to C. A alone pays the amount to C, and B, not knowing this fact, pays 100 rupees over again to C. C is bound to repay the amount to B.	72. Обязанность лица, получившего деньги или вещь по ошибке или по принуждению. — Тот, кому уплачены деньги или что-то передано по ошибке или по принуждению [навязано], должен возвратить полученный платеж или вещь. Иллюстрации (a) А и В солидарно обязаны уплатить 100 рупий С. А самостоятельно оплачивает сумму С, и В, не зная об этом, еще раз платит С 100 рупий. С обязан возвратить эту сумму В.

(b) A railway company refuses to deliver up certain goods to the consignee, except upon the payment of an illegal charge for carriage. The consignee pays the sum charged in order to obtain the goods. He is entitled to recover so much of the charge as was illegally excessive.

б) Железнодорожная компания отказывается выдавать определенные товары их получателям иначе, как под условием уплаты ими незаконного сбора за перевозку. Получатель уплачивает эту сумму с целью получения товаров. Он имеет право на возмещение чрезмерной суммы, уплаченной по незаконному требованию перевозчика.

Chapter VI. Of the consequences of breach of contract

73. Compensation for loss or damage caused by breach of contract. — When a contract has been broken, the party who suffers by such breach is entitled to receive, from the party who has broken the contract, compensation for any loss or damage caused to him thereby, which naturally arose in the usual course of things from such breach, or which the parties knew, when they made the contract, to be likely to result from the breach of it. Such compensation is not to be given for any remote and indirect loss or damage sustained by reason of the breach.

Compensation for failure to discharge obligation resembling those created by contract. — When an obligation resembling those created by contract has been incurred and has not been discharged, any person injured by the failure to discharge it is entitled to receive the same compensation from the party in default, as if such person had contracted to discharge it and had broken his contract.

Explanation. — In estimating the loss or damage arising from a breach of contract, the means which existed of remedying the inconvenience caused by the non-performance of the contract must be taken into account.

Глава VI. Последствия нарушения договора

73. Компенсация за убытки или ущерб, вызванные нарушением договора. — Если договор был нарушен, то сторона, пострадавшая от такого нарушения, имеет право на получение от стороны, нарушившей договор, компенсацию за любые убытки или ущерб, причиненные ему таким нарушением, которые, как правило, возникают от подобного нарушения при обычном ходе дел, или те, которые стороны предвидели, когда они заключали договор, в качестве вероятного результата нарушения договора. Такая компенсация не должна предоставляться за какие бы то ни было отдаленные и косвенные убытки или ущерб, хотя бы и возникшие от нарушения.

Компенсация за нарушение обязательств, подобных договорным. — Если обязательства, подобные договорным, возникли, но не были исполнены, то любое лицо, потерпевшее от отказа исполнить это обязательство, вправе получить такую же компенсацию от неисправной стороны, как если бы она обязалась исполнить договор, но нарушила его.

Объяснение. — При оценке убытков или ущерба, возникших в связи с нарушением договора, надлежит принять во внимание все существующие средства устранения возникших вследствие такого нарушения неудобств.

Illustrations	Иллюстрации
(a) A contracts to sell and deliver 50 maunds of saltpeter to B, at a certain price to be paid on delivery. A breaks his promise. B is entitled to receive from A, by way of compensation, the sum, if any, by which the contract price falls short of the price for which B might have obtained 50 maunds of saltpeter of like quality at the time when the saltpeter ought to have been delivered.	(a) А договаривается о продаже и передаче 50 маундов селитры В по определенной цене, оплачиваемой при передаче. А нарушает свое обязательство. В имеет право на получение от А компенсации суммы, если она имеется, на которую цена договора не покрывает текущую цену, по которой В мог бы купить 50 маундов селитры того же качества в то время, когда селитра должна была быть передана [по договору].
(b) A hires B's ship to go to Bombay, and there take on board, on the first of January, a cargo which A is to provide and to bring it to Calcutta, the freight to be paid when earned. B's ship does not go to Bombay, but A has opportunities of procuring suitable conveyance for the cargo upon terms as advantageous as those on which he had chartered the ship. A avails himself of those opportunities, but is put to trouble and expense in doing so. A is entitled to receive compensation from B in respect of such trouble and expense.	(b) А нанимает судно В, идущее в Бомбей, с тем чтобы там взять на борт первого января груз А и довести его до Калькутты, с условием оплаты фрахта по завершении рейса. [По каким-то причинам] судно В не заходит в Бомбей, но А имеет возможность нанять подходящее транспортное средство для перевозки груза на условиях, более выгодных, чем те, на которых он зафрахтовал судно В. А пользуется этой возможностью, неся дополнительные издержки и расходы. А имеет право на получение компенсации таких издержек и расходов от В.
(c) A contracts to buy of B, at a stated price, 50 maunds of rice, no time being fixed for delivery. A afterwards informs B that he will not accept the rice if tendered to him. B is entitled to receive from A, by way of compensation, the amount, if any, by which the contract price exceeds that which B can obtain for the rice at the time when A informs B that he will not accept it.	(c) А договаривается с В купить у него по определенной цене 50 маундов риса, не определяя срока [его] передачи. Впоследствии А сообщает В, что он не примет рис, даже если тот будет доставлен ему. В имеет право на получение от А компенсации суммы, если таковая имеется, на которую цена договора превышает то, что В может выручить за рис в то время, когда он получил сообщение А об отказе принять рис.
(d) A contracts to buy B's ship for 60,000 rupees, but breaks his promise. A must pay to B, by way of compensation, the excess, if any, of the contract price over the price which B can obtain for the ship at the time of the breach of promise.	(d) А договаривается купить у В судно за 60 000 рупий, но нарушает свое обязательство. А должен компенсировать В разницу между договорной ценой и той ценой, которую В может получить за судно во время нарушения обязательства.
(e) A, the owner of a boat, contracts with B to take a cargo of jute to Mirzapur, for sale at that place, starting on a specified day. The boat, owing to some avoidable cause, does not start at the time appointed, whereby the arrival of the cargo at Mirzapur is delayed beyond the time when it would have arrived if the boat had sailed according to the contract. After that date, and before the arrival of the cargo, the price of jute falls. The measure of the compensation payable to B by A is the difference between the price which B could	(e) А, владелец бота, договорился с В доставить груз джута, принадлежащий В, в Мирзапур, для продажи на этом месте, начиная с определенного дня. Бот, из-за некоторых (преодолимых) причин, не может выйти из порта в назначенное время, из-за чего задерживается прибытие груза в Мирзапур в сравнении с тем сроком, который установлен для прибытия бота договором. За время, прошедшее со времени должного прибытия до действительного прибытия груза к месту продажи, цена

have obtained for the cargo at Mirzapur at the time when it would have arrived if forwarded in due course, and its market price at the time when it actually arrived.	джута падает. А обязан компенсировать В разницу между ценой, которую В мог бы получить, если бы груз в Мирзапур прибыл вовремя, и текущей рыночной ценой джута, определенной на тот момент времени, когда груз на самом деле прибыл.
(f) A contracts to repair B's house in a certain manner, and receives payment in advance. A repairs the house, but not according to contract. B is entitled to recover from A the cost of making the repairs conform to the contract.	(f) А договорился с В отремонтировать тому дом определенным образом и получил аванс. А отремонтировал дом, но не в соответствии с договором. В имеет право на возмещение от А стоимости доведения ремонта до состояния, соответствующего условиям договора.
(g) A contracts to let his ship to B for a year, from the first of January, for a certain price. Freight rises, and, on the first of January, the hire obtainable for the ship is higher than the contract price. A breaks his promise. He must pay to B, by way of compensation, a sum equal to the difference between the contract price and the price for which B could hire a similar ship for a year on and from the first of January.	(g) А договаривается сдать в аренду В на год свое судно начиная с первого января за определенную плату. Но в этот день происходит рост фрахта, и А получает возможность сдать судно в аренду по цене более высокой, чем установленная договором. А нарушает свое обязательство. Он должен компенсировать В сумму разницы между договорной ценой и ценой, за которую В сможет нанять подобное судно на один год, начиная с первого января.
(h) A contracts to supply B with a certain quantity of iron at a fixed price, being a higher price than that for which A could procure and deliver the iron. B wrongfully refuses to receive the iron. B must pay to A, by way of compensation, the difference between the contract price of the iron and the sum for which A could have obtained and delivered it.	(h) А договорился поставить В определенное количество чугуна по определенной цене, более высокой, чем та, по которой А имеет возможность закупать и поставлять чугун. В неправомерно отказывается получать чугун. В должен компенсировать А разницу между ценой чугуна по договору и суммой, за которую этот чугун может купить и передать сам А.
(i) A delivers to B, a common carrier, a machine, to be conveyed, without delay, to A's mill informing B that his mill is stopped for want of the machine. B unreasonably delays the delivery of the machine, and A, in consequence, loses a profitable contract with the Government. A is entitled to receive from B, by way of compensation, the average amount of profit which would have been made by the working of the Mill during the time that delivery of it was delayed, but not the loss sustained through the loss of the Government contract.	(i) А сдает В, общественному перевозчику, машину, с тем чтобы он доставил ее без задержки, предупреждая В, что машина необходима для обеспечения работы его прокатного стана, который остановится без нее. В необоснованно задерживает выдачу машины, и А вследствие этого теряет возможность заключить прибыльный договор с Правительством. А вправе получить от В компенсацию в размере средней суммы прибыли, которая была бы извлечена из обычной работы стана за время просрочки выдачи машины, но не тех потерь, которые А понес из-за того, что упустил возможность заключения договора с Правительством.

(j) A having contracted with B to supply B with 1,000 tons of iron at 100 rupees a ton, to be delivered at a stated time, contracts with C for the purchase of 1,000 tons of iron at 80 rupees a ton, telling C that he does so for the purpose of performing his contract with B. C fails to perform his contract with A, who cannot procure other iron, and B, in consequence, rescinds the contract. C must pay to A 20,000 rupees, being the profit which A would have made by the performance of his contract with B.

(k) A contracts with B to make and deliver to B, by a fixed day, for a specified price, a certain piece of machinery. A does not deliver the piece of machinery at the time specified, and in consequence of this, B is obliged to procure another at a higher price than that which he was to have paid to A, and is prevented from performing a contract which B had made with a third person at the time of his contract with A (but which had not been then communicated to A), and is compelled to make compensation for breach of that contract. A must pay to B, by way of compensation, the difference between the contract price of the piece of machinery and the sum paid by B for another, but not the sum paid by B to the third person by way of compensation.

(l) A, a builder, contracts to erect and finish a house by the first of January, in order that B may give possession of it at that time to C, to whom B has contracted to let it. A is informed of the contract between B and C. A builds the house so badly that, before the first of January, it falls down and has to be re-built by B, who, in consequence, loses the rent which he was to have received from C, and is obliged to make compensation to C for the breach of his contract. A must make compensation to B for the cost of rebuilding the house, for the rent lost, and for the compensation made to C.

(m) A sells certain merchandise to B, warranting it to be of a particular quality, and B, in reliance upon this warranty, sells it to C with a similar warranty. The goods prove to be not according to the warranty, and B becomes liable to pay C a sum of money by way of compensation. B is entitled to be reimbursed this sum by A.

(j) А заключает договор с В о поставке В 1000 тонн чугуна по 100 рупий за тонну с условием передачи в установленный срок, а также договаривается с С о покупке у него 1000 тонн чугуна по 80 рупий за тонну, предупреждая последнего, что делает он это для исполнения договора с В. С не исполняет договор с А, который не имеет возможности оперативно купить другую партию чугуна, вследствие чего отменяет договор уже В. С должен уплатить 20 000 рупий будущей прибыли, которые получил бы А, исполнив свой договор с В.

(к) А договорился с В изготовить и передать В в обусловленный день по известной цене определенную деталь механизма. А не передает деталь в назначенный срок, и вследствие этого В вынужден купить аналогичную деталь по более высокой цене, чем та, которую он должен был заплатить А, с целью обеспечить исполнение договора, заключенного В с третьим лицом в расчете на исполнение договора А (о чем А не был предупрежден) и уплатить компенсацию за нарушение такого договора. А должен компенсировать В разницу между договорной ценой детали и суммой, уплаченной В за другую такую же деталь, но не обязан возмещать В сумму, выплаченную им третьему лицу в качестве компенсации.

(l) А, строитель, договорился [с В] возвести и закончить дом первого января с тем, чтобы В успел своевременно передать его во владение С, которому В сдал его в аренду. А информирован об этом договоре между В и С. А строит дом столь некачественно, что до наступления первого января он рушится и должен быть реконструирован В, который, следовательно, теряет возможность сдачи его в аренду С и обязан внести С компенсацию за нарушение договора. А должен компенсировать В расходы на восстановление дома, неполученную арендную плату и компенсацию, присужденную с В в пользу С.

(m) А продает некие товары В, гарантируя их особое качество, а В, ориентируясь на эту гарантию, продает их С с аналогичными гарантиями. Товары оказались не соответствующими гарантии, вследствие чего В был вынужден уплатить С денежную компенсацию. В имеет право на возмещение этой [уплаченной] суммы с А.

(n) A contracts to pay a sum of money to B on a day specified. A does not pay the money on that day; B, in consequence of not receiving the money on that day, is unable to pay his debts, and is totally ruined. A is not liable to make good to B anything except the principal sum he contracted to pay, together with interest up to 'the day of payment.

(o) A contracts to deliver 50 maunds of saltpeter to B on the first of January, at a certain price. B afterwards, before the first of January, contracts to sell the saltpeter to C at a price higher than the market price of the first of January. A breaks his promise. In estimating the compensation payable by A to B, the market price of the first of January, and not the profit which would have arisen to B from the sale to C, is to be taken into account.

(p) A contracts to sell and deliver 500 bales of cotton to B on a fixed day. A knows nothing of B's mode of conducting his business. A breaks his promise, and B, having no cotton, is obliged to close his mill. A is not responsible to B for the loss caused to B by the closing of the mill.

(q) A contracts to sell and deliver to B, on the first of January, certain cloth which B intends to manufacture into caps of a particular kind, for which there is no demand, except at that season. The cloth is not delivered till after the appointed time, and too late to be used that year in making caps. B is entitled to receive from A, by way of compensation, the difference between the contract price of the cloth and its market price at the time of delivery, but not the profits which he expected to obtain by making caps, nor the expenses which he has been put to in making preparation for the manufacture.

(r) A, a ship-owner, Contracts with B to convey him from Calcutta to Sydney in A's ship, sailing on the first of January, and B pays to A, by way of deposit, one-half of his passage-money. The ship does not sail on the first of January, and B, after being in consequence detained in Calcutta for some time and thereby put to some expense, proceeds to Sydney in another vessel, and, in consequence, arriving too late in Sydney, loses a sum of money. A is liable to repay to B his deposit

(n) А договорился уплатить сумму денег В в определенный день. А не заплатил деньги в срок; В вследствие неполучения денег в этот день оказался не в состоянии выплатить свои долги и полностью обанкротился. А не обязан компенсировать ничего, кроме неуплаченной им суммы и процентов до дня фактической оплаты.

(o) А договорился о передаче 50 маундов селитры В к первому января по определенной цене. В впоследствии, до первого января, продал селитру по договору с С по более высокой цене, чем рыночная цена, сложившаяся на первое января. А нарушает свое обязательство. При оценке компенсации, подлежащей выплате от А к В, следует принять во внимание рыночную цену, сложившуюся на первое января, но никак не прибыль, которую получил бы В от перепродажи селитры С.

(p) А договорился продать и передать 500 тюков хлопка В к определенному дню. А не знает ничего о режиме ведения В своего бизнеса. А нарушает свое обязательство, и В, не имея хлопка, обязан приостановить работу своей фабрики. А не отвечает перед В за потерю, возникшую у того вследствие закрытия производства.

(q) А договорился продать и передать В к первому января некоторые ткани, из которых В намеревается производить головные уборы особого типа, обычно не пользующиеся особым спросом, за исключением этого сезона. Ткань передана с просрочкой, которая делает изготовление головных уборов слишком поздним [бессмысленным]. В имеет право на получение от А компенсации разницы между договорной ценой ткани и ее рыночной ценой на момент передачи, но не прибыли, которую он рассчитывал получить от производства головных уборов, и не расходов, которые он произвел при подготовке производства.

(r) А, судовладелец, сдал В по договору фрахтования свое судно, следующее рейсом из Калькутты в Сидней с отплытием первого января, а В уплатил А в качестве депозита половину фрахта. Судно не отплывает первого января, и В, в результате задержания судна в Калькутте в течение некоторого времени понесший известные расходы, отправляет в Сидней другое судно и, как следствие, прибывает туда слишком поздно, теряя сумму денег. А обязан

with interest, and the expense to which he is put by his detention in Calcutta, and the excess, if any, of the passage-money paid for the second ship over that agreed upon for the first, but not the sum of money which B lost by arriving in Sydney too late.	возвратить В его депозит с процентами, расходы, которые понес В вследствие задержки судна в Калькутте, и разницу — если она имеется — во фрахте, т. е. если сумма фрахта, уплаченная за второе судно, больше той, что была согласована за первое, но не обязан вознаграждать В потерю денег из-за слишком позднего прибытия в Сидней.
74. Compensation for breach of contract where penalty stipulated for.³⁶⁾ — [When a contract has been broken, if a sum is named in the contract as the amount to be paid in case of such breach, or if the contract contains any other stipulation by way of penalty, the party complaining of the breach is entitled, whether or not actual damage or loss is proved to have been caused thereby, to receive from the party who has broken the contract reasonable compensation not exceeding the amount so named or, as the case may be, the penalty stipulated for. Explanation. — A stipulation for increased interest from the date of default may be a stipulation by way of penalty.] Exception. — When any person enters into any bail-bond, recognizance or other instrument of the same nature, or, under the provisions of any law, or under the orders of the 37)[Central Government] or of any State Government, gives any bond for the performance of any public duty or act in which the public are interested, he shall be liable, upon breach of the condition of any such instrument, to pay the whole sum mentioned therein. ³⁶⁾ Subs. by Act 6 of 1899, s. 4, for the first para. of s. 74. ³⁷⁾ Subs. by the A. O. 1937 for «G. of I.».	74. Компенсация за нарушение договора, за которое предусмотрена неустойка.³⁶⁾ — [Если был нарушен договор, условиями которого определена сумма, подлежащая уплате в случае такого нарушения, или если договор содержит любое другое положение о неустойке, то сторона, потерпевшая от нарушения, имеет право на взыскание или действительно понесенных убытков, или ущерба, доказав, что они были вызваны нарушением договора, или же право получить от лица, нарушившего договор, разумную компенсацию, не превышающую сумму, определенную в договоре или, в зависимости от случая, сумму договорной неустойки. Объяснение. — Условие о повышенных процентах, начисляемых с даты нарушения, может быть трактуемо как условие о неустойке.] Исключение. — Если кто бы то ни было вступает в любые отношения залога, обеспечения или другого подобного типа или, в соответствии с положениями любого законодательного акта или распоряжения ³⁷⁾ [Центрального Правительства] или Правительства любого из Штатов, дает любое обязательство по исполнению любых общественных обязанностей или совершает действие в общественных интересах, то он обязывается, в случае нарушения положения любого такого документа, уплатить все упомянутые в нем суммы. ³⁶⁾ В редакции Закона № 6 от 1899 г., ст. 4, как первый абзац ст. 74. ³⁷⁾ Адаптационный Ордер 1937 г. заменил слова «Правительство Индии».

Explanation. — A person who enters into a contract with Government does not necessarily thereby undertake any public duty, or promise to do an act in which the public are interested.

Illustrations

(a) A contracts with B to pay B Rs. 1,000, if he fails to pay B Rs. 500 on a given day. A fails to pay B Rs. 500 on that day. B is entitled to recover from A such compensation, not exceeding Rs. 1,000, as the Court considers reasonable.

(b) A contracts with B that, if A practices as a surgeon within Calcutta, he will pay B Rs. 5,000. A practices as a surgeon in Calcutta. B is entitled to such compensation, not exceeding Rs. 5,000, as the Court considers reasonable.

(c) A gives a recognizance binding him in a penalty of Rs. 500 to appear in Court on a certain day. He forfeits his recognizance. He is liable to pay the whole penalty.

³⁸⁾(d) A gives B a bond for the repayment of Rs. 1,000 with interest at 12 per cent. at the end of six months, with a stipulation that, in case of default, interest shall be payable at the rate of 75 per cent, from the date of default. This is a stipulation by way of penalty, and B is only entitled to recover from A such compensation as the Court considers reasonable.]

³⁸⁾[(e) A, who owes money to B a money-lender, undertakes to repay him by delivering to him 10 maunds of grain on a certain date, and stipulates that, in the event of his not delivering the stipulated amount by the stipulated date, he shall be liable to deliver 20 maunds. This is a stipulation by way of penalty, and B is only entitled to reasonable compensation in case of breach.]

³⁸⁾[(f) A undertakes to repay B a loan of Rs. 1,000 by five equal monthly instalments, with a stipulation that» in default of payment of any instalment, the whole shall become due. This stipulation is not by way of penalty, and the contract may be enforced according to its terms.]

Объяснение. — Тот, кто заключает договор с Правительством, не обязательно тем самым принимает на себя какие-либо общественные обязанности или обязательство совершить нечто в общественном интересе.

Иллюстрации

(a) А договаривается с В уплатить В 1000 рупий, если он не сможет уплатить В 500 рупий в определенный день. А не платит В 500 рупий в этот день. В имеет право на получение от А компенсации в пределах 1000 рупий в размере, который суд сочтет разумным.

(b) А договаривается с В о том, что если А станет практиковать как хирург в Калькутте, то он уплатит В 5000 рупий. А открывает хирургическую практику в Калькутте. В имеет право на такую компенсацию, не превышающую 5000 рупий, которую суд сочтет разумной.

(c) А дает обязательство явиться в суд в определенный день под угрозой уплаты неустойки в 500 рупий. Он нарушает это обязательство и обязан уплатить неустойку полностью.

³⁸⁾[(d) А дает В обязательство по погашению 1000 рупий с процентами из расчета 12 процентов годовых в конце шести месяцев при условии, что в случае просрочки проценты подлежат уплате из расчета 75 процентов годовых, начиная со времени просрочки. Это условие является по сути своей условием о неустойке, и В имеет право на получение только такой компенсации, какую суд сочтет разумной.]

³⁸⁾[(e) А, который должен деньги В, местному ростовщику, обязуется погасить этот свой долг путем передачи 10 маундов зерна в определенный день, причем предусматривается, что в случае, если зерно не будет передано в указанный день, он будет обязан передать уже 20 маундов. Это положение является наказанием, и В имеет право только на разумную компенсацию в случае нарушения.]

³⁸⁾[(f) А обязуется погашать кредит в 1000 рупий В пятью равными ежемесячными платежами при условии, что при неуплате любой части причитается к уплате весь долг целиком. Это положение не является способом наказания, и договор может быть исполнен согласно его условиям.]

³⁸⁾[(g) A borrows Rs. 100 from B and gives him a bond for Rs. 200 payable by five yearly instalments of Rs. 40, with a stipulation that, in default of payment of any instalment, the whole shall become due. This is a stipulation by way of penalty.] ³⁸⁾ Ins. by Act 6 of 1899, s. 4(2).	³⁸⁾[(g) А заимствует 100 рупий у В и дает ему обязательство на 200 рупий, уплачиваемых пятью ежегодными платежами по 40 рупий каждый, с условием, что неуплата любой части обязывает к погашению всего долга. Это условие о наказании.] ³⁸⁾ Иллюстрации (d), (e), (f), (g) добавлены законом № 6 1899 г., ст. 4, п. 2.
75. Party rightfully rescinding contract entitled to compensation. — A person who rightfully rescinds a contract is entitled to compensation for any damage which he has sustained through the non-fulfilment of the contract. Illustration A, a singer, contracts with B, the manager of a theatre, to sing at his theatre for two nights in every week during the next two months, and B engages to pay her 100 rupees for each night's performance. On the sixth night, A wilfully absents herself from the theatre, and B, in consequence, rescinds the contract. B is entitled to claim compensation for the damage which he has sustained through the non-fulfilment of the contract.	75. Право на компенсацию стороны, правомерно отказавшейся от договора. — Тот, кто правомерно отказался от договора, имеет право на компенсацию за любой ущерб, который он понес вследствие неисполнения договора. Иллюстрация А, певица, заключила с В, менеджером театра, договор, обязавшись петь в его театре два вечера в неделю в течение ближайших двух месяцев, а В обязался уплачивать ей 100 рупий за каждую ночь исполнения. На шестой вечер А намеренно не прибыла в театр, и В вследствие этого отказался от договора с ней. В имеет право потребовать компенсацию за ущерб, который он понес вследствие неполного исполнения договора А.
Chapter VII. Sale of goods Rep. by the Indian Sale of Goods Act 1930 (3 of 1930), s. 65. <i>When property in goods sold passes</i> 76. «Goods» defined. — In this chapter, the word «goods» means and includes every kind of movable property.	Глава VII. Продажа товаров³ Отменена Законом Индии о продаже товаров 1930 г. (Акт № 3 от 1930)⁴, ст. 65. <i>Переход собственности на проданные товары</i> 76. Определение товаров. — В настоящей главе слово «товары» означает и включает все виды движимого имущества.

³ Английский текст статей раздела VII печатается по изданию: *Stokes W. The Anglo-Indian Codes. Vol. I. London, 1887. P. 594–610.*

⁴ Перевод индийского Закона о продаже товаров будет предметом особой публикации.

77. «Sale» defined. — «Sale» is the exchange of property for a price. It involves the transfer of the ownership of the thing sold from the seller to the buyer.	77. Определение продажи. — Продажа — это обмен имущества за уплату цены. Она включает в себя передачу права собственности на вещь, проданную продавцом покупателю.
78. Sale how effected. — Sale is effected by offer and acceptance of ascertained goods for a price, or of a price for ascertained goods, together with payment of the price or delivery of the goods; or with tender, part-payment, earnest or part-delivery; or with an agreement, express or implied, that the payment or delivery, or both, shall be postponed. Where there is a contract for the sale of ascertained goods, the property in the goods sold passes to the buyer when the whole or part of the price, or when the earnest, is paid, or when the whole or part of the goods is delivered. If the parties agree, expressly or by implication, that the payment or delivery, or both, shall be postponed, the property passes as soon as the proposal for sale is accepted. Illustrations (a) B offers to buy A's horse for 500 rupees. A accepts B's offer, and delivers the horse to B. The horse becomes B's property on delivery. (b) A sends goods to B, with the request that he will buy them at a stated price if he approves of them, or return them if he does not approve of them. B retains the goods, and informs A that he approves of them. The goods become B's when B retains them.	78. Совершение продажи. — Продажа совершается путем предложения и принятия известных товаров по [определенной] цене, или [определенной] цены за известные товары, вместе [соответственно] с уплатой цены или передачей товаров; или, если таковы условия предложения, с частичным платежом, авансом или частичной передачей; или, если таковы условия соглашения, явные или подразумеваемые, с отсроченной оплатой, передачей или же и с тем и с другим. Если договор продажи заключен в отношении индивидуализированных товаров, то собственность на эти проданные товары переходит к покупателю в момент уплаты цены полностью или частично, или в момент уплаты аванса, или же в момент передачи всех проданных товаров или их части [в зависимости от того, что произойдет раньше]. Если стороны не договорятся в явной или подразумеваемой форме об отсрочке оплаты, передачи или и того и другого, то собственность переходит сразу же по принятии предложения о продаже. Иллюстрации (а) В заявляет, что хотел бы купить лошадь за 500 рупий. А принимает предложение В и передает ему лошадь. В момент передачи лошадь переходит в собственность В. (б) А отправляет товары В с предложением осмотреть таковые и в случае одобрения — купить по установленной цене, а в случае неодобрения — вернуть их. В оставляет товары себе и сообщает, что одобряет их. Товары поступили в собственность В, когда он оставил их себе.

