

ТРАДИЦИИ И ИННОВАЦИИ КАК ДВИЖУЩИЕ СИЛЫ РАЗВИТИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ



Вот мы и дожили, дорогие читатели, до 2013 года! Год обещает быть переломным во всех смыслах не только для журнала, но, таково предчувствие, для России и мира. Редакция, однако, не собирается в это непростое время сидеть сложа руки и предполагает продолжить публикацию разнообразных материалов со всего света, помогающих осмыслить развитие современной юридической науки во всем ее многообразии. Основная задача журнала как раз и видится в том, чтобы представлять разные научные позиции, различные научные школы и направления. Одни из них всегда будут отстаивать традиционные, устоявшиеся, освященные веками представления, другие — стремиться внести в науку нечто кардинально

новое, чего не было прежде, но чего требует новое время, новая историческая ситуация. Борьба мнений, столкновение различных теоретических взглядов и есть движущая сила науки. Использование этого банального в эвристическом плане тезиса оправдывается его практическим смыслом в контексте деятельности журнала и объясняет (более того, даже требует) появление в нем статей различной научной и идеологической направленности.

В разделе «Концепция права» публикуются статьи, так или иначе связанные с современным осмыслением догмы права, догматической юриспруденции. В частности, читатели найдут здесь материал В. А. Сапуна и К. В. Шундикова «Инструментальная теория права и человеческая деятельность». Профессор В. А. Сапун занимается разработкой инструментальной теории права на протяжении двух последних десятилетий. Значительное внимание в своих работах уделял этой теме и К. В. Шундиков. Тем интереснее будет читателям ознакомиться с результатами данного исследования, с основными выводами, вытекающими из этого подхода, который авторы относят к «наиболее значимым методологическим средствам, способствующим формированию и развитию основ теории правового регулирования и человеческой деятельности». Журнал уже неоднократно обращался к этой проблематике. Напомним, что в № 6 журнала «Правоведение» за 2011 г. была опубликована статья С. Ю. Филипповой «Инструментальный подход в частном праве», в которой автор прямо противопоставляла свой вариант понимания «инструментализма» в праве подходу В. А. Сапуна и К. В. Шундикова, упрекая их, в частности, в игнорировании связи инструментального подхода с человеческой деятельностью. Уже судя по названию статьи, публикуемой в настоящем номере журнала,

она могла бы рассматриваться как ответ на эту критику и продолжение дискуссии. Но прямых ссылок на публикацию Филипповой обнаружить не удалось. Работа В. А. Сапуна и К. В. Шундикова, несомненно, является одной из наиболее примечательных в обозначенной области. За это ручаются и фамилии ее авторов, хорошо известные в науке.¹ В статье можно найти интересные идеи, в частности, представлена хорошо проработанная классификация правовых явлений, рассмотренных в инструментальном ракурсе. Однако взятые в целом результаты проведенного учеными исследования, на мой взгляд, слегка разочаровывают. Во-первых, сами авторы вопреки сделанной в заголовке статьи заявке пришли к выводу о том, что самой инструментальной теории права на сегодняшний день не существует. «Подобная теория права в качестве целостной, системной, логически непротиворечивой научной концепции пока не сформирована, и наиболее заметным индикатором этого служит недостаточно развитый понятийный аппарат» (с. 20). Во-вторых, не все выдвинутые тезисы нашли в работе свое четкое обоснование. Весьма декларативными в контексте содержания статьи выглядят утверждения о том, что в центре внимания инструментального подхода находятся вопросы ценности права и даже проблематика «смысла и предназначения» права в исторически конкретном социуме (с. 21). Какая ценность и какой смысл права могут быть выявлены в рамках подхода, изначально определяющего право как инструмент? Естественно, только инструментальная ценность. Смысл права с этих позиций — служить средством достижения определенных целей. Как признают сами ученые, «мысль о праве как инструменте — верный спутник юридического позитивизма — хорошо и давно знакома и отечественному правоведению, и западной философии и теории права» (с. 16). Наверное, именно поэтому ничего нового о смысле и ценности права, кроме признания его утилитарного значения, авторам статьи сказать не удалось. Споры нет, подход к праву как к инструменту вполне может использоваться в прикладных целях, заключающихся в практической организации человеческого поведения в сфере права. Это своего рода организационная, техническая сторона права. Представляется, однако, что именно поэтому она должна исследоваться не в рамках самостоятельного, самостоятельного подхода, а как часть интегральной методологии права, предусматривающей взгляд на право не только как на инструмент, но и как на область человеческого духа, определяющую смысловую и ценностно-ориентированную деятельность субъектов. Следовательно, если право и инструмент, то инструмент одухотворенный. Только через такое понимание «инструментализма» можно связать право с человеческой деятельностью, направленной на достижение определенных целей. В рамках рассматриваемого авторского взгляда на инструментальный подход зависимость права от человеческой деятельности не получила какого-либо онтологического или даже прагматического обоснования (наличием такого обоснования выгодно отличается упомянутая выше статья С. Ю. Филипповой). Разумеется, высказанные полемические суждения не претендуют на абсолютную истинность, а лишь призывают к дальнейшему диалогу по этой интересной теоретической проблеме.