(c) B offers A, for his horse, 1000 rupees, the horse to be delivered to B on a stated day, and the price to be paid on another stated day. A accepts the offer. The horse becomes B' as soon as the proposal is accepted. (d) B offers A, for his horse, 1000 rupees, on a month's credit. A accepts the offer. The horse becomes B's as soon as the offer is accepted. (e) B, on the first January, offers to A, for a quantity of rice 2000 rupees, to be paid on the first March following, the rice not to be taken away till paid for. A accepts the offer. The rice becomes B's as soon as the offer is accepted.	(c) В предлагает А за его лошадь 1000 рупий с условием, что лошадь будет передана ему, В, в согласованный день, а цена будет им уплачена на другой установленный день. А принимает предложение. Лошадь поступает в собственность В, как только это предложение принимается. (d) В предлагает А за его лошадь 1000 рупий с уплатой в течение месяца. А принимает предложение. Лошадь переходит в собственность В, как только предложение будет принято. (e) В первого января просит А продать ему [определенное] количество риса стоимостью в 2000 рупий, которые обязуется уплатить не позднее первого марта текущего года, с условием, что А не обязан передавать рис до его оплаты. А принимает это предложение. Рис становится принадлежащим В, как только предложение будет принято.
79. Transfer of ownership of thing sold, which has yet to be ascertained, made or finished. — Where there is a contract for the sale of a thing which has yet to be ascertained, made or finished, the ownership of the thing is not transferred to the buyer until it is ascertained, made or finished. Illustration B orders A, a barge-builder, to make him a barge. The price is not made payable by instalments. While the barge is building, B pays to A money from time to time on account of the price. The ownership of the barge does not pass to B until it is finished.	79. Переход собственности на вещь проданную, не индивидуализированную, не существующую или не незавершенную. По договору продажи вещи, которая еще не индивидуализирована, не существует в природе или не завершена изготовлением, собственность не переходит к покупателю до тех пор, пока вещь не будет индивидуализирована, изготовлена или завершена изготовлением. Иллюстрация В заказывает судостроителю А изготовление для него баржи с уплатой ее цены в рассрочку. В то время, пока баржа строится, В время от времени вносит очередные платежи в счет уплаты цены. Собственность на баржу не переходит к В до тех пор, пока баржа не будет завершена изготовлением.
80. Completion of sale of goods which the seller is to put into state in which buyer is to take them. — Where, by a contract for the sale of goods, the seller is to do anything to them for the purpose of putting them into a state in which the buyer is to take them, the sale is not complete until such thing has been done.	80. Продажа товаров, которые продавец обязан привести в состояние, в котором покупатель обязался принять их. — Когда по договору продажи товаров на продавца возложена обязанность совершить с ними определенные действия для целей приведения их в состояние, в котором только покупатель обязался их принять, продажа не считается состоявшейся, пока такие действия не будут совершены.

Illustration A, a ship-builder, contracts to sell to B, for a stated price, a vessel which is lying in A's yard; the vessel to be rigged and fitted for a voyage, and the price to be paid on delivery. Under the contract, the property in the vessel does not pass to B until the vessel has been rigged, fitted up, and delivered.	Иллюстрация А, судостроитель, заключает договор о продаже по установленной цене В известного судна, находящегося на дворе А; судно это надлежит оснастить и подготовить к плаванию, а цену уплатить при передаче. Согласно договору собственность на судно не перейдет к В до тех пор, пока судно не будет оснащено, подготовлено и передано.
81. Completion of sale of goods, when seller has to do anything thereto in order to ascertain price. — Where anything remains to be done to the goods by the seller, for the purpose of ascertaining the amount of the price, the sale is not complete until this has been done. Illustrations (a) A, the owner of a stack of bark, contracts to sell it to B, weigh and deliver it, at 100 rupees per ton. B agrees to take and pay for it on a certain day. Part is weighed and delivered to B; the ownership of the residue is not transferred to B until it has been weighed pursuant to the contract. (b) A contracts to sell a heap of clay at a certain price per ton. B is, by the contract, to load the clay in his own carts, and to weigh each load at a certain weighing machine, which his carts must pass on their way from A's ground to B's place of deposit. Here, nothing more remains to be done by the seller; the sale is complete, and the ownership of the heap of clay is transferred at once.	81. Продажа, в которой продавец должен сделать нечто для выяснения цены. — Когда [по условиям договора] продавец обязан совершить некие действия в целях определения размера подлежащей уплате цены товара, продажа не считается состоявшейся, пока продавец этого не делает. Иллюстрации (а) А, владелец штабеля хинной коры, договорился о его продаже В (обязавшись взвесить и доставить его) по 100 рупий за тонну. В обязался принять и оплатить его в определенный день. Часть штабеля была взвешена и передана В; собственность на невзвешенный остаток не переходит к В до тех пор, пока А не взвесит его в соответствии с договором. (б) А договорился о продаже В глиняного отвала по определенной цене за тонну. В, в соответствии с договором, обязан загружать глину в собственные вагонетки и для целей определения веса каждой партии загонять груженные вагонетки на весовую машину, располагающуюся на весовой площадке по пути следования с участка А к месту складирования глины В. Здесь продавцу ничего особенного делать не нужно; следовательно, продажа считается состоявшейся [с момента заключения договора], а собственность на отвал глины — переданной.
82. When goods are unascertained at date of contract. — Where the goods are not ascertained at the time of making the contract of sale, it is necessary to the completion of the sale that the goods shall be ascertained.	82. Товары, не индивидуализированные ко дню заключения договора. — Если товары не индивидуализированы в момент заключения договора продажи, то продажа не может считаться состоявшейся прежде, чем товары будут индивидуализированы.

Illustration A agrees to sell to B, 20 tons of oil in A's cisterns. A's cisterns contain more than 20 tons of oil. No portion of the oil has become the property of B.	Иллюстрация А соглашается продать В 20 тонн нефти в своих цистернах. Но цистерны А содержат более 20 тонн нефти. Достигнутая в таких условиях договоренность не способна привести к переходу какой-либо части нефти в собственность В.
83. Ascertainment of goods by subsequent appropriation. — Where the goods are not ascertained at the time of making the agreement for sale, but goods answering the description in the agreement are subsequently appropriated by one party, for the purpose of the agreement, and that appropriation is assented to by the other, the goods have been ascertained, and the sale is complete. Illustration A, having a quantity of sugar in bulk, more than sufficient to fill 20 hogsheads, contracts to sell B 20 hogsheads of it. After the contract, A fills 20 hogsheads with the sugar, and gives notice to B that the hogsheads are ready, and requires him to take them away. B says he will take them as soon as he can. By this appropriation by A, and assent by B, the sugar becomes the property of B.	83. Индивидуализация товаров последующими [т. е. совершенными после заключения договора] действиями. — Если товары ко времени заключения соглашения о продаже не были индивидуализированы, но впоследствии товары, отвечающие установленному соглашением описанию, выделенные одной из сторон для целей соглашения, будут приняты другой стороной, они будут считаться индивидуализированными, а продажа совершенной. Иллюстрация А, имеющий [некоторое] количество сахара [прибывшего] навалом, более чем достаточное для заполнения 20 хогсхедов [бочек], заключает с В договор продажи тому 20 хогсхедов [сахара]. После подписания договора А наполняет 20 хогсхедов сахаром, после чего уведомляет В о том, что предназначенные тому хогсхеды подготовлены и он может их забрать. В отвечает, что вывезет их так скоро, как только сможет. С совершением описанных действий А и получением согласия В [на самовывоз сахара] подготовленный для него сахар становится его собственностью.
84. Ascertainment of goods by seller's selection. — Where the goods are not ascertained at the time of making the contract of sale, and, by the terms of the contract, the seller is to do an act with reference to the goods which cannot be done until they are appropriated to the buyer, the seller has a right to select any goods answering to the contract, and by his doing so, the goods are ascertained.	84. Индивидуализация товаров по выбору продавца. — Если товары не были индивидуализированы ко времени совершения договора продажи, условия которого обязывают продавца [к определенному сроку] сделать в отношении товаров нечто такое, что не может быть совершено без содействия покупателя, то продавец имеет право выбрать любые товары, отвечающие условиям договора; по

Illustration B agrees with A to purchase of him, at a stated price, to be paid on a fixed day, 50 maunds of rice out of a larger quantity in A's granary. It is agreed that B shall send sacks for the rice, and that A shall put the rice into them. B does so, and A puts 50 maunds of rice into the sacks. The goods have been ascertained.	совершении с ними требуемых действий товары будут рассматриваться как индивидуализированные. Иллюстрация В заключает соглашение с А о покупке у него по установленной цене, подлежащей уплате в согласованный день, 50 маундов риса из большего количества, находящегося в зернохранилище А. Стороны договорились, что В направляет мешки для риса, в которые А и должен упаковать подлежащий передаче рис. В делает это, и А отбирает 50 маундов риса, упаковывая их в мешки. Товары признаются индивидуализированными.
85. Transfer of ownership of movable property, when sold together with immovable. — Where an agreement is made for the sale of immovable and movable property combined, the ownership of the movable property does not pass before the transfer of the immovable property. Illustration A agrees with B for the sale of a house and furniture. The ownership of the furniture does not pass to B until the house is conveyed to B.	85. Передача собственности на движимое имущество, которое продается вместе с недвижимостью. — Если договор касается продажи комплекса связанных друг с другом недвижимых и движимых вещей, то собственность на движимые вещи не переходит прежде передачи покупателю недвижимого имущества. Иллюстрация А заключил с В соглашение о продаже дома с мебелью. Собственность на мебель не перейдет к В до тех пор, пока ему не будет передан дом.
86. Buyer to bear loss after goods have become his property. — When goods have become the property of the buyer, he must bear any loss arising from their destruction or injury. Illustrations (a) B offers, and A accepts, 100 rupees for a stack of fire-wood standing on A's premises, the fire-wood to be allowed to remain on A's premises till a certain day, and not to be taken away till paid for. Before payment, and while the fire-wood is on A's premises, it is accidentally destroyed by fire. B must bear the loss. (b) A bids 1000 rupees for a picture at a sale by auction. After the bid it is injured by an accident. If the accident happens before the hammer falls, the loss falls on the seller; if afterwards, on A.	86. Покупатель несет риск гибели товаров, ставших его собственностью. — Если товары стали собственностью покупателя, на него падают убытки, возникшие от их гибели или повреждения. Иллюстрации (а) В предлагает и А соглашается продать за 100 рупий штабель дров, находящийся на складе А и остающийся там на хранении до определенного времени и оплаты. До оплаты, во время нахождения дров на складе А, они случайно уничтожаются огнем. Убытки падают на В. (б) А предлагает 1000 рупий за картину, продающуюся с аукциона. После ставки картина погибает в результате несчастного случая. Если картина погибает прежде удара аукционного молотка, убыток лежит на продавце; если после — то на А.

87. Transfer of ownership of goods agreed to be sold while non-existent. — When there is a contract for the sale of goods not yet in existence, the ownership of the goods may be transferred by acts done, after the goods are produced in pursuance of the contract, by the seller, or by the buyer with the seller's assent.

Illustrations

(a) A contracts to sell to B, for a stated price, all the indigo which shall be produced at A's factory during the ensuing year. A, when the indigo has been manufactured, gives B an acknowledgment that he holds the indigo at his disposal. The ownership of the indigo vests in B from the date of the acknowledgment.

(b) A, for a stated price, contracts that B may take and sell any crops that shall be grown on A's land in succession to the crops then standing. Under this contract, B with the assent of A takes possession of some crops grown in succession to the crops standing at the time of the contract. The ownership of the crops, when taken possession of, vests in B.

(c) A, for a stated price, contracts that B may take and sell any crops that shall be grown on his land in succession to the crops then standing. Under this contract, B applies to A for possession of some crops grown in succession to the crops which were standing at the time of the contract. A refuses to give possession. The ownership of the crops has not passed to B, though A may commit a breach of contract in refusing to give possession.

88. Contract to sell and deliver, at future day, goods not in seller's possession at date of contract. — A contract for the sale of goods to be delivered at a future day is binding, though the goods are not in the possession of the seller at the time of

87. Передача собственности на уже проданные, но еще не существующие товары. — По договору продажи товаров, [на момент его заключения] еще не существующих, собственность на товары может быть передана действиями, совершенными в соответствии с договором продавцом или покупателем с согласия продавца после того, как товары будут изготовлены.

Иллюстрации

(a) А договаривается продать В по установленной цене все индиго, производимое заводом А в течение следующего года. А, по мере изготовления индиго, подтверждает В, что держит индиго в интересе и распоряжении последнего. [Каждая изготовленная партия] индиго поступает в собственность В с даты получения им соответствующего подтверждения.

(b) А договаривается с В о том, что тот вправе по установленной цене снимать и продавать урожай, который будет выращен на земле А в рамках ближайшего севооборота. По этому договору В с согласия А снимает урожай некоторых культур севооборота, следующего за моментом заключения договора. Собственность на урожай, по мере его снятия и поступления во владение В, переходит к В.

(c) А договаривается с В о том, что тот вправе по установленной цене снимать и продавать урожай, который будет выращен на земле А в рамках ближайшего севооборота. По этому договору В предлагает А передать ему во владение урожай некоторых культур севооборота, следующего за моментом заключения договора. А отказывается передать владение. Право собственности на урожай не будет считаться переданным В, хотя бы отказ А предоставить владение был бы нарушением договора.

88. Договор продажи и передача в будущем товаров, которых нет во владении продавца на дату договора. — Договор продажи товаров, подлежащих передаче в будущем, является обязательным [для продавца], хотя бы товары и не

making the contract, and though, at that time, he has no reasonable expectation of acquiring them otherwise than by purchase. Illustration A contracts, on the first January, to sell B 50 shares in the East Indian Railway Company, to be delivered and paid for on the first March of the same year. A, at the time of making the contract, is not in possession of any shares. The contract is valid.	находились в его владении на момент заключения договора и хотя бы он в то время не имел разумных оснований ожидать их получения иначе, чем покупкой. Иллюстрация Первого января А заключает договор продажи В 50 акций восточной индийской железнодорожной компании, подлежащих передаче и оплате первого марта того же года. В момент заключения договора А не владеет какими-либо акциями. [Несмотря на это] договор действителен.
89. Determination of price not fixed by the contract. — Where the price of goods sold is not fixed by the contract of sale, the buyer is bound to pay the seller such a price as the Court considers reasonable. Illustration B, living at Patna, orders of A, a coach-builder at Calcutta, a carriage of a particular description. Nothing is said by either as to the price. The order having been executed, and the price being in dispute between the buyer and the seller, the Court must decide what price it considers reasonable.	89. Определение цены, если она не установлена договором. — Если цена проданных товаров не установлена в договоре продажи, то покупатель обязан уплатить продавцу такую цену, какую сочтет разумной суд. Иллюстрация В, живущий в Патне, заказал А, производителю железнодорожных вагонов из Калькутты, вагоны по каталогу, не сказав ни слова о цене. Заказ был исполнен, и в случае возникновения между покупателем и продавцом спора о цене суд должен решить, какую цену он сочтет разумной.
Delivery 90. Delivery how made. — Delivery of goods sold may be made by doing anything which has the effect of putting them in the possession of the buyer, or of any person authorized to hold them on his behalf. Illustrations (a) A sells to B a horse, and causes or permits it to be removed from A's stables to B's. The removal to B's stable is a delivery. (b) B, in England, orders 100 bales of cotton from A, a merchant of Bombay, and sends his own ship to Bombay for the cotton. The putting the cotton on board the ship is a delivery to B.	Передача 90. Как производится передача. — Передача проданных товаров может производиться всякими действиями, которые имеют своим эффектом предоставление их во владение покупателю или любому лицу, уполномоченному держать их на имя покупателя. Иллюстрации (a) А продает В лошадь и требует, чтобы тот вывел ее из конюшни, или позволяет ему сделать это. Выведение В лошади из стойла является ее передачей. (b) В, [находящийся] в Англии, заказал 100 тюков хлопка от А, бомбейского купца, поручив погрузить его на свой корабль для перевозки хлопка, находящийся в порту Бомбея. Погрузка хлопка на борт судна является его передачей В.

(c) A sells to B certain specific goods, which are locked up in a godown. A gives B the key of the godown, in order that he may get the goods. This is a delivery. (d) A sells to B five specific casks of oil. The oil is in the warehouse of A. B sells the five casks to C. A receives warehouse rent for them from C. This amounts to a delivery of the oil to C, as it shows an assent on the part of A to hold the goods as warehouseman of C. (e) A sells to B 50 maunds of rice in the possession of C, a warehouseman. A gives B an order to C to transfer the rice to B, and C assents to such order, and transfers the rice in his books to B. This is a delivery. (f) A agrees to sell B five tons of oil, at 1000 rupees per ton, to be paid for at the time of delivery. A gives to C, a wharfinger, at whose wharf he had twenty tons of the oil, an order to transfer five of them into the name of B. C makes the transfer in his books, and gives A's clerk a notice of the transfer for B. A's clerk takes the transfer notice to B, and offers to give it him on payment of the price of the oil. B refuses to pay. There has been no delivery to B, as B never assented to make C his agent to hold for him the five tons selected by A.	(с) А продает В индивидуализированные товары, находящиеся на складе. Он дает В ключ от склада в расчете на то, что тот вывезет оттуда [подготовленные для него] товары. Это действие является их передачей. (d) А продает В пять конкретных бочек нефти. Нефть находится на складе А. В продает пять бочек С, с которого А получает плату за аренду склада для хранения этих бочек. Это равнозначно передаче нефти С, так как свидетельствует о согласии А держать товар в качестве хранителя для С. (е) А продает В 50 маундов риса, находящегося во владении С, хранителя. Он снабжает В письмом к С, содержащим распоряжение о выдаче риса В, а С соглашается на такой порядок и переводит рис на В путем трансферта в своих книгах. Это также является передачей [риса продавцом А покупателю В]. (f) А соглашается продать В пять тонн нефти по 1000 рупий за тонну с оплатой в момент доставки. А дает С, владельцу пристани, на которой хранится двадцать тонн нефти, распоряжение о передаче пяти из них В. С производит трансферт по своим книгам и вручает служащему А уведомление о переводе их на имя В. Служащий А принимает уведомление о трансферте на В и предлагает ему уплатить цену нефти. В отказывается платить. Здесь передачи товаров к В не состоялось, так как В никогда не рассматривал С в качестве своего агента, уполномоченного держать для него пять тонн [нефти], купленной у А.
91. Effect of delivery to wharfinger or carrier. — A delivery to a wharfinger or carrier of the goods sold, has the same effect as a delivery to the buyer, but does not render the buyer liable for the price of goods which do not reach him, unless the delivery is so made as to enable him to hold the wharfinger or carrier responsible for the safe custody or delivery of the goods.	91. Последствия сдачи товаров владельцу пристани или перевозчику. — Сдача проданных товаров владельцу пристани или перевозчику имеет тот же эффект, что их передача, но не обязывает покупателя платить цену товаров, его не достигших, кроме случая, когда владелец пристани или перевозчик, которому сданы товары, избран покупателем в качестве ответственного за сохранность или доставку товаров.

Illustration B, at Agra, orders of A, who lives at Calcutta, three casks of oil to be sent to him by railway. A takes three casks of oil directed to B to the railway station, and leaves them there without conforming to the rules which must be complied with in order to render the Railway Company responsible for their safety. The goods do not reach B. There has not been a sufficient delivery to charge B in a suit for the price.	Иллюстрация В, находящийся в Агре, заказывает А, проживающему в Калькутте, три бочки нефти, которые должны быть направлены ему по железной дороге. Три бочки нефти, адресованные В, А доставляет на железнодорожную станцию и оставляет их там, но без соблюдения правил возложения на железнодорожную компанию ответственности за их сохранность. Товар не доходит до В. Такое поведение не может быть сочтено передачей, достаточной для того, чтобы взыскать с В покупную цену.
92. Effect of part delivery. — A delivery of part of goods, in progress of the delivery of the whole, has the same effect, for the purpose of passing the property in such goods, as a delivery of the whole; but a delivery of part of the goods, with an intention of severing it from the whole, does not operate as a delivery of the remainder. Illustrations (a) A ship arrives in a harbor laden with a cargo consigned to A, the buyer of the cargo. The captain begins to discharge it, and delivers over part of the goods to A in progress of the delivery of the whole. This is a delivery of the cargo to A for the purpose of passing the property in the cargo. (b) A sells to B a stack of fire-wood, to be paid for by B on delivery. After the sale, B applies for and obtains from A leave to take away some of the fire-wood. This has not the legal effect of delivery of the whole. (c) A sells 50 maunds of rice to B. The rice remains in A's warehouse. After the sale, B sells to C 10 maunds of the rice, and A, at B's desire, sends the 10 maunds to C. This has not the legal effect of a delivery of the whole.	92. Последствия частичной передачи. — Передача части товаров, как один из этапов процесса передачи всего следуемого, имеет тот же эффект для целей передачи собственности на такие товары, какой имела бы передача всего следуемого; но передача части товаров, произведенная с целью подчеркнуть, что передается только она, не считается передачей оставшегося. Иллюстрации (а) Судно[, зафрахтованное] А прибывает в порт с грузом на имя А, его покупателя. Капитан начинает его разгрузку и передает А товары по мере их выгрузки, часть за частью, намереваясь постепенно передать все. Это есть передача всего груза А в смысле передачи А собственности на весь груз. (b) А продает В штабель дров с оплатой В по передаче. После продажи В обращается к А и получает разрешение на то, чтобы вывезти известную часть дров. Это [действие] не равнозначно передаче всех [товаров]. (c) А продает 50 маундов риса В. Рис продолжает находиться на складе А. После [первой] продажи В перепродает 10 маундов риса С, и А, по разнарядке В, отправляет 10 маундов к С. Это [действие] не равнозначно передаче всего [товара].
93. Seller not bound to deliver until buyer applies. — In the absence of any special promise, the seller of goods is not bound to deliver them until the buyer applies for delivery.	93. Продавец не обязан к передаче, пока покупатель ее не требует. — В отсутствие любой особой обязанности продавец не обязан передавать товары до тех пор, пока покупатель этого не требует.

94. Place of delivery. — In the absence of any special promise as to delivery, goods sold are to be delivered at the place at which they are at the time of the sale; and goods contracted to be sold are to be delivered at the place at which they are at the time of the contract for sale, or, if not then in existence, at the place at which they are produced.	94. Место передачи. — В отсутствие любой особой обязанности относительно передачи проданные товары должны быть переданы там, где они находятся в момент продажи; так же и товары, о которых заключен договор продажи, должны быть переданы там, где они находились в момент его заключения, либо, если в тот момент они еще не существовали, — в месте их производства.
<i>Seller's lien</i> 95. Seller's lien. — Unless a contrary intention appears by the contract, a seller has a lien on sold goods as long as they remain in his possession and the price or any part of it remains unpaid.	<i>Залоговое право продавца</i> 95. Залоговое право продавца. — Если иное намерение не следует из договора, то продавец имеет право залога в отношении проданных товаров, пока они находятся в его владении и цена, хотя бы в какой-то части, остается неуплаченной.
96. Lien where payment to be made at future day, but no time is fixed for delivery. — Where, by the contract, the payment is to be made at a future day, but no time is fixed for the delivery of the goods, the seller has no lien, and the buyer is entitled to a present delivery of the goods without payment. But if the buyer becomes insolvent before delivery of the goods, or if the time appointed for payment arrives before the delivery of the goods, the seller may retain the goods for the price. Explanation [«Insolvency» defined]. — A person is insolvent who has ceased to pay his debts in the usual course of business, or who is incapable of paying them. Illustration A sells to B a quantity of sugar in A's warehouse. It is agreed that three months' credit shall be given. B allows the sugar to remain in A's warehouse. Before the expiry of the three months, B becomes insolvent. A may retain the goods for the price.	96. Залог по договору с оплатой в будущем, но без определенного срока передачи. — Если, согласно договору, платеж должен быть произведен в какую-либо будущую дату, но срок передачи товаров не определен, то продавец не имеет права залога, а покупатель вправе требовать передачи в текущий момент времени, не производя оплаты. Но если покупатель станет неплатежеспособным или нарушит срок платежа, а товар все еще не будет передан, продавец может удерживать его, пока цена не будет уплачена. Объяснение [Определение неплатежеспособности]. — Является неплатежеспособным тот, кто прекратил платежи по своим долгам, созданным в процессе обычного ведения бизнеса, или не способен оплатить их. Иллюстрация А продает В [известное] количество сахара, находящегося на складе А. Согласились на предоставление трехмесячного кредита. В оставил сахар на складе А. До истечения трех месяцев В становится неплатежеспособным. А вправе удерживать товары, пока цена за них не будет уплачена.

97. Seller's lien where payment to be made at future day, and buyer allows goods to remain in seller's possession. — Where, by the contract, the payment is to be made at a future day, and the buyer allows the goods to remain in the possession of the seller until that day, and does not then pay for them, the seller may retain the goods for the price. Illustration A sells to B a quantity of sugar in A's warehouse. It is agreed that three months' credit shall be given. B allows the sugar to remain in A's warehouse till the expiry of the three months, and then does not pay for them. A may retain the goods for the price.	97. Залог продавца по договору с оплатой в будущем и с оставлением товаров во владении продавца. — По договору, платеж по которому должен быть произведен в какую-либо будущую дату и покупатель по которому оставляет товары во владении продавца до наступления срока платежа, а затем не совершает платежа, продавец может удерживать товары вплоть до уплаты цены. Иллюстрация А продает В [известное] количество сахара, находящееся на складе А. Согласились на предоставление трехмесячного кредита. В оставил сахар на складе А в ожидании истечения трех месяцев, а когда они истекли, не заплатил за товары. А вправе удерживать товары, пока цена за них не будет уплачена.
98. Seller's lien subsequent buyer. — A seller, in possession of goods sold, may retain them for the price against any subsequent buyer, unless the seller has recognised the title of the subsequent buyer.	98. Залог продавца и последующий покупатель. — Продавец, во владении которого находятся проданные товары, может выдвинуть возражение об их удержании в обеспечение уплаты цены против любого последующего покупателя, кроме случая, когда он признает право [собственности на товары этого] последующего покупателя.
<i>Stoppage in transit</i> 99. Right of seller to stop in transit. — A seller who has parted with the possession of the goods, and has not received the whole price, may, if the buyer becomes insolvent, stop the goods while they are in transit to the buyer. 100. When goods are to be deemed in transit. — Goods are to be deemed in transit while they are in the possession of the carrier, or lodged at any place in the course of transmission to the buyer, and are not yet come into the possession of the buyer or any person on his behalf, otherwise than as being in possession of the carrier, or as being so lodged.	<i>Остановка в пути</i> 99. Право продавца на остановку в пути. — Продавец, который утратил владение товарами, не получив за них всей цены, вправе, если покупатель становится неплатежеспособным, остановить товары, находящиеся на пути к покупателю. 100. Когда товары считаются находящимися в пути. — Товары считаются находящимися в пути все время, пока они находятся во владении перевозчика или в хранилище в любом месте, хотя бы и в ходе передачи, но до их перехода во владение покупателя или любого лица, действующего от его имени, иного, чем владеющий ими перевозчик или содержатель хранилища.

Illustrations	Иллюстрации
(a) B, living at Madras, orders goods of A, at Patna, and directs that they shall be sent to Madras. The goods are sent to Calcutta, and there delivered to C, a wharfinger, to be forwarded to Madras. The goods, while they are in the possession of C, are in transit. (b) B, at Delhi, orders goods of A, at Calcutta. A consigns and forwards the goods to B at Delhi. On arrival there, they are taken to the warehouse of B, and left there. B refuses to receive them and immediately afterwards stops payment. The goods are in transit. (c) B, who lives at Delhi, orders goods of A at Bombay. A sends them to Delhi by C, a carrier appointed by B. The goods arrive at Delhi, and are placed by C, at B's request, in C's warehouse for B. The goods are no longer in transit. (d) B, a merchant of London, orders 100 bales of cotton of A, a merchant at Bombay. B sends his own ship to Bombay for the cotton. The transit is at an end when the cotton is delivered on board the ship. (e) B, a merchant of London, orders 100 bales of cotton of A, a merchant at Bombay. B sends his own ship to Bombay for the cotton. A delivers the cotton on board the ship, and takes bills of lading from the master, making the cotton deliverable to A's order or assigns. The cotton arrives at London, but before coming into A's possession, B becomes insolvent. The cotton has not been paid for. A may stop the cotton.	(a) В, живущий в Мадрасе, заказывает товары А из Патны, указывая, чтобы они были направлены к нему в Мадрас. Товары отправляются в Калькутту и там передаются С, владельцу пристани, который и должен направить их в Мадрас. Все то время, пока товары находятся во владении С, они считаются находящимися в пути. (b) В, живущий в Дели, заказывает товары А из Калькутты. А маркирует и пересылает товары в Дели на имя В. По прибытии туда они принимаются на склад для В и остаются там. В отказывается их получать немедленно, а после даже останавливает платеж. Все это время товары считаются находящимися в пути. (c) В, живущий в Дели, заказывает товары А из в Бомбея. А отправляет их в Дели С — перевозчиком, назначенным В. Товары прибывают в Дели, помещаются на склад С по просьбе В для этого последнего. Такие товары уже не считаются находящимися в пути. (d) В, купец из Лондона, заказывает 100 тюков хлопка А, купцу в Бомбее. В отправляет свой собственный корабль в Бомбей для хлопка. Товар перестает находиться в пути в момент, когда хлопок погружается на борт корабля. (e) В, купец из Лондона, заказывает 100 тюков хлопка А, купцу в Бомбее. В отправляет свой собственный корабль в Бомбей для хлопка. А погружает хлопок на борт корабля и получает от капитана корабля коносаменты, составленные в пользу А или его приказа. Хлопок прибывает в Лондон, но до вступления во владение им В становится неплатежеспособным. Хлопок не был оплачен. А вправе остановить хлопок [считая его все еще находящимся в пути].
101. Continuance of right of stoppage. — The seller's right of stoppage does not, except in the cases hereinafter mentioned, cease on the buyer's reselling the goods while in transit, and receiving the price, but continues until the goods have been delivered to the second buyer, or to some person on his behalf.	101. Существование права остановки. — Право продавца на остановку в пути, за исключением случаев, упомянутых ниже, не прекращается перепродажей товаров покупателем во время их нахождения в пути, равно как и получением за них покупной цены, но продолжает существовать до тех пор, пока товары не будут доставлены второму покупателю, или какому-либо лицу, действующему от его имени.

102. Cessation on right on assignment, by buyer, of document showing title. — The right of stoppage ceases if the buyer, having obtained a bill of lading or other document showing title to the goods, assigns it, while the goods are in transit, to a second buyer, who is acting in good faith, and who gives valuable consideration for them. Illustrations (a) A sells and consigns certain goods to B, and sends him the bill of lading. A being still unpaid, B becomes insolvent, and while the goods are in transit, assigns the bill of lading for cash to C, who is not aware of his insolvency. A cannot stop the goods in transit. (b) A sells and consigns certain goods to B. A being still unpaid, B becomes insolvent, and, while the goods are still in transit, assigns the bill of lading for cash to C, who knows that B is insolvent. The assignment not being in good faith, A may still stop the goods in transit.	102. Прекращение права [остановки] в результате уступки покупателем документа [на товары]. — Право остановки прекращается, если покупатель, получив коносамент или другой документ, подтверждающий право собственности на товары, уступит его, пока товар находится в пути, другому добросовестному покупателю, предоставившему действительное встречное удовлетворение. Иллюстрации (a) А продает и направляет определенные товары в адрес В, посылая ему коносамент. Еще не произведя оплаты, В становится неплатежеспособным и, пока товар находится в пути, передает коносамент за наличные С, который не знает о его несостоятельности. А больше не имеет права остановки товара в пути. (b) А продает и направляет определенные товары в адрес В. Не произведя оплаты, В становится неплатежеспособным и, в то время как товары все еще находятся в пути, передает С (который знает, что В является неплатежеспособным) коносамент за наличные. Передача, будучи совершенной недобросовестному приобретателю, не лишает А права остановки товаров в пути.
103. How seller may stop where instrument of title assigned to secure specific advance. — Where a bill of lading or other instrument of title to any goods is assigned by the buyer of such goods by way of instrument pledge to secure an advance made specifically upon it, in good faith, the seller cannot, except on payment or tender to the pledgee of the advance so made, stop the goods in transit.	103. Может ли продавец остановить [товары в пути], если распорядительный документ передан в обеспечение аванса за представляемые им товары. — Если коносамент или другой распорядительный документ на какие бы то ни было товары передан покупателем таких товаров в качестве залога, обеспечивающего возврат аванса, полученного им за эти товары от добросовестного их приобретателя, то продавец не может, если только не уплатит или не предложит залогодержателю возврат аванса, остановить товары в пути.

Illustrations	Иллюстрации
(a) A sells and consigns goods to B of the value of 12,000 rupees. B assigns the bill of lading for these goods to C, to secure a specific advance of 5000 rupees made to him upon the bill of lading by C. B becomes insolvent, being indebted to C to the amount of 9000 rupees. A is not entitled to stop the goods except on payment or tender to C of 5000 rupees. (b) A sells and consigns goods to B of the value of 12,000 rupees. B assigns the bill of lading for these goods to C, to secure the sum of 5000 rupees due from him to C, upon a general balance of account. B becomes insolvent. A is entitled to stop the goods in transit without payment or tender to C of the 5000 rupees. Ee	(a) А продает и направляет В товары на 12 000 рупий. В передает коносамент на эти товары С для обеспечения возврата аванса в 5000 рупий, внесенного ему за коносамент С. В становится неплатежеспособным, будучи должным С 9000 рупий. А не вправе остановить товары в пути, если только он не заплатит или не предложит С 5000 рупий. (b) А продает и направляет В товары на 12 000 рупий. В передает коносамент на эти товары С в обеспечение уплаты долга в 5000 рупий, причитающегося с него в пользу С в качестве сальдо по заключении общего [контокоррентного] счета. В становится несостоятельным. А имеет право остановить товар в пути, не уплачивая и не предлагая С 5000 рупий.
104. Stoppage how effected. — The seller may effect stoppage in transit, either by taking actual possession of the goods, or by giving notice of his claim to the carrier or other depositary in whose possession they are.	104. Как осуществляется остановка [товаров в пути]. — Продавец может осуществить остановку товаров в пути либо посредством фактического завладения товарами, либо путем направления уведомления о своем притязании перевозчику или другому хранителю, во владении которого находятся товары.
105. Notice of seller's claim. — Such notice may be given, either to the person who has the immediate possession of the goods, or to the principal whose servant has possession. In the latter case, the notice must be given at such a time, and under such circumstances, that the principal, by the exercise of reasonable diligence, may communicate it to his servant in time to prevent a delivery to the buyer.	105. Уведомление о притязании продавца. — Такое уведомление может быть сделано лицу, которое имеет товары в своем непосредственном владении, или его принципалу, если владельцем является служащий. В последнем случае уведомление должно быть сделано в такое время и при таких обстоятельствах, чтобы принципал, при обычной для его дела предусмотрительности, мог связаться со своим служащим в срок, достаточный для того, чтобы предупредить передачу [товаров] покупателю.

106. Right of seller on stoppage. — Stoppage in transit entitles the seller to hold the goods stopped until the price of the whole of the goods sold is paid. Illustration A sells to 100 bales of cotton; 60 bales having come into E's possession, and 40 being still in transit, B becomes insolvent, and A being still unpaid, stops the 40 bales in transit. A is entitled to hold the 40 bales until the price of the 100 bales is paid.	106. Право продавца, остановившего товары. — Остановка в пути дает право продавцу на удержание остановленных товаров до тех пор, пока не будет уплачена цена проданных товаров сполна. Иллюстрация А продает 100 тюков хлопка; когда 60 тюков поступили во владение В, а 40 все еще находились в пути, В стал неплатежеспособным, и А, не получив платежа, останавливает 40 тюков в пути. А имеет право удерживать 40 тюков до тех пор, пока не будет уплачена цена 100 тюков.
<i>Resale</i> 107. Resale on buyer's failure to perform. — Where the buyer of goods fails to perform his part of the contract, either by not taking the goods sold to him, or by not paying for them, the seller, having a lien on the goods, or having stopped them in transit, may, after giving notice to the buyer of his intention to do so, resell them, after the lapse of a reasonable time, and the buyer must bear any loss, but is not entitled to any profit, which may occur on such resale.	<i>Повторная продажа</i> 107. Повторная продажа при нарушении покупателя. — Если покупатель товаров не исполнит своих обязанностей по договору путем отказа от проданных ему товаров или их неоплаты, то продавец, имеющий право залога на товары или остановивший их в пути, может (после уведомления покупателя о своем намерении сделать это) продать их другому лицу по истечении разумного периода времени, причем покупатель должен понести потери, но не имеет права на какую-либо прибыль, которая может возникнуть на такой повторной продаже.
<i>Title</i> 108. Title conveyed by seller of goods to buyer. — No seller can give to the buyer of goods a better title to those goods than he has himself, except in the following cases: Exception 1. — When any person is, by the consent of the owner, in possession of any goods, or of any bill of lading, dock-warrant, warehouse-keeper's certificate, wharfinger's certificate or warrant or order for delivery, or other document showing title to goods, he may transfer the ownership of the goods of which he is so in possession, or to which such documents relate, to any other person, and give such person a good title thereto,	<i>Право</i> 108. Право, переданное продавцом покупателю. — Продавец не может предоставить покупателю товаров лучшее право на товары, чем имеет он сам, за исключением следующих случаев: Исключение 1. — Если любое лицо с согласия собственника владеет любыми товарами или любым коносаментом, доковым варрантом, складской сохранный распиской, сертификатом владельца пристани, варрантом или ордером на сдачу или другим распорядительным документом на товары, оно может передавать собственность на товары, которыми владеет или к которым относится находящийся

notwithstanding any instructions of the owner to the contrary, provided that the buyer acts in good faith, and under circumstances which are not such as to raise a reasonable presumption that the person in possession of the goods or documents has no right to sell the goods.

Exception 2. — If one of several joint-owners of goods has the sole possession of them by the permission of the co-owners, the ownership of the goods is transferred to any person who buys them of such joint-owner in good faith, and under circumstances which are not such as to raise a reasonable presumption that the person in possession of the goods has no right to sell them.

Exception 3. — When a person has obtained possession of goods under a contract voidable at the option of the other party thereto, the ownership of the goods is transferred to a third person who, before the contract is rescinded, buys them in good faith of the person in possession; unless the circumstances which render the contract voidable amounted to an offence committed by the person in possession or those whom he represents.

In this case the original seller is entitled to compensation from the original purchaser for any loss which the seller may have sustained by being prevented from rescinding the contract.

Illustrations

(a) A buys from B, in good faith, a cow which B had stolen from C. The property in the cow is not transferred to A.

(b) A, a merchant, entrusts B, his agent, with a bill of lading relating to certain goods, and instructs B not to sell the goods for less than a certain price, and not to give credit to D. B sells the goods to D for less than that price, and gives D three months' credit. The property in the goods passes to D.

в его владении документ, любому другому лицу с перенесением на него бесспорного права на товары, несмотря на любые возражения собственника, при условии, что покупатель будет действовать добросовестно и при обстоятельствах, которые не могут подать повода к разумному предположению о том, что лицо, во владении которого находятся товары или документ, не имеет права распоряжаться товаром.

Исключение 2. — Если один из нескольких сособственников товаров держит их в своем единоличном владении по разрешению сособственников, то собственность на товары переходит любому третьему лицу, которое купит их у таких совместных собственников добросовестно и при обстоятельствах, не подающих повода к разумному предположению о том, что лицо, владеющее товарами, не имеет права продавать их.

Исключение 3. — Если лицо получило во владение товары по договору, который может быть оспорен по усмотрению другой его стороны, собственность на товары переходит к третьему лицу, если оно добросовестно купит их у владельца прежде, чем договор будет отменен, и если обстоятельства, делающие договор оспоримым, не составляют преступления, совершенного лицом, владеющим товарами, или же тем, в чьем интересе он владеет.

В этом последнем случае первоначальный продавец имеет право на компенсацию от первоначального покупателя любых потерь, которые он может понести вследствие констатации недействительности договора.

Иллюстрации

(a) A добросовестно покупает у B корову, которую B украл у C. Собственность на корову не переходит к A.

(b) A, купец, вручает B, своему агенту, коносамент на определенные товары и поручает B не продавать эти товары дешевле определенной цены и не оказывать кредита D. B продает товар D по цене ниже согласованной и предоставляет D кредит на три месяца. Собственность на товары переходит к D.

(c) A sells to B goods of which he has the bill of lading, but the bill of lading is made out for delivery of the goods to C, and it has not been endorsed by C. The property is not transferred to B. (d) A, B and C are joint Hindu brothers, who own certain cattle in common. A is left by B and C in possession of a cow, which he sells to D. D purchases <i>bona fide</i>. The property in the cow is transferred to D. (e) A, by a misrepresentation not amounting to cheating, induces B to sell and deliver to him a horse. A sells the horse to before B has rescinded the contract. The property in the horse is transferred to C; and B is entitled to compensation from A for any loss which B has sustained by being prevented from rescinding the contract. (f) A compels B by wrongful intimidation, or induces him by cheating or forgery, to sell him a horse, and, before B rescinds the contract, sells the horse to C. The property is not transferred to C.	(с) А продает В товары, на которые имеет коносамент, удостоверяющий, однако, право требования выдачи товаров, принадлежащее С, и притом не индоссированный С. Собственность не переходит к В. (d) А, В и С, будучи родными братьями-индусами, имеют в совместной собственности общий скот. А уводит из владения В и С корову, которую продает D. D покупает ее <i>bona fide</i>. Собственность на корову переходит к D. (е) А, вводя в заблуждение способом, не подпадающим под признаки мошенничества, побуждает В продать и передать ему лошадь. А перепродает лошадь прежде, чем договор по требованию В признается недействительным. Собственность на лошадь уже перешла к [добросовестному приобретателю] С; вследствие этого В имеет право на компенсацию с А любых убытков, которые он, В, понес, будучи лишенным возможности применения последствий недействительности договора. (f) А вынуждает Б с помощью противоправной угрозы или побуждает его путем мошенничества либо подделки продать ему лошадь и, прежде чем В успевает оспорить договор, продает лошадь С. Собственность не переходит к С.
<i>Warranty</i> 109. Seller's responsibility for badness of title. — If the buyer, or any person claiming' under him, is, by reason of the invalidity of the sellers title, deprived of the thing sold, the seller is responsible to the buyer, or the person claiming under him, for loss caused thereby, unless a contrary intention appears by the contract. 110. Warranty of goodness or quality. — An implied warranty of goodness or quality may be established by the custom of any particular trade.	<i>Гарантия</i> 109. Ответственность продавца за дефекты права. — Если покупатель или любое лицо, приобретшее вещь от него, лишается, по причине недействительности права продавца, купленной вещи, то продавец отвечает перед покупателем или таким лицом за произошедшие у него вследствие изъятия убытки, если договором не предусмотрено иное. 110. Гарантия годности или качества. — Подразумевается, что продавец гарантирует годность или качество товара, соответствующее обычаю, принятому в соответствующей сфере торговли.

111. Warranty on sale of provisions. — On the sale of provisions, there is an implied warranty that they are sound.	111. Гарантия при продаже продуктов питания. — При продаже продуктов питания подразумевается гарантия, что они являются неиспорченными.
112. Warranty on sale of goods by sample. — On the sale of goods by sample, there is an implied warranty that the bulk is equal in quality to the sample.	112. Гарантия при продаже товаров по образцу. — Продажа товаров по образцу подразумевает гарантию, что вся масса [проданных товаров] по качеству будет соответствовать образцу.
113. Warranty where goods are sold as of a certain denomination. — Where goods are sold as being of a certain denomination, there is an implied warranty that they are such goods as are commercially known by that denomination, although the buyer may have bought them by sample, or after inspection of the bulk. Explanation. — But if the contract specifically states that the goods, though sold as of a certain denomination, are not warranted to be of that denomination, there is no implied warranty. Illustrations (a) A, at Calcutta, sells to B twelve bags of «waste silk», then on its way from Murshedábád to Calcutta. There is an implied warranty by A that the silk shall be such as is known in the market under the denomination of «waste silk». (b) A buys, by sample and after having inspected the bulk, 100 bales of «Fair Bengal» cotton. The cotton proves not to be such as is known in the market as «Fair Bengal»; there is a breach of warranty.	113. Гарантия при продаже товаров наименования, ассоциирующегося с известным качеством. — Если товары продаются под таким наименованием, которое ассоциируется с известным качеством, подразумевается гарантия соответствия их качества качеству товаров такого наименования, известному коммерсантам, хотя бы покупатель и купил их по образцу или после инспекции всей их массы. Объяснение. — Но если в договоре прямо сказано, что определенное наименование товара употреблено не в его строгом техническом смысле, подразумеваемой гарантии не возникает. Иллюстрации (a) А, находящийся в Калькутте, продает В двенадцать мешков «шелковых отходов», следующих из Муршедабада в Калькутту. Подразумевается гарантия, что товар должен иметь такое качество, какое ассоциируется рынком с наименованием «шелковых отходов». (b) А покупает, по образцу и после инспекции партии, 100 тюков хлопка «Ярмарка Бенгалии». Инспекция хлопка не подтверждает такого его качества, которое известно на рынке за хлопком марки «Ярмарка Бенгалии»; налицо нарушение [подразумеваемой] гарантии.

114. Warranty where goods ordered for a specified purpose. — Where goods have been ordered for a specified purpose, for which goods of the denomination mentioned in the order are usually sold, there is an implied warranty by the seller that the goods supplied are fit for that purpose. Illustration B orders of A, a copper manufacturer, copper for sheathing a vessel. A, on this order, supplies copper. There is an implied warranty that the copper is fit for sheathing a vessel.	114. Гарантия в случае заказа товаров для известной цели. — В тех случаях, когда товары были заказаны для известной цели, обозначенной в самом наименовании товаров, подразумевается гарантия продавцом того, что поставленные товары годны для этой цели. Иллюстрация В заказывает у А, производителя меди, медь для омеднения корпуса судна. А, исполняя заказ, поставляет медь. Подразумевается, что медь подходит для омеднения корпуса судна.
115. Warranty on sale of article of well-known ascertained kind. — Upon the sale of an article of a well-known ascertained kind, there is no implied warranty of its fitness for any particular purpose. Illustration B writes to A, the owner of a patent invention for cleaning cotton — «Send me your patent cotton-cleaning machine to clean the cotton at my factory». A sends the machine according to order. There is an implied warranty by A that it is the article known as A's patent cotton-cleaning machine, but none that it is fit for the particular purpose of cleaning the cotton at B's factory.	115. Гарантия при продаже вещи для использования по назначению известного рода. — При продаже вещи для использования по назначению известного рода не подразумевается гарантий ее пригодности для любой конкретной цели. Иллюстрация В пишет А, владельцу патента на изобретение для очистки хлопка: «...пришлите мне вашу патентованную хлопкоочистительную машину для очистки хлопка на моем заводе». А отправляет машину по заказу. Подразумевается, что эта вещь, определена как патентованная А хлопкоочистительная машина [пригодная для очистки хлопка вообще], но не имеется в виду, что она непременно должна быть передана в состоянии, позволяющем использовать ее для очистки хлопка на конкретном заводе В.
116. Seller which not responsible for latent defects. — In the absence of fraud and of any express warranty of quality, the seller of an article which answers the description under which it was sold is not responsible for a latent defect in it. Illustration A sells to B a horse. It turns out that the horse had, at the time of the sale, a defect of which A was unaware. A is not responsible for this.	116. Продавец, не отвечающий за скрытые дефекты. — В отсутствие мошенничества и прямо выраженной гарантии качества продавец при продаже по описанию вещи, соответствующей этому описанию, не несет ответственности за ее скрытые дефекты. Иллюстрация А продает В лошадь. Оказывается, лошадь на момент продажи имела недостаток, о котором А не знал. А за него не отвечает.

117. Buyer's right on breach of warranty. — Where a specific article, sold with a warranty, has been delivered and accepted, and the warranty is broken, the sale is not thereby rendered voidable; but the buyer is entitled to compensation from the seller for loss caused by the breach warranty. Illustration A sells and delivers to B a horse warranted sound. The horse proves to have been unsound at the time of sale. The sale is not thereby rendered voidable, but B is entitled to compensation from A for loss caused by the unsoundness.	117. Право покупателя при нарушении гарантии. — Если определенные индивидуально вещи, проданные с гарантией, были доставлены и приняты, после чего выясняется нарушение гарантии, это не делает продажу оспоримой; но покупатель имеет право на компенсацию от продавца убытков, вызванных нарушением гарантии. Иллюстрация А продает и доставляет В лошадь, гарантируя, что она здорова. Выясняется, что это не так и что лошадь в момент продажи была больна. Продажа из-за этого не становится оспоримой, но В получает право на компенсацию от А убытков, вызванных недостатками лошади.
118. Right of buyer on breach of warranty in respect of goods not ascertained. — Where there has been a contract, with a warranty, for the sale of goods which, at the time of the contract, were not ascertained or not in existence, and the warranty is broken, the buyer may: accept the goods or refuse to accept the goods when tendered, or keep the goods for a time reasonably sufficient for examining and trying them, and then refuse to accept them; provided that, during such time, he exercises no other act of ownership over them than is necessary for the purpose of examination and trial. In any case the buyer is entitled to compensation from the seller for any loss caused by the breach of warranty; but if he accepts the goods and intends to claim compensation, he must give notice of his intention to do so within a reasonable time after discovering the breach of the warranty.	118. Право покупателя при нарушении гарантии на неиндивидуализированные товары. — По договору с гарантией на продажу товаров, которые на момент заключения договора не были индивидуализированы или не имелись в наличии, в случае нарушения гарантии покупатель может: принять товар или отказаться от принятия товара, если он предложен, или хранить у себя товар в течение времени, достаточного для испытания и опробования его, а затем — отказаться принимать; принципиально, чтобы в это время покупатель не совершал в отношении товара никаких других действий, обычных для собственника, кроме необходимых для целей экспертизы и принятия решения. В любом случае покупатель имеет право на компенсацию от продавца любых убытков, вызванных нарушением гарантий; но если он принимает товары и намеревается требовать компенсацию, он должен уведомить о своем намерении сделать это в разумный срок после обнаружения нарушения гарантии.

Illustrations (a) A agrees to sell and, without application on B's part, deliver to 200 bales of unascertained cotton by sample. Cotton not in accordance with sample is delivered to B. B may return it if he has not kept it longer than a reasonable time for the purpose of examination. (b) B agrees to buy of A twenty-five sacks of flour by sample. The flour is delivered to B, who pays the price. B, upon examination, finds it not equal to sample; B afterwards uses two sacks, and sells one. He cannot now rescind the contract and recover the price, but he is entitled to compensation from A for any loss caused by the breach of warranty. (c) B makes two pairs of shoes for A by A's order. When the shoes are delivered, they do not fit A. A keeps both pairs for a day. He wears one pair for a short time in the house, and takes a long walk out of doors in the other pair. He may refuse to accept the first pair, but not the second. But he may recover compensation for any loss sustained by the defect of the second pair.	Иллюстрации (а) А принимает решение продать и, не выясняя намерения стороны В, передает ему 200 тюков хлопка известного образца. Выясняется, однако, что доставленный В хлопок не соответствует образцу. В может вернуть хлопок, если он держал его у себя не дольше, чем в течение срока, разумно необходимого для целей экспертизы. (b) В соглашается купить двадцать пять мешков муки по образцу. Мука доставляется к В, который уплачивает цену. В после осмотра находит муку не соответствующей образцу, но тем не менее использует два мешка, а один продает. После этого он уже не может расторгнуть договор и потребовать возврата уплаченной цены, хотя и имеет право на компенсацию с А за любые убытки, возникшие из-за нарушения им гарантии. (с) В изготавливает две пары обуви для А по его заказу. При передаче выясняется, что она не подходит А. Тем не менее А держит обе пары в течение дня. Одну пару он надевает на короткое время в доме, а в другой совершает продолжительную уличную прогулку. Он может отказаться принять первую пару, но не вторую. Однако он может рассчитывать на компенсацию за любые потери, понесенные из-за недостатков второй пары.
<i>Miscellaneous</i> 119. Refusal to accept, if goods not ordered are sent with goods ordered. — When the seller sends to the buyer goods not ordered with goods ordered the buyer may refuse to accept any of the goods so sent, if there is risk or trouble in separating the goods ordered from the goods not ordered. Illustration A orders of B specific articles of china. B sends these articles to in a hamper, with other articles of china which had not been ordered. A may refuse to accept any of the goods sent.	<i>Прочее</i> 119. Отказ от принятия не заказанных товаров, отправленных вместе с заказанными. — Если продавец отправляет покупателю товары, которые тот не заказывал, вместе с товарами заказанными, покупатель может отказаться принять оба товара, если с отделением заказанных товаров от не заказанных связан риск или затруднение. Иллюстрация А заказывает В определенные изделия из фарфора. В отправляет их в корзине, сложенными вместе с другими изделиями из фарфора, которые А не заказывал. А может отказаться принять все присланные ему таким образом товары.