Еще одна грань инструментального подхода к праву раскрывается в статье Д. А. Липинского и А. Г. Шишкина «Меры позитивной юридической

¹ См., напр.: Петров К. В., Шундилов К. В. Обзор межвузовской научной конференции «Инструментальная концепция в современной теории права» (к юбилею проф. В. А. Сапуна) // Правоведение. 2012. № 5.

ответственности». Проблема позитивной юридической ответственности уже достаточно давно обсуждается в отечественной юридической науке, но в данной статье акцент сделан на характеристике и классификации мер позитивной юридической ответственности, которые рассматриваются в контексте теории правовых средств и правовых стимулов.

Иную задачу ставит и решает в своей статье «Генеалогия нормативности права: к проблематизации становления континентальной юридической догматики» белорусский ученый В. И. Павлов. Автор, в частности, обосновывает позицию, согласно которой современная юридическая догматика сформировалась под сильным влиянием католицизма и не смогла в полноценном виде войти в восточноевропейскую теорию права, опирающуюся на иную, православную в своей основе культуру. В статье ставится задача переосмысления западноевропейского правового наследия, в том числе догмы права, и формирования «аутентичной правовой культуры». Осуществить свой замысел В. И. Павлов собирается через деконструкцию традиционного субъекта права и разработку нового образа человека в праве на основе постклассической правовой антропологии. Думаю, что замысел ученого как раз и представляет собой попытку соединить традиционные представления о праве с инновационными идеями, характерными для постклассической науки. Остается только с нетерпением ждать реализации этой знаковой программы и ознакомить с ее итогами читателей.

Актуальные проблемы частного права представлены фундаментальной статьей В. А. Белова «Торговые обычаи как источники международного торгового права: содержание и применение». Автор выявляет существование неписаных международных торговых обычаев, которые «продолжают играть значительную роль в правовом регулировании международной торговли», восполняя пробелы в традиционной ее регламентации, а также способствуя уяснению «смысла писаных юридических норм как государственного, так и частного (в том числе договорного) происхождения». Сами торговые обычаи (*lex mercatoria*), по мнению В. А. Белова, представляют собой разновидность правовых норм, являются правом. Это «издавна сложившиеся и непрерывно на протяжении длительного времени применяемые (действующие) в международном торговом обороте юридические (обязательные) нормы, обладающие свойствами общеизвестности, определенности (ясности) и единообразия» (с. 62). Примечателен и вывод автора о том, что данные нормы не только непосредственно регулируют торговые отношения, но и представляют собой материал для частноправовой унификации — «создания актов нового *lex mercatoria*, возвращающих торговому праву его исконный международный характер» (там же). В статье не только описываются такие торговые обычаи, но и дается их классификация, приводятся сложные случаи применения. Причем автор демонстрирует незаурядное знание истории и собственного предмета исследования.