120. Wrongful refusal to accept. — If a buyer wrongfully refuses to accept the goods sold to him, this amounts to a breach of the contract of sale.	120. Необоснованный отказ принять. — Если покупатель необоснованно отказывается принять товары, проданные ему, это представляет собой нарушение договора купли-продажи.
121. Right of rescission, on buyer's failure to pay at time fixed. — When goods sold have been delivered to the buyer, the seller is not entitled to rescind the contract on the buyers failing to pay the price at the time fixed, unless it was stipulated by the contract that he should be so entitled.	121. Право расторжения при отказе покупателя от оплаты в установленный срок. — Если проданный товар был доставлен покупателю, то продавец не вправе расторгнуть договор по причине неуплаты покупателем цены в установленный срок, если только в договоре было предусмотрено, что он будет иметь такое право.
122. Sale and transfer of lots sold by auction. — Where goods are sold by auction, there is a distinct and separate sale of the goods in each lot, by which the ownership thereof is transferred as each lot is knocked down.	122. Продажа и передача [в собственность] лотов, проданных на аукционе. — Каждый аукционный лот составляет предмет самостоятельной и отдельной продажи; передача собственности на лот в целом влечет передачу собственности на каждый предмет этого лота.
123. Use, by seller, of pretended biddings. — If, at a sale by auction, the seller makes use of pretended biddings to raise the price, the sale is voidable at the option of the buyer.	123. Притворные торги. — Если при продаже с аукциона продавец искусственно подогревает спрос с целью повышения цены, продажа может быть признана недействительной по иску покупателя.

Окончание в следующем номере

СПОСОБЕН ЛИ РАЦИОНАЛЬНЫЙ ДИСКУРС ОБОСНОВАТЬ ЦЕННОСТНЫЙ ВЫБОР В ПРАВЕ?

С. А. БЕЛОВ*

Решение сложных конституционных проблем зачастую связано с ценностным выбором. Требования к судебным решениям, предъявляемые законодательством и правовой традицией, предполагают аргументацию такого выбора, которая должна носить рационально-логический характер. Однако еще в 1960-е гг. в трудах Х. Перельмана было обосновано, что рациональное объяснение ценностного выбора невозможно. Взамен Перельманом было предложено руководствоваться правилами аристотелевской риторики. Позднее этот подход был развит в трудах Ю. Хабермаса (а в правовой теории — Р. Алекси) в концепцию рационального дискурса. В настоящей статье подвергается критике эффективность рационального дискурса в качестве средства рационального обоснования ценностного выбора. Приводятся аргументы, демонстрирующие, что рациональный дискурс, воспринимаемый сегодня как основная парадигма конституционной аргументации, неприемлем в качестве инструмента такого обоснования.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: рациональный дискурс, конституционные ценности, юридическое обоснование, риторика в праве, судебная аргументация.

BELOV S. A. CAN RATIONAL DISCOURSE JUSTIFY VALUES CHOICE IN LAW?

The solution to complicated constitutional problems is often connected with the axiological choice. The requirements to judgements set out in legislation and in the legal tradition involve justification of such a choice which should be of a rational and logical nature. However, as early as in the 1960s Ch. Perelman in his works substantiated that the rational justification of the axiological choice is impossible. Instead Perelman proposed the justification constructed according to the rules of "Rhetoric" by Aristotle. This approach was later developed in the works of J. Habermas (and R. Alexy — in the legal theory) into the concept of a rational discourse. This article critically reviews the efficiency of the rational discourse as a means of rational justification of the axiological choice. The author argues that the rational discourse perceived today as a basic paradigm of the constitutional argumentation is unacceptable as an instrument of such justification.

KEYWORDS: rational discourse, constitutional values, judicial adjudication, rhetoric in law, judicial argumentation.

* Белов Сергей Александрович — кандидат юридических наук, доцент кафедры государственного и административного права СПбГУ.

Belov Sergey Aleksandrovich — candidate of legal sciences, associate professor of the Department of State and Administrative Law of the St. Petersburg State University.

E-mail: belov.s@jurfac.spb.ru

© Белов С. А., 2014

Сложные конституционные проблемы, с которыми приходится сталкиваться конституционным и верховным судам, зачастую предполагают необходимость разрешения конфликтов ценностей. Одним из примеров разрешения такого конфликта может быть широко обсуждавшееся Определение Конституционного Суда РФ по делу Константина Маркина от 15 января 2009 г. № 187-О-О.¹ В этом деле Конституционный Суд РФ не мог ограничиться только соотносением целей законодательного регулирования с выбранными законодателем средствами. Средства (ограничение права получить отпуск по уходу за ребенком для военнослужащих-мужчин) очевидно соответствовали цели — «необходимости создания условий для эффективной профессиональной деятельности военнослужащих, выполняющих долг по защите Отечества», а в конечном счете обеспечения обороноспособности страны и безопасности государства, поэтому суд должен был соотносить эту цель как конституционную ценность с ценностью защиты права военнослужащих мужчин на защиту частной жизни — права на воспитание своего ребенка. Фактически сопоставление этих ценностей и было осуществлено Конституционным Судом РФ исходя из иерархии таких ценностей: в признанной судом системе ценностей лишь право матери (исходя из ее особой роли в воспитании ребенка) может быть более весомо, нежели эффективность осуществления военнослужащими их профессиональных задач. Право отца на участие в воспитании ребенка в той же иерархии уступает ценности эффективной организации обороноспособности вооруженных сил.

Как правило, законодательство² и правовая традиция предписывают судам приводить мотивы и аргументы, обосновывающие итоговые выводы их решений. В результате для суда зачастую возникает необходимость обоснования того ценностного выбора, который он делает. Предполагается, что такое обоснование будет представлять собой рациональную аргументацию, а выводы должны быть основаны на логических операциях с нормами и принципами права. Федеральный конституционный суд ФРГ в известном решении по делу принцессы Савойской писал: «Судья должен воздерживаться от самоуправства (произвола), его решения должны опираться на рациональную аргументацию (*rationaler Argumentation*). Нужно иметь в виду, что писаное право не всегда выполняет свои функции, тогда как проблема прав тем не менее нуждается в решении. Решение судьи восполняет пробел между стандартами практической разумности и “хорошо обоснованными общими представлениями общества о справедливости”».³

Рациональное обоснование выбора между ценностями представляет собой серьезную не только практическую, но и философскую проблему. Поскольку ценностные суждения принципиально отличаются от ассерторических, их обоснование в категориях истинности или ложности (классической рациональности картезианского типа) невозможно, на что одним из первых обратил внимание Х. Перельман.⁴ В обоснование такого вывода им было приведено сопоставление разных подходов к содержанию спра-

¹ Текст доступен на <http://www.ksrf.ru>.

² См., напр.: *Федеральный конституционный закон* от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», ст. 74 (СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447); *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, 12. März 1951, Art. 30 (BGBl. I S. 243, 1473, 3463); *Zákon o Ústavním soudu České republiky* 16. června 1993, N 182/1993 Sb., § 54 (www.usoud.cz/zakon-o-ustavnim-soudu/) и др.

³ BVerfGE 34, 269 (287).

⁴ *Perelman Ch. Justice et raison*. Bruxelles, 1963.

ведливости, позволявших прийти к заключению о крайнем релятивизме суждений о справедливом.

Для решения обозначенной проблемы Х. Перельманом было найдено обоснование другого рода — обоснование риторическое, опирающееся на предложенную Аристотелем в «Топике» диалектическую логику. Суть этой логики заключалась в конструировании аргументации из изначальных посылок («общих мест»), не вдаваясь в вопрос об их истинности. Такие «общие места» устанавливались как результат согласия участников обсуждения. Придя к заключению об их признании, можно было на их основании строить дальнейшую аргументацию — применять эти исходные установления к более частным ситуациям.

Идеи Х. Перельмана были активно восприняты и развиты в европейской философии, в том числе применительно к обоснованию правовых решений путем разработки концепции дискурса (прежде всего Ю. Хабермасом⁵). По мнению сторонников применения в праве дискурсивной (риторической) рациональности, в отсутствие абсолютных оснований могут быть обнаружены менее универсальные и объективные, однако оттого не менее эффективные рациональные инструменты разрешения ценностных конфликтов.

Проанализировав различные подходы к способам познания (когнитивности) морали,⁶ Хабермас делает вывод, что специфика морали как социального явления заключается в необходимости каждого участника быть вовлеченным в установление моральных норм. Такое вовлечение предполагает рациональное воображение того, что личность «держит совет с самой собой относительно того, может ли практика, возникающая при соблюдении гипотетически рассматриваемой нормы, быть принята всеми возможными ее участниками».⁷ В мировоззренчески плюралистических обществах (а также в интернациональном общении между государствами и глобальных связях между культурами) равноправие может обеспечиваться только в случае формирования общей, всеми в равной степени признанной концепции блага.⁸ Ю. Хабермас пытается спасти от критики некоторых философов, например А. Макинтайра,⁹ кантовскую рациональную, свободно определенную разумом волю как основание для формирования моральных норм через воображаемый диалог (дискурс) всех потенциально затрагиваемых этими моральными нормами участников социального общения.

В теории права (и прежде всего в теории конституционного права) подобный философский подход нашел своего активного последователя в лице Роберта Алекси. Он попытался поставить под сомнение непримиримость позиций «субъективистов, релятивистов, децизионистов и/или иррационалистов» и «объективистов, абсолютистов, когнитивистов и/или рационалистов».¹⁰ Решение Алекси заключается в том, что современное развитие философии и социальных наук обеспечивает на основе учения И. Канта не только содержательные (т. е. связанные с обоснованием конкретных моральных установок), но и процедурные теории морали

⁵ Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. М.: Наука, 2001. С. 67–129.

⁶ Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории. СПб.: Наука, 2000. С. 51–95.

⁷ Там же. С. 95.

⁸ Там же. С. 90.

⁹ Макинтайр А. После добродетели. СПб., 2000.

¹⁰ Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. Oxford University Press, 2010. P. 369–370.

(подобные «категорическому императиву», постулирующему не само моральное правило, а инструмент для его установления). Наиболее перспективной из процедурных теорий Алекси признает теорию рационального дискурса. Именно эта теория, по его мнению, позволяет в рамках юридической аргументации обеспечить рациональность ценностного выбора, который необходимо обосновывать судам в сложных конституционных случаях. Для этого необходимо принять не интуитивистскую (а соответственно и субъективистскую) теорию ценностей П. Ф. Стросона, отказаться от идеального бытия ценностей М. Шелера и Н. Гартмана и признать, что онтологически ценности обладают свойством действительности, а, стало быть, их существование и содержание — результат «обоснования» (justification). Подобное обоснование, по мнению Алекси, вполне выдерживает критику со стороны тех, кто не считает его рациональным принятием решения.¹¹ Призная, что процедура обоснования не приводит к точному и неизбежному результату в конкретном случае,¹² не дает стандарта для определенности в принятии итогового решения,¹³ Алекси настаивает на том, что процедура обоснования с помощью инструмента балансирования (или пропорциональности) носит рациональный характер. При этом Алекси признает, что вес каждой из сталкивающихся ценностей не может быть задан как абсолютный и неизменный, но определяется применительно к каждому случаю. Рациональность предлагаемого им обоснования конституционного решения проявляется в том, что из схемы балансирования ценностей (или принципов) четко следует, какие именно обстоятельства должны быть приняты во внимание при принятии решения, а также то, по каким правилам должно выстраиваться соотношение между этими обстоятельствами.¹⁴ В приводимом им примере решения ФКС ФРГ по делу Лебаха (связанному с конфликтом между ценностями свободы прессы и национальной безопасности)¹⁵ такими обстоятельствами выступают серьезность нарушения затрагиваемых интересов при осуществлении вещания, широта такого вещания и его форма, высокая степень доверия публики к телевидению, характер вреда, причиняемого интересам национальной безопасности, и т. д. Содержательные ответы на возражения против этого подхода Алекси фактически опускает, отсылая к трудам Ф. Мюллера.¹⁶

Концепция рационального обоснования у Алекси базируется в общих чертах на концепции рационального дискурса Ю. Хабермаса. Критически разобрав положения этических теорий от Мура до Перельмана, Алекси находит наиболее убедительной концепцию Хабермаса, кладя ее в основу своей теории дискурсивной правовой аргументации.¹⁷ В представлении Алекси, рациональный дискурс формирует четырехэтапную

¹¹ Среди наиболее заметных противников использования ценностей в правовой аргументации по конституционным делам Алекси называет Е. Форстхоффа, Д. П. Коммерса, Гёрлиха, Е.-В. Бёкенфорда, Е. Деннингера и У. Пройса (*Alexy R. A Theory of Constitutional Rights*. P. 94, 96).

¹² Ibid. P. 100.

¹³ Ibid. P. 107.

¹⁴ Ibid. P. 105–106.

¹⁵ BVerfGE 35, 202.

¹⁶ Müller Fr. *Juristische Methodik und Politisches System. Elemente einer Verfassungstheorie II*, Duncker & Humblot, Berlin 1976; *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.

¹⁷ *Alexy R. A Theory of Legal Argumentation. The theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford University Press, 2010.

модель процедур правовой аргументации: 1) общий практический дискурс, 2) законодательная процедура, 3) правовой дискурс и 4) судебная процедура. В результате Алексис приходит к выводу, что «дискурс конституционных прав представляет собой аргументативную процедуру, направленную на поиск правильного решения проблем конституционных прав на сформулированном основании». В результате в области конституционных прав сохраняется «открытая текстура», хотя и особого рода. Эта открытая текстура, по мнению Алексиса, не дает дорогу произвольному принятию решений, а, напротив, обеспечивает определенную степень стабильности аргументации, построенной на рациональной структуре этой аргументации. В результате институционализированное конституционное обоснование (*adjudication*), в рамках которого не только аргументируется, но и принимается само конституционное решение, становится целиком рациональным.¹⁸

В целом концепция дискурса соответствует целому ряду отличительных особенностей права, чем и объясняется ее успех в правовой теории.

Поскольку право построено на взаимодействии участников правовых отношений, каждый из которых в рамках этого взаимодействия отстаивает свои интересы, право должно обеспечивать согласование этих интересов, для чего необходимой предпосылкой будет выявление таких интересов и обеспечение их защиты. Такое выявление требует непосредственного участия заинтересованных лиц.

В рамках установления правовых условий (содержания) правоотношений традиционно более широкие возможности по защите своих интересов самим участникам правоотношений предоставлялись в рамках частного права. Закон ограничивал пределы того, что оставалось самим сторонам частного правоотношения на свободное усмотрение, однако это усмотрение было (и остается) главным принципом частного права.

В публичном праве ситуация долгое время была иной. До настоящего времени в правовой теории одной из главных особенностей публичного права считается его императивность, представления о которой долгое время исключали дискурсивность установления правовых норм. Однако императивность публичного права исключает дискурсивность, только если право формулировать и представлять публичный интерес (интерес общества в целом, обеспечивающий баланс интересов разных социальных групп) предоставляется лишь одному человеку или узкой группе людей, принимающих решения в процедуре, которая правом не регламентируется. В демократическом государстве механизм принятия основных политических решений предполагает обсуждение, дискуссии между представителями разных социальных групп, в рамках которых итоговое решение должно максимально учитывать все социальные интересы, не игнорируя никакие из них. Согласно данной концепции, основанной на идеях Джона Мильтона и Джона Стюарта Милля, истина (в смысле выбора наиболее оптимального варианта правового регулирования) возникает из конкуренции разнообразных идей, высказываемых в свободной и открытой дискуссии.¹⁹ Именно в этом отношении публичное право в демократическом государстве теряет тот характер императивности, который исключает участие адресата правовой нормы в ее установлении. В некоторых современных работах такой вывод позволяет отрицать даже принудительный характер публичного права²⁰ — в том смысле,

¹⁸ *Alexy R. A Theory of Constitutional Rights*. P. 387.

¹⁹ *Милль Дж. О свободе* / пер. А. Фридмана // *Наука и жизнь*. 1993. № 11. С. 10–15.

²⁰ *Massimo La Torre. Constitutionalism and Legal Reasoning: A New Paradigm for the Concept of Law*. Dordrecht: Springer, 2007. P. viii, 35, 76 and others.

который предполагает внешнюю навязанность правовых норм гражданам. Подобная позиция уходит своими корнями в концепцию «совещательной» («deliberative») демократии, развитой в работах Дж. Ролза, а позднее — в трудах Дж. Бессета,²¹ Дж. Фишкина,²² и К. Нино.²³

Дискурсивность в определенном смысле обеспечивает предсказуемость законодательных решений: в результате дискурсивной процедуры принятия законодательных актов каждый гражданин может быть уверен в том, что его интересы были приняты во внимание и соотносены с другими интересами. В условиях ценностного плюрализма и разнообразия ценностей в современном демократическом государстве не предполагается, что интерес каждого гражданина будет непосредственно защищен итоговым решением. Однако гражданин имеет право на то, чтобы его интересы были учтены при принятии решения наравне с интересами других. В данном случае можно предполагать признание правильности такого закона со стороны всех граждан.²⁴

В этом отношении концепция дискурса хорошо укладывается в русло общей теории демократии: дискурс построен на признании равенства всех его участников, совместно формирующих в результате взаимодействия между собой общие правила, главным адресатом которых будут они сами. Вовлечение самих заинтересованных лиц — граждан — непосредственно или через их представителей в процесс принятия решения прекрасно стыкуется с демократическим принципом политического участия и базовой идеей демократии — идеей самоуправления. Выработанное таким образом решение становится императивным, поскольку дальнейшее его изменение лицами, непосредственно участвующими в конкретном публичном правоотношении, становится невозможным. Главная причина здесь лежит не в императивности как таковой, а в том, что представление публичного интереса — его выявление и обеспечение реализации — не так просто, как представление интереса частного. Выявление публичного интереса в результате дискурсивной процедуры установления правовых норм не позволяет менять эти нормы без возврата к такой процедуре в процессе их реализации.

Получается, что дискурсивность при установлении правовых норм характерна как для частного, так и для современного демократического публичного права. В механизмах правоприменения дискурсивность проявляется еще ярче, прежде всего в состязательной форме судебного процесса, предполагающей равенство сторон и их право высказывать свои аргументы в обоснование предлагаемого ими варианта толкования и применения правовых норм. Предполагается, что результат судебного процесса — судебное решение — это результат рационального воздействия свободно высказанной аргументации на суд, поскольку содержание судебного

²¹ *Bessette M.* Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government, in *How Democratic Is the Constitution?* / eds. R. A. Goldwin and William A. Schambra (Washington: American Enterprise Institute, 1980). P. 102–116.

²² *Fishkin J. S.* Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform. Yale University Press, 1991.

²³ *Santiago N. C.* The Constitution of Deliberative Democracy. Yale University Press, 1998.

²⁴ *Dahlman Ch.* Predictable Rules and Flexible Principles — The Problem of Ideological Pluralism and Legitimacy // Luc Wintgens (ed.) *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation: Proceedings of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory.* Oxford, 2002. P. 81.

решения предполагает аргументированное обоснование (мотивировку) итогового вывода. Аргументация судебного решения рассматривается в качестве главной предпосылки применения теории дискурса к судебной деятельности. Аргументация ориентирована на убеждение предполагаемого адресата в правильности сделанного вывода и тем самым представляет собой обращение к этому адресату. Главный критерий правильности судебного решения — это способность быть убедительным.

В работах Р. Алекси концепция рационального дискурса формирует систему «процедурных» правил обоснования судебного решения.²⁵ Эти правила явным образом коррелируют с базовой философской идеей, положенной в основу самой дискурсивной теории — предположением существования воображаемого «Другого». В такой роли предполагается собеседник, которому адресовано обоснование судебного решения и убеждение которого представляет собой главную задачу конструируемой рациональной аргументации. Однако именно в этом базовом исходном положении рационального дискурса можно увидеть его отчетливые слабые места применительно к прикладным целям юридической аргументации.

Первое возражение сводится к тому, что дискурс не позволяет обосновывать исходные основания — «общие места» — выстраиваемой системы аргументации. В концепции дискурса предполагается, что общие места как исходные посылки для дальнейших рассуждений, выстраиваемых по законам логики, будут установлены как результат общего согласия участников дискурса.

Прежде всего такое согласие требует не мыслимого, а реального участника дискурсивного взаимодействия. Предполагаемое согласие с исходными посылками рассуждений не может заменить согласия действительного. В случае, когда судьи выстраивают систему обоснования своего решения, они могут сформулировать исходные основания своих рассуждений, однако, предполагая их очевидность, неоспоримость и действительность, они едва ли могут предположить несогласие с этими очевидными для них посылками. Конструирование таких посылок базируется на ценностных суждениях, которые чаще всего недоступны для критического анализа, представляя собой исходные убеждения. В деле Константина Маркина такими исходными ценностными основаниями для Конституционного Суда РФ выступала обороноспособность государства и традиционная роль женщины в обществе, для Европейского суда по правам человека — право на частную (семейную) жизнь и на воспитание детей, а также уравнивание социальных ролей мужчин и женщин. Расхождение в этих базовых ценностных основаниях суждений не могло стать предметом консенсуса, даже если предположить реальный диалог судей двух судов в общем заседании. Выбор определенной оценочной позиции может быть не более рациональным, чем выбор любой другой. Могут быть правильные или неправильные выводы, но не может быть правильных или неправильных исходных оснований для рассуждений.

В некоторых случаях дискурсивный подход может быть продуктивным, но это случаи расхождения не в базовых основаниях (общих местах), а в выводах и следствиях, которые из них делаются методами логических аргументативных рассуждений.

Именно в этом отношении нет оснований считать дискурс до конца рациональным: решающая роль исходных вводных условий слишком

²⁵ Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. P. 187–206, 230–285.

велика, чтобы утверждать, что правила аргументации могут гарантировать совершенно предсказуемый результат. Рациональный дискурс в этом отношении представляет собой угрозу определенности, которая состоит в неопределенности исходных посылок. Эти посылки становятся результатом произвольного установления — при условии, что с ними будет согласен (причем предположительно) другой участник (другие участники) дискурса, в том числе «универсальная аудитория» Х. Перельмана.

На практике реальное осуществление дискурсивных практик скорее ослабляет, нежели усиливает степень предсказуемости итогового результата. Например, судья Конституционного Суда РФ Г. А. Гаджиев в одной из своих публикаций рассматривает механизм коллегиального принятия решения (построенный по модели дискурсивной практики) как угрозу определенности и предсказуемости итогового решения.²⁶

Ценностные суждения, «будучи выражением установки или чувства», не могут быть предметом доказывания, поскольку они не могут быть истинными или ложными. «Согласие по поводу моральных суждений, — пишет Макинтайр, — не гарантируется никаким рациональным методом, потому что такого метода нет. Оно может быть гарантировано, если вообще это возможно, некоторыми определенно нерациональными воздействиями на эмоции или установки тех, кто не согласен с каким-либо моральным суждением».²⁷ Однако такое воздействие очевидно невозможно в условиях, когда речь идет не о реальном, а о предполагаемом адресате аргументативного воздействия.

В концепции рационального дискурса происходит подмена ценностей оценками. Интерсубъективные ценности отождествляются с произвольными выбираемыми оценками — главное, чтобы все участники дискурса приняли ценностное суждение и признали его. Интерсубъективность превращается в конвенциональность, лишаясь какой-либо укорененности в общественной практике, игнорируя традиции и другие социальные свойства ценностей. Однако преодолеть интерсубъективность ценностей невозможно. Скорее следует признать, что дискурсивность нереализуема ввиду объективно существующей интерсубъективности. Человек не способен к сознательному изменению своей системы ценностей, усвоенной им в процессе социализации и формирования его ценностного сознания, соответственно и пространства для дискурсивного согласования ценностей не остается.

Ценностный выбор между применяемыми правовыми принципами может быть аргументирован определенными доводами, ссылками на конкретные обстоятельства, но он не может быть доказан. В этом отношении любопытны регулирование и практика доказывания в конституционном судебном процессе. Предмет рассмотрения конституционного суда главным образом сводится к сопоставлению содержания двух норм — нормы конституции и нормы того акта, который проверяется на соответствие конституции. В результате стороны и другие участники конституционного процесса лишены необходимости представления доказательств, подтверждающих фактические обстоятельства. Они могут приводить доказательства, свидетельствующие об определенном толковании оспариваемого нормативного положения при его утверждении или при его применении, и даже представлять материалы, обосновывающие необходимость придания

²⁶ Гаджиев Г. А. Принцип правовой определенности и роль судов в его обеспечении // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 4. С. 18.

²⁷ Макинтайр А. После добродетели. С. 19.

конкретного смысла положениям конституции (например, материалы толкования аналогичных положений международными судами). Однако в целом представление позиции в конституционном суде сводится к представлению аргументов в обоснование конкретного толкования конституционных принципов. Никакое толкование не будет истинным или ложным *in abstracto* за пределами мнения конституционного суда, поддерживающего тот или иной вариант толкования. Не существует никакого способа верификации правильности мнения конституционного суда, следовательно, его выбор не может быть ни истинным, ни ложным, и конституция становится исключительно тем, «что о ней скажут судьи».

Второе возражение состоит в том, что риторический дискурс не позволяет найти правильное решение, он лишь убеждает в правильности уже выбранного решения, исходя из того что абсолютно верного решения не существует.

«Цель риторики — убедить или склонить публику. Риторика не ищет логических доказательств или истины, во всяком случае, в качестве главной своей задачи. Она пытается найти то, что эффективно, то, что в каждой ситуации наилучшим образом способствует убеждению или склонению. Таким образом, риторика — это релятивистская теория. Риторика не открывает истин, она создает истины, которые требует момент».²⁸ Авторы «Новой риторики» Х. Перельман и Л. Ольбрехт-Титека характеризовали теорию аргументации как исследование дискурсивных средств, позволяющих вызывать или усиливать сочувствие к предложенным для одобрения положениям.²⁹

Для Аристотеля цель риторики была способом, при помощи которого из *правдоподобного* можно делать заключения о всякой предполагаемой проблеме и не впадать в противоречие.³⁰ Современная дискурсивная теория расширяет сферу риторики на обоснование самого правдоподобного основания рассуждений, очевидно выходя за пределы тех возможностей, которые предоставляет риторика.

Риторический (дискурсивный) подход может обеспечить принятие решения, правильного и верного в конкретных условиях, но одним из таких условий будут установленные исходные основания для системы логического обоснования решения. Сами эти обоснования воспринимаются как данность. Дискурс позволяет найти единственно верное решение в существующей системе ценностей, однако в случае признания множественности ценностных систем такого единственно правильного решения не обнаруживается, но, напротив, выявляется релятивизм таких решений. При столкновении ценностных подходов ни один из них не может быть оценен как правильный.

В рамках риторического подхода даже факты как основания рассуждений становятся результатом соглашения, принятия их универсальной аудиторией. В рамках дискурсивной риторической теории преодолевается различие между ценностями и фактами — и те, и другие могут рассматриваться не как объективная данность, а только как результат определенного восприятия действительности участниками дискурса.³¹ Можно

²⁸ Розенгрэн М. К вопросу о доха: эпистемология «новой риторики» // Вопросы философии. 2012. № 6. С. 68.

²⁹ Perelman Ch., Olbrechts-Tyteca L. Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique. Paris, 1958. P. 5. — Цит. по: Алексеев А. П. Рациональность аргументации в современных коммуникативных контекстах // Информационное общество. 2013. № 3. С. 11–17.

³⁰ Аристотель. Соч. В 4 т. Т. 2. С. 349 (Тор. I, 1, 100b, 18–20).

³¹ Розенгрэн М. К вопросу о доха: эпистемология «новой риторики». С. 69–71.

предположить, что в основу разных позиций кладутся разные факты, но в конечном счете речь идет о признании достоверности и убедительности источника, подтверждающего эти факты. В статье Матса Розенгрена в качестве примера приводится «парадигматический пример» — признание в качестве факта того, что Земля вращается вокруг Солнца: «Как можно оправдать или подтвердить правоту и объективность этого факта? Мы не можем объявить тех, кто не согласен, сумасшедшими только потому, что они думают не так, как мы. Это означало бы поддаться догматизму. Нет, мы должны доказывать нашу позицию и приводить данные наблюдений, подкрепляющие ее, чтобы убедить и склонить на свою сторону несогласных».³² Даже когда речь идет о непосредственном чувственном опыте, возможны споры, как в древней притче о том, какого цвета море.

Аналогичным образом дело обстоит и с теми фактами, на которые опирается суд. В статье В. Д. Зорькина «Предел уступчивости»³³ можно увидеть, что, вынося решение по делу Константина Маркина, Конституционный Суд РФ исходил из того, что роль женщин как главных воспитателей детей (а следовательно, и особая, связанная с материнством социальная роль женщины в обществе) может восприниматься как факт, поскольку подтверждается «результатами современных научных исследований в области педиатрии, детской психологии». Очевидно, что подобные «факты» не будут воспринимать в качестве таковых европейские суды, в том числе ЕСПЧ.

В рамках дискурсивной (риторической) теории предполагается конструирование особой реальности — реальности, построенной на убедительности оснований.³⁴ В рамках риторического дискурса вопрос о соотношении этой реальности и объективной реальности не возникает, а любое суждение оказывается истинным в координатах системы рассуждений, основанных на убедительности.

Несмотря на заверения Р. Алекси, дискурсивная теория в этом отношении не может обеспечить преодоление релятивизма в конституционной практике. Суды приходят к совершенно различным, зачастую противоположным выводам, разрешая одинаковые конституционно-правовые проблемы в разных конституционных юрисдикциях.³⁵ Эта практика подтверждает, что суды в действительности следуют дискурсивному подходу, принимая те решения, которые предопределены особенностями конституционной и социальной системы конкретного государства. Однако такая практика не позволяет считать этот — дискурсивный — подход ни универсальным, ни рациональным, ни гарантирующим необходимую предопределенность результата. Правила дискурсивного риторического обоснования не способны обеспечить предсказуемость итогового вывода ввиду принципиальных различий в основаниях рассуждений. Эти основания не могут быть убедительными универсально, дискурсивная практика их утверждения через общее согласие не может этого обеспечить.

³² Там же. С. 70.

³³ Зорькин В. Д. Предел уступчивости // Российская газета. 2010. 29 окт.

³⁴ Перельман Х., Ольбрехт-Тытека Л. Новая риторика: трактат об аргументации // Язык и моделирование социального взаимодействия: Переводы / сост. В. М. Сергеева и П. Б. Паршина; под общ. ред. В. В. Петровой. М., 1987. С. 207–264.

³⁵ Белов С. А. Пределы универсальности конституционализма: влияние национальных ценностей на практику принятия решений конституционными судами // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 4(101). С. 37–56.

Не спасает ситуацию и концепция универсальной аудитории Х. Перельмана. Требование, чтобы аргументация была убедительной для аудитории, не связанной никакими культурными установками, практически невыполнимо. Выстраивающий дискурсивную аргументацию субъект (например, суд) не может отстраниться от своих ценностных установок и обращаться к универсальной аудитории за пределами контекста своей культуры.³⁶

Дискурсивная теория утверждает, что цель найти универсальное, единственно верное решение может не предполагаться, правильным решение будет только для конкретного случая, в конкретном контексте, а критерием верности станет его убедительность.

Однако убедительность — плохой критерий правильности, особенно с учетом первого возражения, когда судить об убедительности предоставляется самому автору аргументации выбранного решения. Убедительность может достигаться за счет воздействия на эмоции, решение может выглядеть (казаться) убедительным, но при этом не учитывать многих важных обстоятельств. Дискурсивность способствует утверждению релятивизма, а не его преодолению, разрушая те постулаты конституционной и вообще правовой теории, которые констатируют универсальность правовых принципов и институтов.

Третье возражение можно сформулировать как противоречие между концепцией дискурса и принудительностью права. Принудительность, как было указано выше, не следует понимать в смысле восприятия права в духе теории команд, однако согласие сторон на определенные правовые последствия имеет очевидные пределы в праве. В решении суда проявляется императивность правовых предписаний, и в этом отношении суд едва ли может считаться полноценным участником дискурса: как стороны процесса, так и общество, на убеждение которых направлены аргументы и обоснование судебного решения, не могут оценивать решение суда для придания ему силы. Напротив, правопорядок предполагает соблюдение решения суда даже в том случае, если оно не может быть принято как абсолютно убедительное, аргументированное и обоснованное. Следовательно, существуют явные пределы дискурсивного согласия, predetermined императивностью, присущей праву по природе. Решение суда артикулирует общественные ценности и связывает общество такой формализацией ценностей, переводя их в разряд действующего права.

Дискурсивность может использоваться для установления правовых предписаний, но не для их применения. Если взять использовавшиеся Г. Л. А. Хартом примеры с установлением правил бейсбола и примеры Р. Дворкина с установлением правил в шахматах, то вполне очевидно, что установление таких правил может быть результатом дискурса, наряду с авторитетом и традицией. Согласие участников игры с установленными правилами предполагается самим участием в игре. В случае с установлением правовых норм механизм оказывается несколько сложнее, поскольку право существует как разветвленная система норм, имеющая некоторое общее основание в виде главной нормы признания (у Г. Л. А. Харта) или основной нормы (у Г. Кельзена), из которой проистекает установление других норм. Кроме того, не все участники правоотношений могут непосредственно выражать согласие на установление конкретных правовых предписаний.

³⁶ Crosswhite J. Universality in Rhetoric: Perelman's Universal Audience // *Philosophy and Rhetoric* 22.3 (1989). P. 157–173.

Дискурс как общая модель в отношении установления правовых норм допустим (с оговорками относительно того, что механизм его реализации может осуществляться в демократических представительных процедурах), но он в любом случае неприемлем при применении норм.

В рамках дискурса все участники имеют равные права, любое принуждение исключается.³⁷ Суд не может стать полноценным участником такого дискурса, поскольку он должен вынести окончательное властное суждение по существу спора. Его аргументация преследует цель эффективного разрешения конфликта и поэтому стремится к убедительности, однако адресат — общество не может вступить в дискурсивное взаимодействие с судом, даже если, например, в научной литературе или в СМИ будет высказано критическое отношение к принятому судом решению. Ни на содержание, ни на действительность судебного решения это не должно влиять, поскольку в противном случае возникнет угроза самим основаниям правовой системы. Будучи убежденными в неправильности и неубедительности судебного решения, государственные институты могут препятствовать реализации данного решения, однако такая политическая практика не может считаться сколько-нибудь приемлемой в правовой системе правового государства.

Принудительность правопорядка вытекает из общего предположения, что право отражает и обеспечивает защиту общих, публичных интересов, очевидно не сводимых даже в демократическом государстве к совокупности интересов частных, интересов отдельных участников. Там, где защищается публичный интерес (иногда состоящий в защите слабого участника общественного отношения), право не может быть диспозитивно, тогда как дискурсивный подход, если схематично представить его концептуальное основание, базируется именно на диспозитивности права в принципе. Разумеется, диспозитивности, трактуемой максимально широко, но отрицающей возможность некоего внешнего источника обоснования правовых предписаний, кроме согласия самих участников дискурса. Преувеличенное значение общественным интересам, не сводимым к интересам граждан — участников правового дискурса, придавать не стоит, однако игнорировать публичный интерес как несводимый к эгоистическим интересам частных лиц тоже будет неправильно.

Возражение, вытекающее из принудительности права, может быть адресовано не только самой теории рационального дискурса, но и любым теориям «конвенционного» происхождения права. Такие теории особенно популярны среди учений юридического позитивизма — например, это «норма признания» Герберта Харта, предполагающая, что правом может считаться лишь то, что принимается применяющими правовые нормы в качестве права.³⁸ В признании права (весьма сходном с притязанием на правильность у Р. Алекси) находит содержательную опору его действительность, тогда как процедура установления правовых норм имеет второстепенное значение, лишь выступая наглядной убедительностью для признания правовой нормы.

Подобная конвенционность обоснования права лишает надежной опоры его содержание, отрывая право в характерной для позитивистов манере от внетекстуального контекста и обоснования права, т. е. от тех правовых

³⁷ *Alexy R. A Theory of Legal Argumentation. P. 115.*

³⁸ *Харт Г. Л. А. Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб., 2007. С. 107.*

ценностей, в которых находит опору право. Телеологическое толкование в конвенционной системе становится невозможным, поскольку мотивы каждого из участников дискурса остаются самостоятельными, а итоговый результат взаимодействия участников может и не иметь отчетливой цели, оставаясь случайным итогом взаимодействия разнонаправленных волей участников. Норма признания как основание действительности права представляет также отчетливую угрозу определенности, поскольку во многих ситуациях бывает сложно установить, сохраняет ли норма действительность. Например, если норма долгое время не применяется — ни добровольно, ни принудительно, можно ли говорить, что возникает конвенция об отмене этой нормы? Кроме того, в конвенционном и дискурсивном подходе отсутствует механизм опровержения подразумеваемого согласия других участников дискурса при их молчании относительно признаваемой нормы. Признание нормы теми, кто ее применяет, не создает ее всеобщего признания, а следовательно, предполагаемая дискурсивной теорией предпосылка действительности нормы не выполняется. Установление всеобщности признания может парализовать функционирование всей правовой системы, поскольку даже институты современного демократического государства гарантировать такое признание не способны.

Таким образом, рациональный дискурс не способен обосновать выбор ценностей при решении сложных конституционных дел. Его возможности весьма ограничены, и круг тех задач, решение которых предлагается с его помощью, представляется явно преувеличенным. Очевидно, что обоснование ценностного выбора не может быть осуществлено инструментами риторики, а требует иных инструментов, более пригодных для этой цели.

УНИВЕРСАЛЬНОЕ ДОГОВОРНО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ СОТРУДНИЧЕСТВА В БОРЬБЕ С ПРЕСТУПНОСТЬЮ В СФЕРЕ ВЫСОКИХ ТЕХНОЛОГИЙ

Н. О. МОРОЗ*

Статья посвящена определению перспектив международно-правового сотрудничества в борьбе с преступностью в сфере высоких технологий. Указывается, что преступность в сфере высоких технологий относится к быстроразвивающимся угрозам информационной безопасности, которые требуют адекватного правового ответа. В то же время до сих пор не заключена универсальная международная конвенция по борьбе с преступностью в сфере высоких технологий. Международные соглашения, посвященные борьбе с преступностью в данной сфере, заключены только на региональном уровне. Автором исследуются существующие международные договоры в сфере высоких технологий. Определяются сферы международного сотрудничества, урегулированные такими международными соглашениями. Рассмотрены дискуссии по вопросу противодействия преступности в сфере высоких технологий, состоявшиеся в рамках Конгрессов ООН по предупреждению преступности и уголовному правосудию. Проводится анализ проекта международной конвенции по обеспечению международной информационной безопасности. Предлагается ограничить содержание проекта Конвенции регулированием международного сотрудничества по предотвращению использования информационного пространства и информационно-коммуникационных (компьютерных) технологий против мира и безопасности. Рассматриваются альтернативные формы международного сотрудничества в борьбе с преступностью в сфере высоких технологий. Обосновывается необходимость заключения универсальной конвенции по борьбе с преступностью в сфере высоких технологий.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: международное сотрудничество в борьбе с преступностью в сфере высоких технологий, преступность в сфере высоких технологий,



Мороз Наталия Олеговна,
магистр юридических наук,
преподаватель кафедры
конституционного
и административного права
Академии управления при
Президенте Республики Беларусь

* Moroz Nataliya Olegovna — master of legal sciences, lecturer of the Department of Constitutional and Administrative Law, Academy of Public Administration under the aegis of the President of the Republic of Belarus.

E-mail: NatashaOK@tut.by

© Мороз Н. О., 2014

договорно-правовое сотрудничество, международные соглашения по борьбе с преступностью в сфере высоких технологий, киберпреступность.

MOROZ N. O. UNIVERSAL CONTRACTUAL AND LEGAL REGULATION OF COOPERATION IN THE FIGHT AGAINST HIGH-TECH CRIME

The article defines perspectives of international legal cooperation in the fight against high-tech crime. It is noted that high-tech crime is a rapidly evolving threat to information security which needs an adequate legal response. At the same time a universal international convention on high-tech crime has not been concluded yet. International agreements devoted to the fight against high-tech crime have been concluded only at regional level. In this connection, the author studies existing international treaties in the high-tech sphere. The article defines the areas of international cooperation regulated by these international agreements. The article considers the discussions on action against high-tech crime that took place during the UN Congresses on crime prevention and criminal justice. The analysis of the draft universal convention on ensuring international information security is carried out. The author of the given article proposes to limit the content of this draft universal convention to regulation of international cooperation on prevention the use of informational space and information and communication (computer) technologies against peace and security. The alternative forms of international cooperation in the fight against high-tech crime are considered. The necessity to conclude an international convention on the fight against high-tech crime is substantiated.

KEYWORDS: international cooperation in the fight against high-tech crime, high-tech crime, contractual and legal cooperation, international treaties on high-tech crime, cybercrime.

Преступления в сфере высоких технологий относятся к комплексному виду угроз. В актах многих международных организаций (например, СНГ, Организация Договора о коллективной безопасности, Шанхайская организация сотрудничества, НАТО) рост транснациональной преступности в сфере высоких технологий рассматривается в качестве угрозы информационной безопасности, противодействовать которой только при помощи собственного правового механизма государству становится все сложнее.

Вместе с тем в настоящее время отсутствует специальный международный договор универсального характера, регулирующий международное сотрудничество в борьбе с преступностью в сфере высоких технологий. Универсальное договорно-правовое сотрудничество в борьбе с преступностью в сфере высоких технологий осуществляется на основании международных договоров, регулирующих борьбу государств с отдельными видами преступлений (Конвенция ООН против транснациональной организованной преступности от 15 ноября 2000 г., Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и порнографии, от 25 мая 2000 г.).

Специальные конвенции, направленные на координацию международной борьбы с преступностью в сфере высоких технологий, заключены под эгидой региональных международных организаций (Конвенция Совета Европы о киберпреступности от 23 ноября 2001 г. и дополнительный протокол к ней от 21 января 2003 г., Арабская конвенция по борьбе с преступлениями в сфере информационных технологий от 21 декабря 2010 г., Соглашение о сотрудничестве государств — участников СНГ в борьбе с преступлениями в сфере компьютерной информации от 1 июня 2001 г.).

Кроме того, отдельные аспекты международного сотрудничества в борьбе с преступностью в сфере высоких технологий (СВТ) регулируются региональными соглашениями об оказании международной правовой помощи по уголовным делам, об экстрадиции; двусторонними соглашениями по борьбе с преступностью общего характера, о выдаче.

Различные аспекты договорно-правового сотрудничества в борьбе с преступностью в СВТ исследованы в научных статьях российских ученых А. Г. Волеводза,¹ Д. А. Ястребова,² в учебном пособии А. В. Варданяна и Е. В. Никитиной,³ диссертации казахского исследователя Т. Б. Сеитова,⁴ Т. В. Тропиной,⁵ С. П. Кушниренко,⁶ а также в трудах белорусского исследователя А. Л. Козика,⁷ норвежского ученого С. Шольберга,⁸ американского исследователя А. Д. Софаера,⁹ М. Портного и С. Е. Гудмана,¹⁰ австралийского ученого Р. Бродхарста.¹¹ В данных работах в основном рассматривались региональные договорные механизмы противодействия преступности в сфере высоких технологий, а также выделялись сферы сотрудничества, которые необходимо урегулировать на универсальном уровне. Вместе с тем учеными практически не исследовался проект Конвенции «Об обеспечении международной информационной безопасности», не выделялись сферы международного сотрудничества в борьбе с преступностью в сфере высоких технологий, урегулированные действующими международными договорами универсального уровня.

Одним из документов, который имеет особое значение для координации международного правового сотрудничества в борьбе с преступностью в сфере высоких технологий, является заключенный 25 мая 2000 г. Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и порнографии (далее — ФП КПР), участницей которого является Республика Беларусь.¹² В преамбуле данного

¹ Волеводз А. Г. Конвенция о киберпреступности: новации правового регулирования // Правовые вопросы связи. 2007. № 2. С. 17–25.

² Ястребов Д. А. Международно-правовое сотрудничество государств — участников Содружества Независимых Государств в борьбе с преступлениями в сфере компьютерной информации // Юридический мир. 2008. № 12. С. 73–77.

³ Варданян А. В., Никитина Е. В. Расследование преступлений в сфере высоких технологий и компьютерной информации. М., 2007.

⁴ Сеитов Т. Б. Международно-правовое сотрудничество государств в борьбе с компьютерной преступностью. Автореф. дис. ... к. ю. н. Алматы, 2002. С. 5–6.

⁵ Тропина Т. В. Борьба с киберпреступностью: возможна ли разработка универсального механизма // Международное правосудие. 2012. № 3. С. 86–95.

⁶ Кушниренко С. П. Некоторые аспекты противодействия преступлениям, совершаемым в сфере высоких информационно-коммуникационных технологий // Правоведение. 2012. № 2. С. 113–129.

⁷ Козик А. Л. Сетевые компьютерные нападения с точки зрения современного международного права // Проблемы управления. 2010. № 2. С. 149–154.

⁸ Schjølberg S. A. Cyberspace treaty — a United Nations Convention or Protocol on cybersecurity and cybercrime // www.cybercrimelaw.net/documents/UN_12th_Crime_Congress.pdf (дата обращения: 21.11.2013).

⁹ Sofaer A. D., Goodman S. E. Cyber crime and security // Transnational dimension of cybercrime and terrorism. Stanford, 2001. P. 1–34.

¹⁰ Global initiatives to secure cyberspace / ed. M. Portnoy, S. Goodman. New York, Springer. 2009.

¹¹ Broadhurst R. Developments in the global law enforcement of cyber-crime // An International Journal of Police Strategies and Management. 2006. Vol. 29. N 3. P. 408–433.

¹² Закон Республики Беларусь от 3 декабря 2001 г. № 65-З «О присоединении Республики Беларусь к Факультативному протоколу к Конвенции о правах ребенка,

международного договора выражается обеспокоенность растущей доступностью детской порнографии в Интернете, указывается на важное значение тесного сотрудничества и партнерства между правительствами и индустрией Интернета.¹³ Следует отметить, что ФП КПР запрещается производство, распределение, распространение, импорт, экспорт, предложение, продажа или хранение детской порнографии.

Другим международным соглашением универсального уровня, которое регулирует международно-правовое сотрудничество в борьбе с преступностью в сфере высоких технологий, является Конвенция ООН против транснациональной организованной преступности от 15 ноября 2000 г. (далее — КТОП).¹⁴ КТОП применима в том случае, если транснациональные преступления в сфере высоких технологий совершаются организованной группой, и за их совершение предусмотрено наказание не менее 4 лет лишения свободы. Данная Конвенция установила критерии, в соответствии с которыми государства — участники Конвенции обязаны криминализовать определенные деяния. Вместе с тем для обеспечения полноценного международного сотрудничества в борьбе с преступностью в сфере высоких технологий необходимо международно-правовое закрепление норм, координирующих процессуальное сотрудничество правоохранительных органов в рассматриваемой области. Это обусловлено спецификой преступности в сфере высоких технологий.

Таким образом, на универсальном уровне международными соглашениями предусмотрены лишь отдельные составы преступлений в сфере высоких технологий, а именно: преступления, касающиеся детской порнографии, совершаемые в глобальных информационно-телекоммуникационных сетях, а также транснациональные преступления в сфере высоких технологий, совершенные организованными группами.

Вопросы заключения универсального международного соглашения по борьбе с преступным использованием высоких технологий широко обсуждаются как в науке, так и на уровне ООН.¹⁵ Сторонниками заключения универсального международного договора являются С. Шольберг,¹⁶ Н. И. Костенко,¹⁷ А. Д. Софаер, С. Е. Гудман,¹⁸ Р. Бродхарст.¹⁹

На 11-м Конгрессе ООН по предупреждению преступности и уголовному правосудию говорилось о необходимости разработки универсальной

касающемуся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии» // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2001. № 115. 2/814.

¹³ *Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии* от 25 мая 2000 г.: [подписан в г. Нью-Йорке 25.05.2000] // СПС «КонсультантПлюс»: Беларусь.

¹⁴ *Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности*: [принята в г. Нью-Йорке 15.11.2000] // *Международное право и борьба с преступностью*. Сб. док. / сост.: А. В. Змеевский, Ю. М. Колосов, Н. В. Прокофьев. М., 2004. С. 433.

¹⁵ *Доклад 11-го Конгресса Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и уголовному правосудию*. Бангкок, 18–25 апреля 2005 г. // www.un.org/russian/events/11thcongress/a_conf203_18.pdf (дата обращения: 12.04.2014).

¹⁶ *Schjolberg S.* The history of global harmonization on cybercrime legislation: the road to Geneva // *Journal of International Commercial Law and Technology*. 2008. Vol. 1. N 12. P. 1.

¹⁷ *Костенко Н. И.* Правовые механизмы международного сотрудничества в правоохранительной сфере // *Право и политика*. 2005. № 8. С. 91–103.

¹⁸ *Sofaer A. D., Goodman S. E.* Cyber crime and security. P. 2, 31.

¹⁹ *Broadhurst R.* Developments in the global law enforcement of cyber-crime // *An International Journal of Police Strategies and Management*. 2006. Vol. 29. N 3. P. 430.

международной конвенции по вопросам борьбы с преступностью в сфере высоких технологий. В то же время многие ораторы указывали на преждевременность разработки такой конвенции. Это подкреплялось следующими доводами: Конвенция Совета Европы о киберпреступности от 23 ноября 2001 г. (далее — КСЕОК) вступила в силу лишь недавно, и для оценки ее эффективности требуется некоторое время; эта конвенция открыта для подписания не только европейскими, но и другими государствами, и на данном этапе первоочередное внимание следует уделять практическим мерам по расширению международного сотрудничества.²⁰ Вместе с тем следует отметить, что в соответствии со ст. 37 КСЕОК для присоединения к данной конвенции требуется в том числе единогласное согласие государств — участников КСЕОК.²¹ Данное положение противоречит доводам, приводимым противниками заключения универсального международного соглашения по вопросам борьбы с преступностью в сфере высоких технологий. Заместитель Постоянного представителя России при ООН И. Щербак на заседании Совета безопасности 24 февраля 2010 г. заявил: «Считаем важным задуматься над системой мер по противодействию использованию информационно-коммуникационных технологий в целях подрыва международного мира, стабильности и безопасности, а также в криминальных и террористических целях. В связи с этим полагаем, что назрела потребность в разработке и принятии универсальной международной конвенции по борьбе с преступностью в сфере высоких технологий, а также общего кодекса принципов поведения государств в информационном пространстве».²²

На 12-м Конгрессе ООН по предупреждению преступности и уголовному правосудию решение по международному договору по борьбе с преступностью в сфере высоких технологий также принято не было. Упор делался на присоединение к КСЕОК и изучение практики ее применения.²³ По предложению РФ Комиссией ООН по предупреждению преступности и уголовному правосудию в мае 2010 г. была учреждена межправительственная группа экспертов для разработки предложений по совершенствованию международной правовой базы в этой области.

Межправительственная группа экспертов в проекте документа «Всеобъемлющее исследование киберпреступности» 2013 г., разработанном во исполнение п. 42 Сальвадорской декларации, принятой по итогам 12-го Конгресса по предупреждению преступности и уголовному правосудию, рекомендовала несколько вариантов усиления международного сотрудничества в борьбе с преступностью в сфере высоких технологий: модельное нормотворчество на универсальном уровне, заключение международного договора, техническая помощь.²⁴ Полагаем, что модельный акт по

²⁰ Доклад 11-го Конгресса Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и уголовному правосудию. Бангкок, 18–25 апреля 2005 г.

²¹ Convention on cybercrime, Budapest, 23 November 2001 // conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm (дата обращения: 05.05.2014).

²² Россия предлагает заключить международную конвенцию по борьбе с киберпреступностью // www.crime-research.ru/news/26.02.2010/6690 (дата обращения: 12.07.2013).

²³ Доклад о работе 12-го Конгресса Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и уголовному правосудию. Сальвадор, Бразилия, 12–19 апреля 2010 г. // www.unodc.org/documents/crime-congress/12th-Crime-Congress/Documents/A_CONF.213_18/V1053830r.pdf (дата обращения: 28.03.2013).

²⁴ Comprehensive study on cybercrime: [Draft (February 2013)] // United Nations Office on Drugs and Crime // www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf (дата обращения: 05.09.2013).

вопросам борьбы с преступностью в сфере высоких технологий не будет надлежащим инструментом для устранения всех проблем, имеющихся в данной сфере, поскольку не станет налагать на государства юридических обязательств по его исполнению. Более того, в качестве «модели» для разработки национального законодательства в данной сфере может служить «Инструментарий для законодательства о киберпреступности», разработанный МСЭ.²⁵

Считаем, что требуется заключение международной конвенции о противодействии преступности в сфере высоких технологий под эгидой ООН, поскольку действующее универсальное международно-правовое регулирование затрагивает лишь отдельные аспекты борьбы с преступностью в сфере высоких технологий и носит фрагментарный характер. В свою очередь, существование лишь региональных международно-правовых средств не способствует созданию единых стандартов борьбы с преступностью в сфере высоких технологий.

Приводим основные вопросы, которые полагаем целесообразным урегулировать в международной конвенции о противодействии преступности в сфере высоких технологий: а) уголовно наказуемые деяния в сфере высоких технологий, б) полномочия национальных органов, ведущих уголовный процесс по обеспечению сохранности компьютерных данных и осуществлению доступа к ним, в) гарантии прав личности при расследовании преступлений в сфере высоких технологий; г) вопросы юрисдикции; д) порядок оказания специальной международной правовой помощи; е) меры по предупреждению преступности в сфере высоких технологий, принимаемые на национальном уровне; ж) защита полученной информации; з) порядок осуществления контроля за выполнением положений конвенции.

РФ был подготовлен проект Конвенции «Об обеспечении международной информационной безопасности» (далее — Конвенция). Проект разрабатывали Совет безопасности РФ, Министерство иностранных дел и Институт проблем информационной безопасности Московского государственного университета. В проекте Конвенции рассматриваются «как меры борьбы с угрозами международному миру и безопасности в информационном пространстве, так и с киберпреступностью».²⁶ Концепция данной Конвенции разрабатывалась в целях заключения международного соглашения в рамках ООН.