О конституционно-правовой природе федеральных округов в РФ идет речь в статье И. В. Ирхина («О некоторых проблемах институционализации конституционно-правового статуса федеральных округов в Российской Федерации»). Данной статьей открывается раздел «Актуальные вопросы публичного права». Здесь же можно ознакомиться с публикацией И. Я. Козаченко и С. В. Розенко «О совершенствовании правовой регламентации преступлений экстремистской направленности». В статье рассматриваются признаки указанных преступлений, особенности их регламентации в России и за рубежом, обосновываются предложения по совершенствованию российского уголовного законодательства.

Проблемам, связанным с пониманием понятия «предназначение» уголовного судопроизводства и его текстуального выражения, посвящена статья А. А. Давлетова и Н. В. Азарёнка, размещенная в этом же разделе. Авторы, в частности, пытаются обосновать вывод о том, что ст. 6 УПК РФ «Назначение уголовного судопроизводства», заменившая собой прежнюю ст. 2 УПК РСФСР «Задачи уголовного судопроизводства», в существующем виде некорректна и должна быть кардинально переработана. Предлагается авторская формулировка новой статьи УПК РФ под названием «Цель и задачи уголовного судопроизводства». Отметим важность рассматриваемой проблематики, поскольку за, казалось бы, спором о терминах стоит философский вопрос о сути уголовного судопроизводства: служит ли оно борьбе с преступностью или защите личности от преступлений?

В разделе «Сравнительное правоведение» публикуется материал итальянских авторов о специфике правового регулирования производства генномодифицированной сельскохозяйственной продукции в Венгрии. Венгерская система является одной из наиболее строгих в Европе, и знакомство с опытом ее использования имеет особое значение для стран, в которых развивается производство подобной продукции.

Как всегда, читатели найдут в журнале раздел «История правовой мысли». Здесь представлены размышления М. В. Антонова о месте правового учения О. Эрлиха в современной науке и о возможности отнесения австрийского ученого к представителям правового плюрализма. Автор обращает внимание на то, что Эрлих никогда не пытался противопоставить «живое право» законам государства, а понимал право как единое социальное целое, хотя и состоящее из множества социальных порядков. Вывод Антонова заключается в том, что причислять Эрлиха к правовым плюралистам следует с осторожностью, поскольку радикальные представления некоторых из них (прежде всего, англо-американских авторов), связанные с автономизацией правовых порядков и растворением самого права в социальном нормативном регулировании, явно противоречат интенциям самого Эрлиха, который если и может быть причислен к правовым плюралистам, то только в слабом смысле слова. Думается, что позиция Эрлиха не столь однозначна. Как это часто бывает у больших ученых, переживающих творческую эволюцию, результатом ее является отсутствие целостного взгляда на изучаемую проблему. Возможно поэтому и в сочинениях Эрлиха можно найти аргументы и «за», и «против» такой интерпретации. К дискуссионным моментам статьи Антонова можно также отнести понимание им правовой нормы. Судя по тексту, российский автор солидаризируется в этом вопросе с позицией самого Эрлиха, утверждавшего, что возможно существование права без норм. Австрийский правовед, в частности, согласно Антонову, высказывает такую мысль: «Норма права не происходит напрямую от общества, она создается законодателями и юристами. Само по себе общество создает лишь правовой порядок основных социальных институтов: порядки клана, семьи, деревенской общины, владения, договора, наследования. Регламентация этого порядка без норм права в собственном смысле слова дает нам лишь то право, которое может быть найдено в первобытных племенах или на низших ступенях развития цивилизации». Такой взгляд на норму возможен только при отождествлении ее с законом или подобными закону письменными правовыми текстами. Но норма права вовсе не обязательно должна иметь законодательную форму. Если существует, как пишет Эрлих, правовой порядок, определяющий правила договора или наследования, то он не может существовать вне правовой нормативности. Если вступающие в отношения люди знают, что они

должны делать, а что не должны делать при заключении договора, на что они имеют право, а на что нет, если они знают, какие последствия наступят при нарушении данного правила, и воспринимают данный порядок как легитимный, то нет никаких причин не видеть в основании урегулированности этих отношений правовую норму обычая, хотя бы и не закрепленного в законе государства.