Впервые в проекте Конвенции в ст. 4 определены 11 основных угроз международному миру и безопасности в информационном пространстве, а также дополнительные факторы, их усиливающие.²⁷ Достоинством проекта является запрещение использования информационных ресурсов и информационного пространства в террористических целях.

Согласно ст. 1 «предметом регулирования Конвенции является деятельность государств по обеспечению международной информационной безопасности». В ст. 2 дается следующее определение: «международная информационная безопасность — состояние международных отношений, исключающее нарушение мировой стабильности и создание угрозы

²⁵ Toolkit for cybercrime legislation // www.cyberdialogue.ca/wp-content/uploads/2011/03/ITU-Toolkit-for-Cybercrime-Legislation.pdf (дата обращения: 05.09.2013).

²⁶ Конвенция об обеспечении международной информационной безопасности (концепция) // www.scrf.gov.ru/documents/6/112.html (дата обращения: 22.02.2014).

²⁷ Там же.

безопасности государств и мирового сообщества в информационном пространстве».²⁸

Тем не менее полагаем, что содержание проекта Конвенции несколько шире обозначенного предмета регулирования. Проект Конвенции в основном регулирует вопросы международной безопасности в информационной сфере. Так, в проекте Конвенции предусмотрены положения, касающиеся военных конфликтов в информационном пространстве, использования информационного пространства в террористических целях, мер противодействия правонарушениям в информационном пространстве, международного сотрудничества в сфере международной информационной безопасности. Вместе с тем большинство преступлений в сфере высоких технологий посягают на иные общественные отношения, чем мировая стабильность и безопасность государств и мирового сообщества в информационном пространстве (так, например, по данным Министерства внутренних дел Республики Беларусь, хищение путем использования компьютерной техники (преступление против собственности) составляет 89% среди всех совершенных преступлений в сфере высоких технологий в Республике Беларусь за 2013 г.²⁹).

Статьи 10–11 проекта Конвенции посвящены противодействию правонарушениям в информационном пространстве. В данных нормах содержатся не составы преступлений в сфере высоких технологий, а направления для криминализации. При этом в указанных статьях не были предусмотрены преступления, совершаемые в информационно-телекоммуникационных сетях и связанные с детской порнографией, а также нарушение прав интеллектуальной собственности в таких сетях. Таким образом, в проекте Конвенции не только не учтено появление новых противоправных деяний в сфере высоких технологий (например, ботнеттинга), но и не воспринят положительный опыт гармонизации материального уголовного права на основе КСЕОК.

Полагаем, что процессуальные стандарты, установленные ст. 11 проекта Конвенции, разработаны с учетом ст. 16–21 КСЕОК. Статья 11 проекта Конвенции носит общий характер, а также не учитывает систему гарантий по защите прав личности в информационно-телекоммуникационном пространстве, применяемую в КСЕОК. Вместе с тем п. 2 ст. 11 проекта Конвенции требует соблюдения принципа соразмерности ограничения прав личности при установлении уголовно-процессуальных стандартов преследования лиц за совершение преступлений в сфере высоких технологий. Однако в проекте Конвенции не содержится норм о содержании и реализации данного принципа.

Одним из самых весомых недостатков проекта Конвенции для целей борьбы с преступностью в сфере высоких технологий является отсутствие норм о международном сотрудничестве в борьбе с преступностью в сфере высоких технологий национальных органов, ведущих уголовный процесс.

На наш взгляд, в действующей редакции документ не будет воспринят международным сообществом как проект универсальной конвенции по борьбе с преступностью в сфере высоких технологий, поскольку гл. 4 «Основные меры противодействия правонарушениям в сфере информационного пространства» не учитывает положительного опыта соответствующего

²⁸ Там же.

²⁹ Статистика Министерства внутренних дел Республики Беларусь // mvd.gov.by/ru/main.aspx?guid=3311 (дата обращения: 11.03.2014).

правового регулирования КСЕоК, а также появления новых высокотехнологичных преступлений, имевших место с момента принятия КСЕоК в 2001 г. На основании изложенного выше полагаем, что целесообразно ограничить содержание проекта Конвенции регулированием международного сотрудничества по предотвращению использования информационного пространства и информационно-коммуникационных (компьютерных) технологий против мира и безопасности, как это и следует из ст. 1 данной Конвенции, поскольку проект не обеспечивает должного правового регулирования международного сотрудничества государств в борьбе с преступлениями в сфере высоких технологий.

Таким образом, считаем, что для создания универсального международно-правового механизма противодействия преступности в СВТ требуется заключение универсальной международной конвенции, поскольку: 1) отсутствует специальный международный договор универсального уровня, посвященный координации борьбы с преступностью в сфере высоких технологий; 2) универсальное международно-правовое регулирование затрагивает лишь отдельные аспекты борьбы с преступностью в сфере высоких технологий и носит фрагментарный характер; 3) существование лишь региональных международно-правовых средств не способствует созданию единых стандартов борьбы с преступностью в сфере высоких технологий; 4) КСЕоК не является региональным международным соглашением открытого типа, в связи с чем не представляется возможным создание на ее базе универсального договорно-правового механизма в борьбе с преступностью в сфере высоких технологий.

ПСИХОЛОГИЧЕСКИЙ РЕАЛИЗМ: М. Я. ЛАЗЕРСОН

Е. В. ТИМОШИНА*

В статье рассматривается психологическая теория права М. Я. Лазерсона. В отличие от некоторых других учеников Л. И. Петражицкого, пробовавших свои силы в различных методологических направлениях, Лазерсон последовательно придерживался позиции психологического реализма. Наиболее оригинальной его идеей является развитая им реалистическая концепция естественного права. Кроме того, работы Лазерсона представляют интерес с той точки зрения, что они позволяют реконструировать отношение психологической теории права к новым направлениям в теоретической юриспруденции — чистому учению о праве Г. Кельзена, феноменологии и др.

Рассматривая предмет и метод теории права с позиции психологического реализма, автор статьи приходит к выводу о том, что Лазерсон придерживался принятого Петражицким деления теоретических и практических юридических наук. Соответственно теория права есть наука о психическом бытии права и характеризуется использованием экспликативного метода, юридическая догматика есть наука, изучающая позитивное право как систему нормативных суждений при помощи нормативного метода. Данная методологическая позиция Лазерсона определяет основные направления критики им чистого учения о праве, которому ученый отказывает в теоретическом характере.

В статье анализируется также реалистическая концепция естественного права Лазерсона, цель разработки которой состояла в том, чтобы избавить понятие естественного права от связи с той или иной идеологией и рассмотреть его «реально-психологически» — как социально-приспособленное интуитивное право, т. е. психическое переживание особого рода, сформировавшееся в результате эволюции правовой психики. Гипотеза Лазерсона об эволюционном отборе интуитивных правовых эмоций позволила предположить, что такой же эволюционный отбор действует и в отношении позитивного права — прежде всего в отношении нормативных фактов, что, по мнению автора статьи, позволяет снять некоторые противоречия в концепции нормативных фактов Петражицкого.



Тимошина Елена Владимировна,
доктор юридических наук,
профессор кафедры
теории и истории
государства и права СПбГУ

* Timoshina Elena Vladimirovna — doctor of legal sciences, professor of the Department of Theory and History of State and Law of the Saint Petersburg State University.

E-mail: timochina@yandex.ru

© Тимошина Е. В., 2014

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: психологическая теория права, правовой реализм, естественное право, чистое учение о праве, предмет и метод теории права, Л. И. Петражицкий, М. Я. Лазерсон, П. А. Сорокин, Г. Кельзен, Э. Гуссерль.

TIMOSHINA E. V. PSYCHOLOGICAL REALISM: M. LASERSON

The paper analyses M. Laserson's psychological theory of law. Unlike some other disciples of L. Petrażycki who tried to develop different methodological schools, Laserson consistently adhered to the position of psychological realism. The realistic conception of natural law was the most interesting idea developed by him. Moreover, the writings of Laserson are interesting because they enable to reconstruct the relation of psychological theory of law to some new schools of theoretical jurisprudence — to H. Kelsen's pure theory of law, phenomenology etc.

Considering the subject and the method of legal theory from the position of psychological realism, the author concludes that Laserson relied upon Petrażycki's classification of theoretical and practical legal sciences. Thus, the legal theory is a science of psychological being of law, and it is characterized by the usage of an explicative method, while the legal dogmatics is a science that studies positive law as a system of normative judgments by means of a normative method. This methodological position of Laserson determines the main aspects of his criticism of the pure theory of law, the theoretical character of which he refused to recognize.

The paper also analyses Laserson's realistic conception of natural law, because its development was aimed at liberating the concept of natural law from the connection to any ideology and at considering it in a "real-psychological" aspect, as the socially adapted intuitive law, i.e. as specific psychical experience formed as a result of the evolution of legal psyche. Laserson's hypothesis of the evolutionary selection of intuitive legal emotions enabled to suggest that the similar evolutionary selection functions as regards the positive law, primarily as regards normative facts. In the author's opinion, it enables to eliminate some contradictions in Petrażycki's conception of normative facts.

KEYWORDS: psychological theory of law, legal realism, natural law, pure theory of law, subject and method of legal theory, L. Petrażycki, M. Laserson, P. Sorokin, H. Kelsen, E. Husserl.

И. Введение. Жизнь в эмиграции: из переписки с П. А. Сорокиным. Максим Яковлевич¹ Лазерсон (1887–1951) — ученик Л. И. Петражицкого, закончил Санкт-Петербургский университет. В 1920-е гг. эмигрировал в Латвию, где написал свою главную работу *«Общая теория права»* (1930).²

¹ В некоторых публикациях М. Я. Лазерсона встречаются инициалы «М. М.». Вторая буква «М.» после имени «Максим» означает его «второе библейское имя — Матасия, в просторечии — Матвей» (*Письмо* М. Я. Лазерсона П. А. Сорокину от 17 апреля 1944 г. // Сорокин П. Избранная переписка / под ред. П. П. Кротова. Вологда, 2009. С. 60).

² Основные работы М. Я. Лазерсона: 1) Реформа партикулярных избирательных систем Германии и компетенция имперских органов // *Право*. 1913. № 21. Стб. 1323–1332; № 22. Стб. 1386–1393; 2) Экспериментально-психологический метод и юридический модернизм // *Вестник права и нотариата*. 1913. № 29. С. 871–875; 3) К характеристике основных законов // *Право*. 1914. № 15. Стб. 1209–1219; 4) Догматика и политика в германском государствоведении. М., 1916. 29 с.; 5) К международной постановке еврейского вопроса: с приложением документов. Пг., 1917. 94 с.; 6) Национальность и государственный строй: юридико-политические очерки. Пг., 1918. 188 с.; 7) *Право, правизна и трудовой процесс. Опыт социолого-лингвистического объяснения понятия права*. Петроград, 1919. 30 с. (переводы: *Recht, Rechtsseitigkeit und Geradheit. Versuch einer rechts-philosophisch-linguistischen Klärung des Rechtsbegriffes*. Berlin-Riga, 1921.

Был членом латвийского парламента и профессором Коммерческого института в Риге, приглашенным профессором Гейдельбергского и Берлинского университетов.³ После захвата власти К. Улманисом в 1934 г. он был лишен профессуры и полгода отсидел в латвийском концлагере. В декабре того же года М. Я. Лазерсон уезжает во Францию, а оттуда — в Палестину, где вместе с коллегами создает частную Высшую школу права и экономики, работа в которой, однако, не приносит дохода. Находясь в затруднительном материальном положении и тяжелом душевном состоянии, М. Я. Лазерсон в 1936 г. обращается к П. А. Сорокину, также ученику Л. И. Петражицкого, с просьбой о содействии в получении «какого-нибудь места» в одном из университетов США. Приведем выдержку из этого письма:

«Не могу примириться с тем, что — если все останется у меня как теперь — на всю жизнь придется остаться наполовину ученым, наполовину политиком и культуртрегером. Быть может, объективно я не прав, и есть смысл даже в такой раскромсанной деятельности, но субъективно иначе чувствовать не могу. Я устал и измучен. И хочу последнюю треть моей жизни остаться только при своих колодах. Хочу научной, общезначимой работы. У меня от минувшей догматики права рябит в глазах, неоднократно приходится думать о *“die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft”*. Вы, как сразу ушедший с юридического факультета в социологию, не можете так глубоко это почувствовать, как я, много работавший по догматике государственного права. Посмотрите эти “метаморфозы”!

С 1911 г. стал писать... по “действующему” русскому государственному праву последнего императорского периода (1906–1917). В феврале 1917 г. все старые конструкции оказались недействующей макулатурой. Во времена Керенского выпустил толстую книгу и несколько брошюр о демократическом русском государственном праве. С приходом большевиков через 7–8 месяцев и это оказалось (“контрреволюционной”) макулатурой. Уехал в Латвию. Здесь в качестве секретаря публично-правовой комиссии парламента работал над созданием латвийского государственного права в демократическом стиле, а вне Латвии работал над столь же прочным германским республиканско-демократическим

64 s.; Right, right-handedness and uprightness // American Sociological Review. 1939. Vol. 4. N 4. P. 534–543); 8) Революция и право. Рига, 1926. 37 с. (перевод: Revolution und Recht // Zeitschrift für öffentliches Recht. 1929. B. 8. S. 553–570); 9) Staat, Souveränität und Minorität / hrsg. v. C. Wessely. Riga-Berlin, 1927. 86 S.); 10) Общая теория права. Введение в изучение права. Рига, 1930. 382 с.; 11) Die russische Rechtsphilosophie // Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. 1933. Vol. 26. N 3. S. 289–358; 12) Russia and the western world: the place of the Soviet Union in the comity of nations. New York, 1945. 275 p.; 13) Russian sociology // Twentieth century sociology / ed. by G. Gurvitch, W. E. Moore. New York, 1945. P. 671–702; 14) The work of Leon Petrazhitzkii. Inquiry into psychological aspects of the nature of law // Columbia Law Review. 1951. Vol. 51. N 1. P. 59–82; и др.

³ В частности, в качестве приглашенного профессора Гейдельбергского университета М. Я. Лазерсон прочитал цикл лекций «Die russische Rechtsphilosophie», которые впоследствии были опубликованы отдельной брошюрой с предисловием Г. Радбруха (*Die Russische Rechtsphilosophie von Max Laserson mit einem Vorwort von G. Radbruch*. Berlin; Grunewald, 1933. VI, 71 S.). По свидетельству самого Лазерсона, Р. Паунд — по его мнению, «один из немногих американцев, хорошо разбирающихся в философии права», — написал ему «очень лестное письмо» об этой книге (Письмо М. Я. Лазерсона П. А. Сорокину от 15 сентября 1936 г. // Сорокин П. Избранная переписка. С. 50).

государственным правом. И это оказалось томлением и суетой, и макулатурой.

Вот мой терновый путь конституционалиста в трех словах. От этого мелькания в глазах «племен, пародий, состояний» хочется вернуться к чистой — по возможности идеологически беспредпосылочной — общественной науке. А таковой являются чистая теория права (позитивистская, бытийственная, а не Kelsen'овского типа) и социология».⁴

П. А. Сорокин сыграл значительную роль в последующей академической карьере М. Я. Лазерсона в США, однако места в университете он предложить не смог, ссылаясь как на сокращения бюджетов университетов, так и на то, что его влияние ограничено социологическим научным сообществом, к которому М. Я. Лазерсон не принадлежит. В ответ на это М. Я. Лазерсон в письме от 25 ноября 1937 г. пишет:

«Продолжаю все время усиленно социологизироваться, такова судьба многих юристов-ученых, переживших, как я, например, гибель нескольких «правовых порядков» и познавших на своей спине всю нищету и суету нормативизма, догматизма, всякого рода иного нормопоклонства. Считаю только, что социологическая юриспруденция (или вернее юридическая социология) должна сама взяться на основании точно выработанных принципов за строительство общества. [...] По сравнению с этими заданиями академическая юридическая наука — это коллежское регистраторство».⁵

В письме от 3 февраля 1939 г. П. А. Сорокин сообщает М. Я. Лазерсону о затруднениях, связанных с массовой эмиграцией европейских ученых в США, и обещает оказать ему содействие:

«Что касается возможности найти какое-нибудь место здесь, то имейте в виду, что только теперь не менее чем от двенадцати до восемнадцати тысяч ученых из Центральной Европы осадили американские институты. В течение следующих двух или трех лет несколько сотен из них будут поглощены, но, кажется, этому есть предел. Однако в настоящий момент планы рассмотрения массовой помощи этим ученым из Центральной Европы идут полным ходом. Получится ли из этого что-нибудь реальное или нет, еще неизвестно, но если бы получилось, то я предложу, чтобы... Вы... вошли в список этих ученых-беженцев».⁶

Начало Второй мировой войны застает М. Я. Лазерсона в Париже, где он собирался 17–18 сентября принять участие в Международном конгрессе по философии права с докладом на тему «О договоре с точки зрения публичного права». Затем он планировал в качестве приглашенного профессора прочитать лекции в Лондонской школе экономики и политической науки. Находясь в Лондоне, он принимает решение не возвращаться в Палестину и эмигрировать в США, несмотря на отсутствие приглашения на работу в какой-либо из университетов, а также трудности, возникшие тогда с посадкой на пароход из Англии. М. Я. Лазерсон обращается

⁴ Письмо М. Я. Лазерсона П. А. Сорокину от 27 июля 1936 г. // Сорокин П. Избранная переписка. С. 46.

⁵ Там же. С. 51.

⁶ Там же. С. 54.

к П. А. Сорокину с просьбой оказать ему содействие в их разрешении. В итоге М. Я. Лазерсону удалось добраться до США благодаря этой записке П. А. Сорокина:

«Тем, кого это касается. Доктор Макс М. Лазерсон планирует приехать в Соединенные Штаты для продолжения его исследовательской работы, а также для ряда конференций и лекций. Я могу свидетельствовать, что он — видный ученый в области юридических и общественных наук. Я был бы благодарен за любую помощь, предоставленную ему, которая поможет ему достичь своих целей».⁷

В начале 1940 г. М. Я. Лазерсону поступило приглашение от Колумбийского университета прочитать несколько лекций, темы которых он обозначает в письме П. А. Сорокину: 1) «Политические и международные отношения балтийских государств»; 2) «Проблемы национальных меньшинств»; 3) «Общая теория демократий и диктатур» и несколько лекций по теории права.⁸ Однако постоянного места в университете М. Я. Лазерсон не получил. В письме от 17 апреля 1944 г. он сообщает П. А. Сорокину:

«Решено, что я буду *visiting lecturer Columbia University* по предмету: *moral and political philosophy*. На старости лет: из архиепископов в пономари. Да еще и это надо рассматривать как некое достижение. Но не будем жаловаться. Писать можно, а это главное».⁹

В отличие от некоторых других учеников Петражицкого, пробовавших свои силы в различных методологических направлениях, Лазерсон последовательно придерживался в своих работах позиции психологического реализма. Пожалуй, наиболее оригинальной его идеей (в сравнении с теорией права Петражицкого) являлась развитая им реалистическая концепция естественного права. Кроме того, его работы представляют интерес с той точки зрения, что они позволяют в определенной степени реконструировать отношение психологической теории права к новым направлениям в теоретической юриспруденции (чистому учению о праве Кельзена, феноменологии и др.).

II. Предмет и метод теории права с позиции психологического реализма. Лазерсон обозначает свою теоретическую позицию как *психологический реализм*, или *психологический позитивизм*, и это, по его убеждению, единственно возможный — и даже «неизбежный» — путь развития теории права.

Прежде всего он считает необходимым провести строгую разграничительную линию между теорией права и философией права — отсутствие такого разграничения, по его мнению, подавляло развитие теории права

⁷ Там же. С. 308. — Впоследствии П. А. Сорокин аналогичным образом ходатайствовал о продлении М. Я. Лазерсону визы: «Тем, кого это касается. Доктор Макс Лазерсон, выдающийся ученый в области общественных наук, не закончил свои исследования и лекции в этой стране и нуждается в продлении срока своего пребывания в этой стране. Я был бы благодарен, если бы ему предоставили продление срока настолько, насколько ему потребуется для завершения его лекций и исследований. Я могу заверить Вас, что не вижу вреда от такого продления, и я знаю также, что этим не злоупотребил бы и Лазерсон» (Там же. С. 57).

⁸ Письмо М. Я. Лазерсона П. А. Сорокину от 29 января 1940 г. // Сорокин П. Избранная переписка. С. 56.

⁹ Там же. С. 60. — Заметим, что публикациям М. Я. Лазерсона в США опять-таки во многом способствовал П. А. Сорокин, как это следует из переписки ученых.

как самостоятельной науки. Вследствие длительного тесного контакта общей философии и так называемой философии права последняя превратилась в филиал общей философии; соответственно, изменчивость и разнообразие тех или иных философских школ находит свое стереотипное отражение в философии права. Как полагает Лазерсон, это обусловило маргинальное положение теории права: юристы, образованные философски, посвящают силы стилизации своих трудов в духе модного философского учения и остаются в рамках соответствующей философии права, юристы-догматики не интересуются вопросами философии, поскольку считают их не имеющими значения для практических дисциплин. Таким образом, теория права и ее адепты «повисают в воздухе» между философами права и поклонниками догматической юриспруденции, — такова, делает вывод Лазерсон, трагическая судьба теории права.¹⁰

За проведением демаркационной линии между теорией права и философией права фактически скрывается убеждение Лазерсона в избыточности последней. В качестве аргумента он ссылается на формулу Петражицкого: философия права = теория права + политика права. Очевидно, что объективно-когнитивные тезисы теории права и субъективно-относительные тезисы (телемы) политики права не могут путем их сложения образовать самостоятельную научную дисциплину, а само такое сложение противоречит разделявшемуся Лазерсоном тезису Петражицкого о недопустимости смешения в пределах одной науки теоретических и практических суждений.

Научно бесперспективной он считает и ту модель «развития» теории права, которую в свое время Петражицкий обозначил как «комбинационную» и примером которой для Лазерсона была так называемая синтетическая теория права А. С. Яценко. Лазерсон полагал, что в своем «стремлении складывать отдельные воззрения (курсив мой. — Е. Т.)» Яценко исходит из ошибочного представления о том, что «истина будет добыта из соединения различных точек зрения, что, по мнению автора, и составляет сущность синтеза (курсив мой. — Е. Т.)». Лазерсон, в частности, пишет: «Исходя из покорно-пассивного признания, что все теории кое в чем правы, автор невольно приходит к бессильной идее их сложения... хотя он при этом и пытается оградить себя от эклектизма (курсив мой. — Е. Т.)».¹¹ Однако, как подчеркивает ученый, синтез в его логическом и философском значении вовсе не представляет собой «сложения различных взглядов и определений», поэтому и излюбленное автором «соединение всех односторонних определений», пишет Лазерсон, является не синтезом, а эклектизмом.¹² На этом основании он характеризует «синтетическое» определение права А. С. Яценко исключительно как «результат механического суммирования».¹³

Лазерсон считал необходимым спроектировать теорию права как «беспредпосылочную науку», которая исследовала бы свой предмет не для иллюстрации правильности представлений той или иной философской

¹⁰ Лазерсон М. Общая теория права. С. 69–70.

¹¹ Лазерсон М. [Рец. на кн.:] А. Яценко. Теория федерализма. Опыт синтетической теории права и государства. Юрьев, 1912 // Право. Еженедельная юридическая газета. 1913. № 2. Стб. 114.

¹² Там же. Стб. 115.

¹³ Там же. Стб. 116. — Подробнее об этом см.: Тимошина Е. В. Как возможна теория права? Эпистемологические основания теории права в интерпретации Л. И. Петражицкого. М., 2012. С. 88–141.

школы: она должна стать, наконец, «имманентной в подлинном смысле», а не быть выстроенной в духе того или иного течения. Единственный путь, позволяющий сконструировать теорию права так, чтобы она перестала быть «конгломератом некоторых предпосылок, лежащих... вне и впереди всякого опыта и причинного исследования и определяющихся... сменой религий, идеологий, философских и социально-политических школ», — это путь, предлагаемый психологическим позитивизмом. Только объяснение права как психического переживания способно избавить теорию права от зависимости от исторически меняющихся априорных предпосылок, задаваемых различными философскими направлениями, а также исключить ссылки на какие-либо метаюридические факты — волю государства, экономический базис и т. п. — как на правопорождающие факторы. Традиционное для юридического позитивизма отрицание естественного права и ограничение предмета изучения исключительно позитивным правом, располагающим санкцией официального признания, по мнению Лазерсона, еще ничего не говорит о «позитивности теории права». Отсюда следует *первый* смысл термина «психологический позитивизм» — это «*позитивация теории права*» как науки о психическом *бытии* права.¹⁴

Во-вторых, психологический позитивизм характеризуется использованием экспликативного метода — «метода причинного исследования».¹⁵

Следуя Петражицкому, Лазерсон проводит различие между теоретическими и практическими юридическими науками.¹⁶ Логическим основанием данного деления согласно Петражицкому являются так называемые *позиции*, которые он определял как «соответствующие простые, далее неразложимые смыслы, т. е. содержание суждений или предложений».¹⁷ В структуре научной теории он выделял три вида позиций: 1) *главные*, т. е. *тезисы*; 2) *базисы*, служащие для обоснования тезисов; 3) *аксессуары* (примеры, иллюстрации и т. п.). Петражицкий уточняет, что критерием классификации наук являются именно тезисы. Он подразделяет их на *объективно-когнитивные* — ценностно нейтральные, констатирующие утверждения, по отношению к которым может применяться критерий истинности, и *субъективно-относительные*, выражающие оценки, пожелания, требования и т. п., к которым критерий истинности неприменим. Соответственно он проводит деление наук на *теоретические*, тезисы которых имеют объективно-когнитивный характер, и *субъективно-относительные (практические)* и формулирует методологическое правило: базисами теоретических наук должны быть объективно-когнитивные позиции, базисами практических наук могут быть как объективно-когнитивные, так и субъективно-относительные позиции. При этом в пределах одной науки не должно быть смешения тезисов, столь характерного для социально-гуманитарных наук. Исходя из этого можно реконструировать определение Петражицким теоретического и практического знания: *теория* — это методологически

¹⁴ Там же. С. 60–62.

¹⁵ Там же. С. 61.

¹⁶ О том, что проведенное Петражицким различие между объективно-когнитивными науками и субъективно-относительными нарушает его собственный принцип, согласно которому в каждом делении должно быть только одно *fundamentum divisionis*, см.: Фиттипальди Э. Наука на службе у принципа законности: критическая защита концепции юридической догматики Льва Петражицкого // Правоведение. 2013. № 5.

¹⁷ Петражицкий Л. И. Новые основания логики и классификация наук // Петражицкий Л. И. Теория и политика права. Избр. тр. / науч. ред. Е. В. Тимошина. СПб., 2010. С. 782.

обоснованная система подлежащих истинностной оценке объективно-когнитивных тезисов, субъектом которых является адекватный класс; *практическая наука* — это выстроенная в соответствии с принципом адекватности система не подлежащих истинностной оценке субъективно-относительных тезисов, базисы которых могут иметь как объективно-когнитивный, так и субъективно-относительный характер. В данном определении подчеркивается связь теоретических и практических наук, при этом теоретическая обоснованность практического знания может рассматриваться как одно из условий его научной состоятельности.

Лазерсон также исходит из того, что тезисы теоретических наук, и в частности теории права, являются суждениями о бытии и могут быть истинными либо ложными; тезисы практических наук, например, юридической догматики, указывают желательное или должное поведение и как таковые не подлежат истинностной оценке. Так, если обычно-правовые нормы крестьян гласят, что «конокрада следует убить», то перед нами нормативное суждение, которое нельзя отвергнуть как неистинное. Оно может быть отвергнуто исключительно оценочно, — например, как «варварское» или «устаревшее». ¹⁸ Теория права и юридическая догматика представляют собой соответственно теоретическую и практическую юридические науки, различающиеся предметом и методом. Первая есть наука о психическом *бытии* права и характеризуется использованием экспликативного метода, вторая есть наука, изучающая позитивное право как систему нормативных суждений при помощи так называемого нормативного метода. ¹⁹

Данная методологическая позиция Лазерсона определяет основные направления критики им чистого учения о праве Кельзена (подробнее об этом см. п. III). Он считает губительным для теории права осуществленное Кельзеном изъятие теории права из числа экспликативных наук, исследующих «бывание и причинную связь явлений», и приписывание данной науке нормативного характера. На этом основании он отказывает нормативизму в *теоретическом* характере. Превращение метода, допустимого в пределах одного подвиды науки права — юридической догматики, в универсальный метод юриспруденции Лазерсон характеризует как *методологический монизм*. В классификации юридических наук Петражицкого он видит то несомненное преимущество, что она предлагает чистое различие между теоретическими и практическими дисциплинами, их предметами, тезисами и методами. ²⁰

Вместе с тем следует подчеркнуть одно существенное различие в позициях Петражицкого и Лазерсона. Петражицкий формулирует следующее методологическое правило: для построения теории недостаточно констатировать какое-либо фактическое бытие — необходимо установить наличие необходимой *логической* или *причинной связи* между специфическим признаком (*differentia specifica*) какого-либо класса объектов (теоретического подлежащего) и чем-либо другим (тем, что относительно этого класса высказывается теоретическим сказуемым). ²¹ Лазерсон

¹⁸ Лазерсон М. Общая теория права. С. 66.

¹⁹ Следует отметить, что Петражицкий допускал и догматику интуитивного права.

²⁰ Лазерсон М. Общая теория права. С. 64–65.

²¹ Петражицкий поясняет данное методологическое правило с помощью следующего рассуждения. Если установлено, что между каким-либо признаком *a* какого-либо класса *A* и чем-либо другим *b* существует *необходимая логическая связь*, так что из предположения наличности *a* вытекает неизбежно наличность *b*, то тем самым доказано, что все мыслимые *A* связаны с *b*. Точно так же, если установлено, что между каким-либо

ограничивает метод построения теории исключительно установлением *причинных связей*, однако причины такого ограничения он не поясняет.

Наконец, *в-третьих*, психологический позитивизм устраняет оценочные и нормативные суждения при определении сущности права. Для этого позитивизма не существует ограничения какой-либо эпохой, с отвержением несправедливого права, как нет ограничения только положительным правом. «Несправедливое право есть право», — утверждает Лазерсон.²² Оценки не существуют при *позитивном* изучении явлений, а такое устранение затуманивающих оценок возможно при обращении к тому, что остается единственной непосредственно доступной исследованию данностью, — к психике человека.

III. Реалистическая критика нормативизма. В работах Петражицкого можно встретить лишь несколько критических упоминаний о «Кельзене и его школе».²³ Работы Лазерсона представляют интерес в том числе в связи с тем, что позволяют реконструировать отношение к чистому учению о праве с позиций психологического реализма.

Согласно определению Лазерсона нормативизм представляет собой научное направление, которое «не считает возможным искать право в области реального бытия». Вследствие этого, полагает он, «отдельные нормы теряют реальные корни своего причинного бытия и начинают рисоваться вне или над реальным миром вещей». По аналогии с понятием товарного фетишизма [*Warenfetisch*] из политической экономии Маркса Лазерсон обозначает данную позицию как «*правовой фетишизм*». Подобно тому как товарный фетишист приписывает товару наряду с его материальными свойствами еще и ценность, юридический фетишист приписывает норме права — как таковой — «необходимое свойство долженствования», обязательность, силу.²⁴ Нормативизм в интерпретации Лазерсона есть проявление свойственного обыденному мышлению гипостазирования (обожествления) норм.²⁵ Соответственно разоблачение правового фетишизма рассматривается им как одно из необходимых условий развития теории права.²⁶

Лазерсон относит нормативизм, наряду с так называемым им догматическим позитивизмом и историческим материализмом, к *наивно-реалистическим* концепциям²⁷ на том основании, что каждый из этих подходов

свойством известного класса и чем-либо другим существует *необходимая причинная связь*, т. е. свойству *a* класса *A* присуща причинная тенденция *b*, то тем самым доказано, что всем мыслимым *A* свойственна (должна быть мысленно приписана) тенденция *b* (Петражицкий Л. И. Введение в изучение права и нравственности. Основы эмоциональной психологии // Петражицкий Л. И. Теория и политика права. С. 461).

²² Лазерсон М. Общая теория права. С. 64.

²³ Петражицкий Л. И. Новые основания логики и классификация наук. С. 811, 848.

²⁴ Лазерсон считает данное понятие аналогичным понятию «проекция» Петражицкого, который полагал, что свойственная теории права наивно-проекционная точка зрения является выражением тенденции к натурализации, овеществлению психической реальности, что провоцирует исследователей искать «где-то в пространстве» стоящие за терминами универсальные сущности — права, обязанности, правовые нормы и т. п.

²⁵ Лазерсон М. Общая теория права. С. 53.

²⁶ Там же. С. 22–23.

²⁷ Данный термин Петражицкого обозначает одну из трех возможных «наивно-фантастических конструкций» в теории права. Наряду с *наивно-реалистическими* он также выделяет *наивно-нигилистические* концепции, состоящие в отрицании реальности какого-либо правового явления из-за невозможности обнаружить его в «пространстве» внешнего мира (например, фикционная теория юридического лица), и *наивно-*

отождествляет психическое бытие права с реальностью иного порядка: право рассматривается как нечто, воздействующее на человека *извне*, а человек предстает исключительно объектом внешнего воздействия.²⁸ По его мнению, до тех пор пока такая гетерономность не раскрыта экспликативно, научная ценность соответствующих утверждений немногим выше, чем учение о божественном происхождении права. Один из методологических пороков нормативизма заключается, с его точки зрения, в том, что свойственная прежде всего обыденному сознанию наивно-проекционная точка зрения, — побуждающая рассматривать нормы как существующие вне времени и пространства сущности, наделенные обязывающей силой, — превращается в методологию теоретико-правового исследования.²⁹

Однако главный критический аргумент, адресуемый Лазерсоном чистому учению о праве, — это «методологическое смешение» теории права и юридической догматики. Вследствие такого смешения метод догматической юриспруденции предстает у Кельзена в качестве «метода познания сущности права».³⁰ Превращение нормативного метода в единственный метод науки права, с точки зрения Лазерсона, не дает никаких методологических преимуществ: осуществляемый при помощи нормативного метода анализ позитивного права вполне укладывается в рамки традиционной логико-юридической работы с использованием выработанных юридической догматикой правил толкования, а следовательно, не нуждается в какой-либо дополнительной неокантианской квалификации.³¹

Наконец, Лазерсон подчеркивает, что Петражицкий с помощью двух критических аргументов — аргумента о тавтологии в определении понятия права как авторитетно установленных норм³² и аргумента о бесконечном регрессе санкций при предположении, что каждая правовая норма должна

конструктивистские, заключающиеся в искусственном конструировании, выдумывании феноменов правовой реальности «за отсутствием подлежащего реальному» (различные метафизические правовые теории — например, «общей воли» как фундаментального источника права) (см. об этом: *Петражицкий Л. И.* Введение в изучение права и нравственности. С. 399–400).

²⁸ Право, подчеркивает Лазерсон, используя фразу Мефистофеля из гетевского «Фауста», никогда не считалось «рожденным с нами» [*Vom Rechte, das mit uns geboren ist*], т. е. никогда не понималось как внутреннее, психологическое переживание человека. От этого упрека, по его мнению, не свободны и те многочисленные приверженцы естественного права, которые говорили о «прирожденных» правах человека, ибо и здесь речь идет только о реалистической терминологии (Лазерсон М. Экспериментально-психологический метод и юридический модернизм // Вестник права и нотариата. 1913. № 29. С. 870).

²⁹ Лазерсон М. Общая теория права. С. 53–55.

³⁰ Там же. С. 24.

³¹ Там же. С. 27. — Аналогичную оценку методу Г. Кельзена дает другой ученик Петражицкого Е. Ланде, полагая, что это не более, чем *претенциозная терминология* [*pretensjonalna terminologia*] (Lande J. Norma a zjawisko prawne. Rozważania nad podstawami teorii prawa na tle krytyki systemu Kelsena // Prace z dziedziny teorii prawa / red. W. Jaworski. Cracow, 1925. S. 323).

³² Петражицкий указывает на присутствующий в данном определении *definitio per idem*: «норма права (х) есть норма, установленная в предписанной правом (х) форме со стороны установленных правом (х) органов правового (х) союза — государства» (Петражицкий Л. И. Очерки философии права // Петражицкий Л. И. Теория и политика права. С. 283–284). С отказом от идеи персонифицированного суверена в качестве власти, фундирующей правопорядок, классическое позитивистское определение понятия права необходимо приобретало тавтологический характер. Инструментом преодоления данного логического круга, как известно, и стала «основная норма».

быть ею обеспечена,³³ — «предсказал» обязательный, единственный возможный ход мысли для последовательно догматической «теории» права — постулирование основной нормы [*Grundnorm*] в качестве основания нормативного правопорядка.³⁴

По его мнению, чистое учение о праве дает «интересную, но стилизованную картину [права] в одном нормативном измерении».³⁵ В кельзеновском нормативизме Лазерсон видит «исторический плод юриспруденции XIX века, знавшей только положительное право и его догму, упорно не желавшей видеть право как реальное явление и переносившей... вопреки общему нарастанию эмпиризма в науке — реальные юридические

³³ Приведем этот аргумент Петражицкого: «С точки зрения теории принуждения нормой права (x) является лишь такая норма, на случай отсутствия добровольного исполнения которой другая норма права (x_1) предусматривает применение принудительных мер, например, предписывает известным лицам (судебному приставу, полицейским служителям...) применить принудительное исполнение. Но эта норма (x_1), в свою очередь, лишь в том случае может быть по теории принуждения правовой нормой, если существует дальнейшая норма (x_2), которая на случай отсутствия добровольного исполнения этой нормы (x_1) предусматривает, в свою очередь, принудительные меры (например, на случай нежелания судебного пристава, чинов полиции и т. п. добровольно исполнить свою обязанность предписывает известным лицам принять принудительные меры против этих ослушников). Норма x_2 точно так же должна иметь дальнейшую санкцию соответственного содержания — x_3 , за нормой x_3 должна следовать санкция x_4 и т. д. — до бесконечности». Соответственно он делает вывод о том, что «доказать, что какая-либо норма соответствует такому определению и поэтому должна быть признана нормой права, невозможно, ибо это требовало бы бесконечного доказательства, а всякий конец доказательства... за отсутствием дальнейшей санкции был бы вместе с тем доказательством, что все предыдущие нормы не суть нормы права (например, если бы дошли до нормы x_{20} , но такой нормы (x_{21}), которая на случай нарушения нормы x_{20} предусматривала бы принудительные меры, не оказалось, то оказалось бы, что норма x_{20} как «непринудительная» норма права есть неправовая норма, поэтому и норма x_{19} , как лишенная правовой санкции — санкции в виде нормы права, предписывающей принуждение, — оказалась бы неправовой нормой и т. д.» (Петражицкий Л. И. Очерки философии права // Петражицкий Л. И. Теория и политика права. С. 288–289).

³⁴ Лазерсон М. Общая теория права. С. 26. — К аргументу Петражицкого о бесконечном регрессе санкций впоследствии обращались Г. Кельзен (*Kelsen H. General Theory of Law and State. Cambridge: Harvard University Press, 1949. P. 28–29*), К. Оливекрона (*Olivecrona K. Is a Sociological Explanation of Law Possible // Theoria. A Swedish Journal of Philosophy and Psychology. 1948. Vol. 14. P. 200 и сл.; рус. пер. см.: Российский ежегодник теории права. № 4. 2011 / под ред. А. В. Полякова. СПб., 2012. С. 399–429*), а также Г. Харт в рамках полемики с Россом в связи с проблемой самореференции в праве (*Hart H. L. A. Self-Referring Laws // Hart H. L. A. Essays in Jurisprudence and Philosophy. Oxford: Clarendon Press, 2001. P. 171–173; рус. пер. см.: Правоведение. 2012. № 3. С. 44–57*). Кельзен в параграфе с названием «Бесконечная серия санкций» соглашается с данным аргументом. Вместе с тем он предлагает решение обозначенной Петражицким проблемы: полагая, что серия устанавливающих санкции правовых норм не может продолжаться бесконечно, Кельзен замыкает серию санкций последней нормой, санкция которой не устанавливает для уполномоченного субъекта правовую обязанность применения принуждения, т. е. за неприменение данной санкции далее уже не следует санкция. При этом невозможность обеспечить действенность всех правил правового порядка при помощи правил, устанавливающих санкции, не исключает возможность рассматривать в качестве правовых только те нормы, которые устанавливают санкции (критику решения Кельзена см.: Тимошина Е. В. Концепция нормативности Л. И. Петражицкого и проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Правоведение. 2011. № 5. С. 46–71; Краевский А. А., Тимошина Е. В. Проблема самореференции в праве: к истории дискуссии // Там же. 2012. № 3. С. 35–43).

³⁵ Там же. С. 29.

феномены в мир конструктивных ноуменов». ³⁶ Современная теория права, по его убеждению, должна строиться как последовательно реалистическая. От поиска новых способов логического анализа позитивного права следует обратиться к внутреннему психическому переживанию нормы и таким образом исследовать, как возможно *существование должного*.

IV. Психологическая теория права и феноменология. С позиций психологического позитивизма Лазерсон также адресует несколько критических замечаний феноменологическим правовым концепциям, обозначая их как «феноменологический вариант нормативизма». С его точки зрения они отвергают две основы, на которых, как он полагает, зиждется психологическое учение о праве: 1) психику как сферу нахождения права и — соответственно — психологию; 2) аристотелевскую логику. Таким образом, он фиксирует два фундаментальных отличия феноменологической теории права от психологической: антипсихологизм и отказ от пирамидальной системы традиционной логики, т. е. от метода определения понятий *per genus et differentiam*. Лазерсон приходит к выводу о том, что феноменологическая школа в юриспруденции просто превращает *definitio per idem* в логическую необходимость. ³⁷

Предпринятый Лазерсоном краткий критический обзор феноменологических правовых концепций вместе с тем дает повод обсудить проблему более широко, поставив вопрос о возможной связи психологической теории права с феноменологией.

Для теории права Петражицкого была характерна своеобразная многозначность методологических оснований. Это, во-первых, обусловило возможность ее последующего развития не только в реалистическом (Е. Ланде, А. Подгурецкий, Я. Курцевский, Н. С. Тимашев), но и в феноменологическом (Г. Д. Гурвич, П. Е. Михайлов, Г. А. Нанейшвили) направлении; во-вторых, создало исследовательскую традицию феноменологической интерпретации его теории. Феноменологические мотивы усматривали, как правило, в его концепции самодовлеющей (нормативной) мотивации. Как полагал, например, Гурвич, именно метод чистого описания непосредственных данных правосознания, который, по его мнению, приближался к методу современных немецких феноменологов, позволил Петражицкому прийти к пронизательному открытию императивно-атрибутивной структуры правового переживания. ³⁸

Попытку объединения, с одной стороны, психологического реализма, с другой стороны, аналитической феноменологии Гуссерля периода «Логических исследований» предпринимает ученик Петражицкого П. Е. Михайлов. Ученый полагал, что право может рассматриваться двояко: 1) как

³⁶ Лазерсон М. [Рец. на кн.:] Kelsen H. Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Tübingen, 1911 // Право: еженедельная юридическая газета. 1914. № 17. Стб. 2161.

³⁷ Лазерсон М. Общая теория права. С. 56–57.

³⁸ Гурвич Г. Д. Юридический опыт и плюралистическая философия права // Гурвич Г. Д. Философия и социология права: избр. соч. / пер. М. В. Антонова, Л. В. Ворониной. СПб., 2004. С. 345. — Гурвич полагал, что концепция самодовлеющей мотивации близка теории эмоциональной интуиции ценностей М. Шелера (Там же. С. 345). Ученик Петражицкого Г. А. Нанейшвили считал, что, если освободить теорию Петражицкого от всего того, что несовместимо с основной мыслью этой теории, т. е. с эмоциональным априоризмом, то мы «имели бы весьма элегантную феноменологическую теорию права» (Нанейшвили Г. А. Действительность права и опыт обоснования нормативных фактов. Тбилиси, 1987. С. 68).

реально-психическое переживание и 2) как *идеально-нормативный* элемент сознания. Данный «элемент» представлен нормами права, которые имеют, с точки зрения Михайлова, «идеально-объективное содержание» и которые, наряду с математическими величинами, принадлежат области идеально-объективного бытия. При этом он подчеркивает, что не следует смешивать нормы права как *содержания* правовых суждений с самими суждениями как известными *процессами мышления*, известными психическими переживаниями. Соответственно Михайлов пытается объединить «субъективизм реально-психологического элемента правового сознания» и «объективизм идеально-нормативного элемента сознания»: «Праву как реально-психическому переживанию и процессу, — пишет он, — соответствует норма права как идеологическая величина, содержащая в себе *объективную идею правно-должного* как такового». Таким образом, делает он вывод, наряду с пониманием права как реального феномена психической деятельности с ее законами причинных связей необходимо также понимание права «как нормы правно-этического долженствования, как идеально-объективного элемента правосознания с зависимостью от идеальных связей основания и следствия, но отнюдь не реальных причинных связей сосуществования и последовательности».³⁹

Нами была высказана гипотеза о возможном влиянии на методологию психологической теории права «Логических исследований» Гуссерля. Это позволило выделить несколько аспектов сходства эпистемологических идей Петражицкого как в целом с аналитико-феноменологической традицией, представленной именами Г. Фреге, Ф. Brentano, А. Мейнонга, так и в особенности с аналитической феноменологией Гуссерля, как она была представлена в «Логических исследованиях».

1. Это общее представление о том, что предметом познания является не внешний мир, но внутренний опыт субъекта, интерпретируемый психологически (Brentano, Петражицкий) или феноменологически (Гуссерль).

2. И Гуссерль, и Петражицкий в качестве необходимого условия теоретического знания допускали ментальное существование общих объектов (классов) и соответствующих им общих понятий.

3. Общее понятие Петражицкого как «идея всего того, что мыслимо как обладающее известными признаками» («всякая идея, соответствующая схеме “все, что обладает признаком *a*”»), и класс как *мыслимый объект*, соответствующий такой идее («все объекты, обладающие свойством *a*»),⁴⁰ могут быть сопоставлены с концепцией интенциональных объектов и общих понятий Гуссерля.⁴¹

4. И Фреге, и Гуссерль, и Петражицкий исходили из того, что объем общего понятия не зависит от эмпирического существования некоторого конечного множества объектов, мыслимых при помощи данного понятия, т. е. является бесконечным, а соответствующий ему класс (в терминологии

³⁹ Михайлов П. Е. О реальности права // Юридический вестник. 1914. Кн. 1. С. 41–42.

⁴⁰ Петражицкий Л. И. Введение в изучение права и нравственности. С. 428.

⁴¹ Косвенным аргументом, подтверждающим концептуальную «родственность» анализируемых идей обоих ученых, является тот факт, что представитель Львовско-Варшавской школы Ст. Лесьневский с точки зрения разделяемой им номиналистической позиции критически отозвался о концепциях общих объектов Петражицкого и Гуссерля, подчеркнув при этом, что данные концепции «отличаются тем свойством, что приводят даже в высшей степени тонких мыслителей на “проселочные дороги” беспредметных “спекуляций”» (Лесьневский С. Логические рассуждения. СПб., 1913. С. 29).

Гуссерля — общий предмет, *allgemeiner Gegenstand*) есть мыслимый объект, отличный от эмпирической совокупности членов класса.

5. С концепцией интенциональных объектов Ф. Brentano — А. Мейнонга — Э. Гуссерля как объектов, представленных в сознании и освобожденных от вопроса об их корреляции с эмпирически существующими объектами, имеет параллели то принципиальное положение психологической теории права, что понятиям правовой теории, будь то субъект права или объект права, субъективное право или правовая обязанность, не следует искать эмпирических двойников «где-то в пространстве». Данные понятия и соответствующие им мыслимые объекты существуют исключительно как элементы интеллектуального состава правовых эмоций, т. е. в сознании субъектов, переживающих соответствующие эмоции. Эпистемологическая позиция, исключавшая возможность и необходимость соотнесения интенциональных (мыслимых) объектов с какой-либо трансцендентной по отношению к сознанию человека, неязыковой и нементальной реальностью, тем самым проблематизировала классическую корреспондентную теорию истины как соответствия мысли некоторому эмпирическому положению дел.

6. Сопоставляя далее идеи Гуссерля и Петражицкого, следует также отметить, что оба ученых исходили из идеи логического единства научного знания, которая исключала, как писал Гуссерль, произвольность деления «царства истины» [*Reich der Wahrheit*] на предметные области⁴² и обуславливала для Петражицкого необходимость реформирования существующей системы наук в соответствии с принципом адекватности.

7. Оба ученых разделяли представление о принципиальной несоизмеримости теоретического и эмпирического знания, а следовательно, о логической невозможности выведения теории из знания о совокупностях единичных фактов, что сопровождалось критикой обоими учеными эмпиристской теории абстрагирования.⁴³

8. Оба мыслителя исходили из позиции, согласно которой, в определении Э. Гуссерля, «признаки, внутренние свойства не есть нечто в истинном смысле присущее предметам, которые «имеют» эти свойства». То, что полагается в предмете «как нечто в нем наличное, на самом деле совершенно не присутствует в нем».⁴⁴ Данную позицию выражает также Л. И. Петражицкий в следующем примере: «...если кто-либо приписывает другому эпитеты “милый”, “дорогой” и т. п., то было бы наивно думать, что дело идет о каких-то особых свойствах того, кому такие свойства приписываются. Как бы мы ни стали внимательно исследовать того, кому эти свойства приписываются, осматривать его с ног до головы и т. п., чтобы найти что-то такое, что соответствует эпитету “милый”, поиски наши будут безуспешными, и мысль слова “милый” останется для нас тайной».⁴⁵ Смысл данного слова можно понять, как полагает Л. И. Петражицкий, только обратившись к «реальному» явлению, которое оно обозначает, — к изучению психического переживания тех, кто называет других «милыми», «дорогими»

⁴² Гуссерль Э. Логические исследования. Ч. 1. Пролегомены к чистой логике / разрешенный перевод с нем. Э. А. Бернштейн; под ред. и с предисл. С. Л. Франка. СПб., 1909. С. 3–4.

⁴³ Иные признаки сходства и соответствующую аргументацию см.: Тимошина Е. В. Как возможна теория права? Эпистемологические основания теории права в интерпретации Л. И. Петражицкого. М., 2012. С. 177–203.

⁴⁴ Там же. С. 182.

⁴⁵ Петражицкий Л. И. Введение в изучение права и нравственности. С. 398.

и т. п. Только таким образом может быть установлен и смысл, например, выражения «возложенная на *N* правовая обязанность».

Из представленных сопоставлений, разумеется, не следует вывод о феноменологическом характере теории права Петражицкого — хотя бы потому, что понятийный аппарат феноменологии и сам метод в «Логических исследованиях» еще не был разработан. Вместе с тем из данного сопоставления можно извлечь, по крайней мере, два вывода. *Во-первых*, разделяемая Лазерсоном традиционная оценка теории Петражицкого как последовательного психологического позитивизма может быть поколеблена.⁴⁶ *Во-вторых*, оценка методологических оснований психологической теории права часто зависит от теоретической ориентации ее интерпретатора, который в известной степени редуцирует эту теорию до собственной методологической позиции — в данном случае до психологического позитивизма.

V. Право без норм? Если теория права Петражицкого отличается от другой наиболее последовательной психологической теории права Э. Паттаро тем, что понятие нормы в ней вторично,⁴⁷ то у Лазерсона норма права не вторична — она избыточна: «Мы можем... мыслить право без существования правовых норм», — утверждает он.⁴⁸

Лазерсон полагает, что время появления норм не совпадает со временем появления права. Первоначально правовые притязания получали удовлетворение и без существования норм, — например, путем судебного решения. Только долгая эволюция права под определяющим влиянием унификационной тенденции мешает нам снять исторические наслоения и увидеть право в его «безнорменном состоянии». В подтверждение тезиса

⁴⁶ Лазерсон М. Общая теория права. С. 65.

⁴⁷ Fittipaldi E. Leon Petrażycki's theory of law. § 5 (рукопись главы в коллективной монографии о континентальном правовом реализме под ред. Э. Паттаро). — Здесь следует отметить близость теоретических позиций Л. Петражицкого и Э. Паттаро (Pattaro E. The Law and the Right: A Reappraisal of the Reality that Ought to Be. Dordrecht, 2005). (1) Прежде всего она усматривается в их представлениях о ментальном бытии правовой нормы: в интерпретации Петражицкого норма права есть содержание нормативного суждения как эмоционального акта, диспозицию которого он называет *нормативным убеждением*; в теории Паттаро правовая норма — это содержание деонтического суждения, полагаемого нормативным по меньшей мере одним человеком, являющимся «приверженцем нормы», для которого характерно определенное психическое состояние, называемое ученым *нормативным верованием*. (2) Как и Петражицкий, Паттаро рассматривает правовую норму как «мощный мотив поведения». (3) Паттаро интерпретирует правовые нормы как правила, переживаемые в качестве «обязывающих самих по себе», и на этом основании ограничивает их от имеющих телеологическую направленность правил благоразумия, что соотносится с двумя видами выделяемой Петражицким мотивации — самодовлеющей (нормативной, специфически-правовой) и телеологической, мотивирующей к действиям для достижения известной цели. Таким образом, Петражицкий и Паттаро исходят из общего понятия нормативности как психически переживаемого самообязывания. (4) Паттаро использует понятие «тип действия» в значении, аналогичном понятию «акционные представления» Петражицкого как представлений типа должного поведения, сопровождающих нормативную мотивацию. (5) Близость их теоретических позиций также можно усмотреть в объяснении психологического механизма объективации и универсализации правовых норм, который Петражицкий связывал с «мистически-авторитетным» характером правовых эмоций, а Паттаро использует для этого понятие «католодоксия» (*catholodoxia*) — овеществление, гипостазирование нормативных верований, вследствие чего нормативная система представляется «объективно» существующей.

⁴⁸ Лазерсон М. Общая теория права. С. 129.

о том, что нормы права не являются необходимыми, Лазерсон в том числе ссылается на движение свободного права и советскую судебную практику с ее «революционным правосознанием» как основанием судебного решения.