В этом же разделе под рубрикой «Петербургская школа философии права» помещена статья польской исследовательницы М. Оссовской «Нравственность и правовые нормы». Работа посвящена критическому анализу предложенного Л. И. Петражицким различия права и нравственности. Автор указывает на трудности, связанные с интерпретацией такого различия. Дело в том, что его подход можно трактовать (Петражицкий давал для этого основания) и в индивидуально-психологическом, и в институциональном смысле. В результате возникают как бы две теории права, связанные с именем Петражицкого: одна теория и есть собственно психологическая теория, другая — теория социопсихическая, основанная на иных методологических и онтологических посылах. Между собой они сочетаются плохо, и М. Оссовская не могла этого не заметить. Перевод ее размышлений предваряет небольшая статья Е. В. Тимошиной, раскрывающая значение Львовско-Варшавской школы философии, к которой принадлежала Оссовская, и отношение данной школы к творчеству Л. Петражицкого. В этом информативном тексте привлекает внимание утверждение автора о том, что основаниями действительности требования² у Петражицкого выступают «отнюдь не индивидуальные психические переживания, а общезначимые правила, из признания которых фактически исходил ученый в своем опыте разграничения морали и права» (с. 187). Представляется, что такое утверждение чересчур категорично. Если бы это действительно было так и Петражицкий при определении права опирался бы исключительно на наличие «общезначимых правил» (норм), то мы потеряли бы в его лице создателя психологической теории права. Если согласиться с тем, что Петражицкий создал разновидность социологической теории или даже синтетическую теорию, то в таком случае психологическая теория права, по крайней мере для российской науки, окажется безвозвратно утерянной. Но есть ли для такого вывода неоспоримые основания? Как быть тогда с интуитивным правом выдающегося правоведа? Куда спрятать знаменитый воображаемый договор умалишенного человека с нечистой силой о продаже собственной души?³ Как быть с другими многочисленными примерами, подтверждающими тот факт, что представления о праве связывались Петражицким именно с индивидуальными эмоциями? Другое дело, что ученому не удалось выдержать эту методологическую линию до конца и волей-неволей пришлось вводить объективные элементы права в свою теорию. Но это говорит скорее о непоследовательности самой психологической теории, чем о ее социопсихологической сущности.

Читателям рубрики будет интересно ознакомиться и с обстоятельствами смерти знаменитого создателя психологической теории права.

² Имеется в виду идея Л. И. Петражицкого о том, что различие между правом и нравственностью заключается в том, что нравственные нормы — это нормы, которые возлагают обязанность без указания кого-либо, уполномоченного требовать предписанных действий, в то время как правовые нормы не просто односторонне обязывают, а предоставляют другим право требования исполнения обязанности.

³ Представление о таком договоре, вызывающее императивно-атрибутивные эмоции в психике больного, признавалось самим Л. Петражицким правом.

Об этом интересно пишет А. А. Мережко (Польша) в эссе, которое так и называется: «Загадка смерти профессора Л. И. Петражицкого». Автор рассматривает ряд гипотез. Согласно одной из них самоубийство Петражицкого было вызвано крахом его «научного рационалистического и позитивистского мировоззрения», что и стало «той последней каплей, которая переполнила чашу его терпения».

Интересующимся историей зарубежного права мы предлагаем две разноплановые статьи. В одной из них Р. Ю. Почекаев анализирует памятник монгольского права XVI в., известный как закон Хутуктай-Сэчена, и дает собственный вариант его перевода («Закон Хутуктай-Сэчена и особенности развития монгольского права на рубеже XVI–XVII вв.»). В другой — Е. Н. Трикоз исследует древнейшую в истории человечества правовую традицию, сложившуюся в Древнем Шумере, на примере кодекса Ур-Наммы («Кодекс Ур-Наммы: особенности шумерской правовой традиции»). Данная статья также характеризуется подробным анализом содержания одного из древнейших памятников права.