Мотивационное действие права оказывается не через посредство норм, а в силу самого эмоционального переживания права, которое как таковое не нуждается в нормах. Нормы права не обладают реальностью; то же, что в науке называется нормами права, есть лишь *рационализация желательного для данного правопорядка поведения*. Фактически Лазерсон редуцирует интеллектуальный состав правовых эмоций до акционного представления: «повелевает не сама норма, как это наивно представляет себе примитивное понимание, а лишь тот *образ поведения*, который выработался в данной обстановке по данному кругу поступков (курсив мой. — Е. Т.)».⁴⁹

Вместе с тем теория права Петражицкого не дает оснований для столь радикального вывода Лазерсона. Согласно Петражицкому, норма права есть содержание нормативного суждения, интерпретируемого им в качестве эмоционального акта, т. е. в качестве эмоции, диспозицию которой он называет «нормативным убеждением». Специфической особенностью нормативных суждений, как и нормативных (в том числе правовых) эмоций, является то, что они, *во-первых*, отвергают или одобряют определенный тип поведения «не как средство для известной цели, а само по себе», *во-вторых*, мотивационно обуславливают поведение субъекта. Если учесть, что схема интеллектуального состава правовых эмоций совпадает с выделенными им самим элементами структуры правовой нормы, то можно сделать вывод о том, что под термином «правовая эмоция» скрывается понятие правовой нормы, — не как эмоциональной проекции, но как «реального» психического явления — актуального переживания ценности должного, мотивирующего к его реализации в поведении. Соответственно полная схема интеллектуального состава правовых эмоций, или, что то же самое, элементная структура правовой нормы, включает в себя: 1) объектные представления (объектов прав и обязанностей); 2) субъектные представления (субъектов прав и обязанностей); 3) представления релевантных юридических фактов; 4) представления нормативных фактов.

VI. Реалистическая интерпретация естественного права. Предложенная Лазерсоном реалистическая интерпретация естественного права, пожалуй, является наиболее оригинальной частью его правовых взглядов, так как в остальных аспектах он в целом принимает теорию права Петражицкого. На основе проведенного Петражицким деления права на позитивное и интуитивное⁵⁰ Лазерсон развивает свою концепцию *видов интуитивного права*. Его замысел — в соответствии с позицией психологического позитивизма — состоял в том, чтобы избавить понятие естественного права от связи с той или иной идеологией и рассмотреть его «*реально-психологически*» — как психическое переживание особого рода, сформировавшееся в результате эволюции правовой психики. Выдавать же одно из идеологических облачений (религиозных, рационалистических и т. п.) за существенный признак естественного права, в представлении

⁴⁹ Там же. С. 128–129.

⁵⁰ Если позитивное право — это *гетерономная* императивно-атрибутивная эмоция, вызываемая в психике субъекта нормативными фактами, то интуитивное право — это *автономная* императивно-атрибутивная эмоция, возникающая в психике субъекта без опосредования нормативными фактами.

Лазерсона, есть ошибка, обусловленная непониманием психологического характера естественного права.⁵¹

Как известно, Петражицкий отождествлял интуитивное право со справедливостью. В эмоциях справедливости, пишет он, «мы имеем дело с суждениями не о том, что полагается по законам и т. п., а о том, что кому по “совести”, по нашим самостоятельным, независимым от внешних авторитетов убеждениям причитается, должно быть предоставлено и т. д.».⁵² Сферой действия справедливости является *distributio bonorum et malorum*, т. е. «область распределения благ и зол», в которой интуитивное право сосуществует наряду с позитивным. Переживания справедливости оказывают влияние на толкование, применение и научное осмысление позитивного права, а также являются фактором (мирно или революционно действующим) его создания, изменения или отмены. Очевидно, Петражицкий воспроизводит в другой терминологии старую дихотомию естественного и позитивного права, хотя сам он и возражал против такой трактовки своей концепции интуитивного права как своеобразного естественного права с изменяющимся содержанием. Вместе с тем он подчеркивает, что интуитивное право следует признать «более подходящим *масштабом для критики положительного права* (курсив мой. — Е. Т.), чем нравственность», так как нравственность не знает притязаний и поэтому представляет масштаб, не адекватный праву.⁵³

Лазерсон же полагает, что свойства, которые Петражицкий устанавливает для всей сферы интуитивного права, прежде всего его индивидуальная изменчивость,⁵⁴ могут быть отнесены только к одному его виду — *индивидуально-приспособленному* интуитивному праву. Наряду с ним он выделяет также *общественно-приспособленное* интуитивное право, которое, по его мнению, и есть то право, которое обычно именуют *естественным правом*.

Между двумя видами интуитивного права существует *эволюционная связь*: индивидуально-изменчивое право путем *социального отбора* может стать общественно-приспособленным (естественным) правом. Лазерсон поясняет это на следующем примере. Так, на определенной стадии общественного развития отдельный индивид может чувствовать потребность в некоторой независимости от других. Трансформация же такого индивидуально-изменчивого интуитивного права в совпадающую с ним по содержанию естественно-правовую «свободу личности» является результатом длительного процесса общественного отбора. С точки зрения Лазерсона, лишь то индивидуально-приспособленное право может превратиться в естественное, которое в состоянии мотивировать массовое поведение. Одним из факторов такой трансформации является общность условий формирования и развития интуитивно-правовой психики индивидов

⁵¹ Лазерсон М. Общая теория права. С. 298–299.

⁵² Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С. 404.

⁵³ Петражицкий Л. И. К вопросу о «возрождении естественного права» и нашей программе: по поводу дис. П. И. Новгородцева «Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве» // Право: еженедельная юридическая газета. 1902. № 41. Стб. 1802.

⁵⁴ Ср.: «Принципиально интуитивное право остается... индивидуально-разнообразным по содержанию, не шаблонным правом, и можно сказать, что по содержанию совокупностей интуитивно-правовых убеждений, интуитивных прав столько, сколько индивидов» (Петражицкий Л. И. Теория права и государства. С. 383).

в рамках социальных групп.⁵⁵ Вместе с тем, полагает он, существуют естественно-правовые положения, мыслимые как изначально социально-приспособленные: свобода союзов, собраний и т. п.⁵⁶

Таким образом, в сравнении с индивидуально-изменчивым социально-приспособленное право обладает большей мотивационной силой, а его субъектом соответственно является социальная группа или общество в целом. Вместе с тем очевидно, что в представленном рассуждении Лазерсону едва ли удастся полностью избежать идеологической ангажированности: вопросы о том, почему и каким образом происходит социальный отбор именно этих, а не иных естественных прав, почему именно эти права обладают качеством «социальной приспособленности», остаются у него без ответа.

Если формулой индивидуально-приспособленного интуитивного права является поговорка «У каждого Павла своя правда», то социально-приспособленное интуитивное право притязает на признание «*quod semper, quod ubique, quod ad omnibus*». Притязание естественного права на универсальность и неизменность рассматривается Лазерсоном как необходимо присущая ему психологическая *тенденция*, без которой естественное право — как общественно-приспособленное интуитивное право — не могло бы отстоять себя рядом с индивидуально-изменчивым правом, с одной стороны, и позитивным правом, с другой стороны. Если обязательность позитивного права обусловлена соответствующими нормативными фактами, то обязательность, мотивационная сила естественного права может быть достигнута только ссылкой на его «вечность», социокультурную универсальность, «разумность». Таким образом, данные свойства, традиционно приписываемые соответствующими учениями естественному праву, есть исключительно выражение «психологической необходимости» — усилить его мотивационное действие в отсутствие нормативных фактов. Соответственно, естественное право, рассматриваемое Лазерсоном как «постоянный элемент народно-правовой психики», есть универсальное социопсихическое явление, а отнюдь не комплекс естественно-правовых доктрин, сформировавшихся в европейской культуре Нового времени. Именно поэтому, с его точки зрения, делать вывод о «смерти» естественного права вследствие упадка естественно-правовых учений — значит не понимать психолого-правовой и социальной сущности естественного права как социально-приспособленного интуитивного права.⁵⁷

Лазерсон располагает виды права по степени возрастания их мотивационной силы: индивидуально-приспособленное интуитивное право — общественно-приспособленное интуитивное право (естественное право) — положительное право. При этом он оговаривается, что положительное право только в том случае обладает большей силой мотивации, когда оно по своему содержанию совпадает с естественным правом.⁵⁸

⁵⁵ Впрочем, эту идею можно найти и у Петражицкого, когда он говорит об интуитивном праве современного культурного общества, общественного класса (рабочих, фабрикантов, крестьян, помещиков), семьи, детском, женском, мужском интуитивном праве и т. д. (Там же. С. 381).

⁵⁶ Лазерсон М. Общая теория права. С. 282–283.

⁵⁷ Там же. С. 310.

⁵⁸ Там же. С. 287. — В раскрытии соотношения между позитивным и естественным правом Лазерсон, по его собственной оценке, продвинулся несколько дальше Петражицкого, однако здесь мы не будем вдаваться в детали его позиции.

Лазерсон резюмирует:

«Данное... выше исследование естественного права как особого вида интуитивного права, не нуждается ни в каком идеологическом оправдании. Оно отбрасывает теизм, пантеизм, рационализм, социализм и т. д. как исторически меняющиеся оболочки, связанные с той или иной эпохой. Сосредоточиваясь на функциональном значении естественного права, наше объективное исследование, в последнем счете опирающееся на психологическую теорию права, не связывает **сущности** естественного права с **содержанием** тех правовых требований, которые им последовательно, в разные эпохи выдвигаются. Для нашей точки зрения не только недопустимо свести естественное право к немногим нормам, отражающим... **вечное** минимальное его содержание, но и недопустимо удовлетвориться... констатированием... **меняющегося** содержания естественного права».⁵⁹

Гипотеза Лазерсона об эволюционном отборе интуитивных правовых эмоций позволяет в свою очередь предположить, что такой же эволюционный отбор действует и в отношении позитивного права — прежде всего в отношении нормативных фактов. Высказанная Лазерсоном идея может, таким образом, служить аргументом в пользу нашей гипотезы о том, что Петражицкий исходил из представления об осуществляемом в процессе социопсихического приспособления социальном отборе фактов, которые интерпретируются как имеющие нормативный смысл. Если принять во внимание ту социокультурную перспективу эволюции права «в сторону общего блага», которая являлась мировоззренческим фундаментом правовой теории Петражицкого, то это позволяет снять некоторые противоречия в его конструкции нормативных фактов. Далеко не все факты могут являться общезначимым основанием субъективных прав и правовых обязанностей, а следовательно, как не создающие «социальную координацию поведения», не могут служить этическому прогрессу. Таким образом, этическая цель социокультурной эволюции права определяет социальную легитимность нормативных фактов и характер мотивационных процессов, определяющих выбор субъектом социально должного.⁶⁰

Вместе с тем постулируемое Лазерсоном действие в праве универсальной эволюционной тенденции есть та *предпосылка*, которая лежит в основе его — притязающей на беспредпосылочность — правовой концепции.

VII. Заключение. Позиция психологического реализма разделялась не только М. Лазерсоном, но и Е. Ланде — еще одним учеником Л. И. Петражицкого; как известно, она была также характерна для представителей скандинавского правового реализма — А. Хагерстрёма, В. Лундштедта, К. Оливекроны; в настоящее время она получила развитие в работах Э. Паттаро и Э. Фиттипальди.⁶¹ Возможно, это позволяет поставить вопрос о необходимости исследования *континентального правового реализма* как

⁵⁹ Там же.

⁶⁰ Подробнее об этом см.: Тимошина Е. В. Концепция нормативности Л. И. Петражицкого и проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Правоведение. 2011. № 5. С. 46–71.

⁶¹ См., напр.: Fittipaldi E. Everyday Legal Ontology. A Psychological and Linguistic Investigation within the framework of Leon Petrażycki's Theory of Law. Milano, 2012.

самостоятельного направления правовой мысли,⁶² к одним из главных черт которого следует отнести: 1) отрицание существования деонтических объектов за пределами психики человека; 2) обусловленное этим критическое отношение к любым формам «наивного» гипостазирования правовых понятий; 3) каузальное объяснение психических феноменов; 4) сохранение идеи истины как корреспонденции.

⁶² В настоящее время в издательстве Springer под ред. Э. Паттаро готовится к выходу в свет коллективная монография о континентальном правовом реализме, в которой впервые предпринимается такого рода исследование.

РЕЦЕНЗИЯ НА МОНОГРАФИЮ:
ШУНДИКОВ К. В. СИНЕРГЕТИЧЕСКИЙ ПОДХОД
В ПРАВОВЕДЕНИИ. ПРОБЛЕМЫ МЕТОДОЛОГИИ
И ОПЫТ ТЕОРЕТИЧЕСКОГО ПРИМЕНЕНИЯ.

М.: Юрлитинформ, 2013. 256 с.

В рецензии на монографию К. В. Шундикова отмечается своевременность разработки и применения синергетического подхода в правоведеии. Оцениваются преимущественные стороны авторской позиции, отражающей особенности адаптации синергетической методологии в правовой науке. Приводятся отдельные дискуссионные суждения по ряду аспектов представленной в книге научной концепции.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: право, методология, юридическая наука, синергетика, эвристический потенциал, правовая жизнь общества.

REVIEW. SHUNDIKOV K. V. SYNERGETIC APPROACH IN JURISPRUDENCE. PROBLEMS OF METHODOLOGY AND THE EXPERIENCE OF THEORETICAL APPLICATION: A MONOGRAPH. M.: YURLITINFORM, 2013. 256 P.

The review of K.V. Shundikov's monograph states the urgency of development and application of the synergetic approach in jurisprudence. It evaluates the advantages of the author's position which reflects the peculiarities of adaptation of the synergetic methodology in legal science. The author of the review makes some controversial statements as regards a number of aspects of the scientific position presented in the book.

KEYWORDS: law, methodology, legal science, synergetics, heuristic potential, legal life of the society.

Правоведение призвано исследовать право во всем его многообразии, выявлять закономерности его бытия, объяснять причины его периодических кризисных состояний и предлагать пути выхода из таковых, а также решать множество иных сопутствующих проблем, связанных с познанием права как сложноорганизованной системы. Вместе с тем, осознавая весь комплекс вопросов, которые возникают в сфере правовых изысканий и составляют предметное поле юриспруденции, правовая наука сталкивается с необходимостью решения другой не менее значимой проблемной задачи: *как и каким образом* проводить научные исследования с тем, чтобы не поверхностно излагать тот или иной познавательный материал, создавая картину права лишь в первом приближении, а проникать в глубины правовой материи, максимально достоверно представляя все опорные точки правовой системы, обнаруживая существующие закономерные связи между всеми ее элементами и пр. И эта эпистемологическая задача оказывается порой не менее сложной, что подтверждается относительно

многочисленными методологическими поисками в современной юридической науке, которые могут проводиться по разным направлениям и на различных научных платформах (от классики до постмодерна), но объединены одной целью — расширение эвристического потенциала правоведения.

Думается, прежде всего из этой мотивации исходит Константин Валентинович Шундигов, предлагая вниманию читателей свою монографию «Синергетический подход в правоведении. Проблемы методологии и опыт теоретического применения», которая посвящена всестороннему рассмотрению в контексте правовой науки теоретико-методологических возможностей *синергетики* как одной из новых познавательных практик, сложившихся в результате развития научного знания. При этом автор, объективно оценивая, скажем так, «стартовый» фон, который сложился в среде правоведов применительно к данной научной парадигме (от имеющих место комплиментарных суждений до отрицания, граничащего с недооценкой и непониманием, или, что не менее примечательно, «скупой иронии»), в духе шекспировского афоризма формулирует достаточно назревший принципиальный вопрос: «Быть или не быть синергетике в правоведении?» (с. 5), на протяжении всей книги последовательно пытаюсь предложить на него утвердительный ответ (не исключающий критической оценки соответствующего эвристического потенциала), выстраивая цепь приводимых доказательств в плоскости методологии и теории юриспруденции.

Рецензируемая работа состоит из предисловия, семи глав (гл. I «Синергетика как наука и метод познания», гл. II «Концепция самоорганизации как методологический ресурс правовой науки», гл. III «Системные социально-правовые явления в свете концепций самоорганизации», гл. IV «Интегрированный объект правоведения в синергетической парадигме», гл. V «Правовая жизнь общества как макросистема», гл. VI «Порядок и нестабильность в правовой жизни общества», гл. VII «Механизм самоорганизации правовой жизни общества»), заключения и библиографического списка.

Грамотно выстраивая стратегию научного исследования, автор в первой главе формирует общее представление о синергетике как форме научного знания, предлагает анализ основополагающих понятий и законов, сформулированных и установленных в рамках данной теоретической конструкции, обрисовывающей феномен самоорганизации сложных системных объектов. Тем самым закладываются основы для более достоверного развертывания основного содержания монографии, связанного с преломлением понятийно-категориального и смыслового аппарата синергетики в предметном поле науки права. Кроме того, это в существенной степени работает и на дополнительную популяризацию синергетического знания в среде правоведов.

Безусловно, ключевой проблемой, которую выявляет книга, является обоснование методологического потенциала синергетики для исследования права как сложноорганизованной системы. Редукция как способ логического анализа правовых явлений допустима и возможна, однако она слабо эффективна при условии введения в рамки обозрения комплекса разнопорядковых и нередко внутренне противоречивых величин, относимых к сфере права. Отсюда, как справедливо отмечается в работе (в частности, с этого начинается вторая ее глава), требуется сосредоточивать первоначальное внимание именно на феномене «*сложности*» изучаемого объекта (права) и соответственно формировать научный подход, способствующий пониманию и объяснению этого свойства права. Только в таком

случае можно ожидать, что будут выработаны наиболее оптимальные схемы формализации и регламентации процессов развития правовой сферы общественной жизни (с. 37). Нельзя не согласиться с высказыванием автора: «Правовая система общества в целом, как и ее отдельные компоненты: правотворческая, правоприменительная и правореализационная практика, правовое сознание, правовые отношения и др., есть, по сути, открытые и нестабильные системы, развитие которых характеризуется элементами конкуренции и кооперации, сочетанием процессов организации и дезорганизации, состояний порядка и неустойчивости. Попытка применения синергетической методологии к познанию сущности системных объектов в правовой сфере представляется в этой связи закономерным и необходимым этапом их исследований» (с. 39–40).

Важным является и замечание автора о том, что синергетический подход способен изменить не столько традиционное представление о формально-структурных характеристиках права (внутренний аспект проблемы), «сколько видение целостной картины его функционирования и взаимодействия в этом процессе с иными факторами социальной среды, обуславливающими в совокупном своем влиянии наличные состояния социально-правового порядка» (с. 41). Таким образом, подчеркивается внешний по отношению к позитивному праву аспект, который, как правило, позиционируется в рамках социологического типа правопознания, и синергетика в этом плане предстает как предпосылка обновления и углубления понимания социальной сущности права.

Мысленно полемизируя со сторонниками одномерного (упрощенного) взгляда на правовую реальность, которая может складываться лишь из положительных, правомерных, правовых явлений, исследователь убедительно говорит, что рассматривать систему правового регулирования таким образом — «значит не понимать его сложной природы и намеренно упрощать гносеологические и методологические задачи правовой науки, ведь целый ряд проблем (в частности, проблему формирования и функционирования права) невозможно ни поставить, ни исследовать, не выходя за рамки “строго правового” поля» (с. 44).

В ряду правовых проблем, которые могут быть рассмотрены с необходимой глубиной и достоверностью именно с позиции синергетического подхода, называются различные динамические (положительные и отрицательные) процессы правовой жизни (стабильность и неустойчивость, кооперация и конкуренция параметров правового порядка; прогресс и регресс, цикличность правового развития; закономерное и случайное в правовой жизни). В рамках такого подхода, по мнению автора, не исключена модернизация «концепции правопорядка», а также создание основы для выработки новой концепции юридического прогнозирования и пр. Все это говорит о тех исследовательских перспективах (вполне осязаемых и востребованных), которые могут сопутствовать движению науки права и которые будут обусловлены применением синергетического подхода.

Конечно, автор не может не замечать и трудности, которые могут быть связаны с апробацией синергетического подхода в правоведении, верно отмечая необходимость избегания какого бы то ни было «некритического переноса» синергетического инструментария в область правовой науки (с. 53). Вместе с тем, думается, не следует допускать излишней «дипломатичности» и соглашаться с мнением, что пока достаточно лишь некой «описательной» стадии применения потенциала синергетики или использования только ее «категориальной матрицы» (с. 53). Как представляется, такое замедленное движение не будет сопровождаться ожидаемым

коэффициентом полезного действия от внедрения синергетического подхода в общетеоретический и методологический каркас правовой науки. Скорее, напротив, сохранение стагнации в этом плане может привести к девальвации данного подхода, размене его потенциала исключительно на внешние (атрибутивные) характеристики тех или иных правовых процессов. Однако этого допускать не стоит, и ресурс синергетики (пока это направление продолжает быть актуальным) целесообразно использовать в полной мере.

Следуя логике последовательного развертывания содержания синергетического подхода в правовой науке, К. В. Шундилов акцентирует внимание и на таком значимом аспекте, как определение методологического статуса синергетики в правовых исследованиях. И здесь также можно отметить некоторую неопределенность позиции. С одной стороны, автор рассматривает синергетику как современный научный подход к оценке и исследованию правовых реалий (что подразумевает вполне определенную методологическую функцию). Но, с другой стороны, прямо пишет: «Синергетическая концепция в целом не является научной методологией и не включается в последнюю в качестве структурного компонента» (с. 56). Складывается некоторое внутреннее логическое противоречие, из которого автор пытается выйти, заняв некую срединную позицию, охарактеризовав синергетику в качестве «научной теории, взятой в методологической функции ее понятий, категорий и закономерностей» (с. 58). (В дальнейшем, правда, автор определяет синергетическую общенаучную теорию и как «специфический метод правовой науки» (с. 60)). Такой взгляд, конечно, допустим, однако методологический статус синергетики в контексте правовой методологии становится довольно сомнительным. Если синергетика не способна «пробить себе дорогу» как новый метод понимания бытия (в статике и динамике), то найдутся ли основания для того, чтобы уверенно использовать этот подход в правоведении? Вопрос, конечно, дискуссионный. Дискуссионным он является и на уровне философии. Так, в частности, М. С. Каган в одной из своих работ, опубликованной в серии изданий издательства «Прогресс-Традиция», специально посвященных синергетической парадигме в науке и искусстве, делает следующий вывод (в некотором смысле сопоставимый с позицией К. В. Шундилова): «...синергетика оказалась сейчас перед альтернативой: либо признать себя частной теорией физико-математического содержания, либо доказать свою претензию на универсальность философского масштаба, подтверждая ее выявлением возрастания сложности эволюционных процессов и извлекая отсюда необходимые методологические следствия — усложнением уже известной ей парадигмы анализа процессов самоорганизации».¹ Действительно, известная паллиативность здесь вряд ли будет иметь успех. В данном случае нужна определенность: если это научный подход или метод (хотя, сам автор склонен отдавать предпочтение понятию «подход» (с. 61)), то как он может работать и каковы научные следствия его применения? (Кстати, заметим, что диалектическая логика (о родственных связях синергетики с которой говорится и в рецензируемой работе (с. 65)) Г. Гегеля в свое время также была воспринята далеко не так однозначно, как сегодня об этом можно думать, однако она создала свой противовес и дополнение

¹ Каган М. С. Синергетическая парадигма — диалектика общего и особенного в методологии познания разных сфер бытия // Синергетическая парадигма. Нелинейное мышление в науке и искусстве. М., 2002. С. 49.

формальной аналитике и приобрела характер универсального подхода; синергетика в этом смысле, думается, может быть рассмотрена как некое дополнение и развитие существующей философской методологии, содержащей в себе и отдельные гносеологические и предполагаемые онтологические компоненты.)

Главы третья, четвертая и пятая посвящены анализу с позиции концепции самоорганизации целого ряда системных объектов, начиная непосредственно с системы позитивного права и развивая логику подхода на примере иных системных социально-правовых явлений конкретного уровня (система законодательства и источников права, правосознание, правовые отношения, правовое поведение), а также системных интегрированных объектов (правовая система общества, юридическая практика (деятельность), правовая жизнь общества). На этом фоне проявляется вполне четкая линия возможной апробации синергетического подхода, с его помощью устанавливаются новые свойства и особенности функционирования соответствующих социально-правовых явлений, что, конечно, не исключает дальнейшего более предметного рассмотрения вышеназванных объектов с позиции синергетического алгоритма.

Особое внимание автор сосредоточивает на рассмотрении с названных позиций правовой жизни общества, которая, согласно гипотезе автора, являет собой некую макросистему. Такое внимание оправданно и обусловлено, во многом, самой новизной категории «правовая жизнь». Думается, что именно в контексте данной категории своего рода «верификация» синергетического подхода может быть наиболее наглядной, поскольку эта категория (вводимая в научный оборот как некая «предельная») охватывает всю гамму правовых явлений (статичных и динамичных, позитивных и негативных, формальных и неформальных и т. д.). В то же время называть ее в полной мере системным явлением (как об этом говорит автор), как представляется, можно с некоторой натяжкой, поскольку за ней скрывается не столько «системный», сколько «комплексный» взгляд на проблему. В том-то и заключается феномен правовой жизни, что она не всегда укладывается в рамки системы; наряду с системными компонентами она может включать в себя и несистемные явления (те, которые выпадают из контекста общих системообразующих связей — правовые отклонения, неопределенность в праве, отчуждение в праве, правовой вакуум, неформальное право и пр.). Хотя следует признать, что мнение автора, расширяющего границы системного подхода, также представляется достаточно убедительным, пусть и не бесспорным.

В шестой и седьмой главах работы, согласно избранной концепции рассмотрения правовой жизни общества в качестве макросистемы, автор довольно успешно преломляет синергетический понятийный и методологический инструментарий и анализирует такие стороны правовой жизни, как «порядок и нестабильность», «механизм самоорганизации». В рамках представленного анализа выявляются интересные и заслуживающие научного внимания аспекты и свойства происходящих в правовой жизни процессов (многофакторная детерминация юридических явлений; конкуренция и кооперация как параметры правового развития; нелинейность, случайность в праве и пр.), что в целом подтверждает плодотворность применения синергетического подхода в правоведении.

Завершая рецензию и краткий обзор основных положений монографии, можно с достаточной уверенностью констатировать, что автор, несмотря на всю сложность и неоднозначность рассматриваемой проблемы, достиг значительных эвристических результатов, сформулировал вполне

весомые научные положения и выводы, ряд из которых сохраняет дискуссионность, но не утрачивает своей ценности в рамках научного контекста общей теории права. Книга написана в хорошем научном стиле, грамотно, обстоятельно и, безусловно, будет полезна читателю, интересующемуся фундаментальными проблемами правовой науки.

Трофимов Василий Владиславович,
доктор юридических наук,
доцент, профессор
Тамбовского государственного университета
им. Г. Р. Державина

Trofimov Vasily Vladislavovich,
doctor of legal sciences, associate professor,
professor of Tambov State University
named after G. R. Derzhavin

E-mail: iptgutv@mail.ru
© Трофимов В. В., 2014