Наконец, в разделе *Academia* мы продолжаем представлять читателям лекции по теме «Что есть право?». Напомню, что публикуемые лекции представляют собой часть материалов учебного пособия по философии и теории права, написанного ведущими российскими и украинскими учеными для студентов, которые изучают юриспруденцию, и готовящегося к изданию в Украине. Издание рассчитано на то, чтобы представить основные концептуальные подходы к пониманию права, которые условно можно обозначить как постклассические. Материал книги построен в виде авторских ответов на ряд важнейших вопросов философии и теории права. Один из основных вопросов именно так и был сформулирован: «Что есть право?». В № 6 журнала «Правоведение» за 2012 г. ответ на этот вопрос (пользуясь своим служебным положением) уже дал пишущий эти строки. В настоящем номере возможность обосновать собственную позицию предоставлена другому участнику сборника — известному украинскому ученому С. И. Максимову. В последующих номерах журнала редакция планирует дать слово и другим участникам проекта. С. И. Максимов является сторонником интегрального правопонимания и подчеркивает дуальную природу права, удачное обоснование которой ученый находит у немецкого правоведа Р. Алекси. Замечательная концепция С. И. Максимова, тем не менее, порождает вопросы и наводит на размышления. То, что право представляет собой реальность, т. е. нечто, независимое от субъективных представлений человека, не вызывает возражений. Однако автор лекции этим не удовлетворился и не только выдвинул, но и обосновал тезис, согласно которому особый мир права может быть выражен только через категорию «правовая реальность». Данное положение не представляется бесспорным, несмотря на его апробацию в многочисленных работах Сергея Ивановича. Несет ли в себе эта категория какой-либо новый смысл, отличный от смысла самого права? Я его не увидел. Не случайно, каждый раз, когда у С. И. Максимова речь идет о правовой реальности, можно смело ставить на ее место понятие права в «широком» смысле слова. Правовая реальность подменила реальность права. Точно так же в российской теории права категория «правовая система» поглотила «систему права» и размыла само представление о том, что есть право.

Не случайно «автономные уровни правовой реальности» являются у автора одновременно и «формами бытия права», т. е. правом в прямом смысле слова. К ним ученый относит «мир идей (идея права)», «мир знаковых форм (правовые нормы и законы)», «мир социальных взаимодействий

(правовая жизнь)». Любопытно, что правовые нормы и законы С. И. Максимов относит к миру знаковых форм. Но если правовые нормы и законы есть знаки, то чем они отличаются друг от друга? Однако дальнейшее изложение концепции ученого дает все основания отказаться от мысли о том, что мир идей (идея права) является формой его бытия. Как поясняет автор, эти идеи, знаковые формы и социальные взаимодействия «представляют собой уровни становления права, которые выражаются в разворачивании концепции правовой реальности от абстрактных ко все более конкретным определениям». Оказывается, идея права обладает лишь «потенциальной действительностью», а право в собственном смысле слова возникает лишь в процессе правотворчества, под которым очевидно понимается официальная деятельность государства, в том числе судебных органов. Чем же тогда право по Максимова отличается от традиционных статистических вариантов? Автор отвечает на это следующим образом: «Подлинной реальностью права оказывается не столько жесткий механизм властного принуждения, сколько тонкая паутина особых ментальных состояний — правовых смыслов. основополагающими правовыми смыслами (установками правосознания) выступают фундаментальная обязанность уважать чужое право и дополняющая ее обязанность отстаивать собственное право...». Получается, что право в качестве своих отличительных признаков от нравственности имеет две обязанности — обязанность уважать чужое право и обязанность отстаивать собственное право. Но действительно ли эти две обязанности способны выступать отличительными признаками права? Сомнения вызваны, прежде всего, тем обстоятельством, что из обязанностей как таковых и состоит собственно нравственность. Поэтому утверждать, что право отличается от нравственности наличием субъективно переживаемых обязанностей, некорректно. Однако автор имеет в виду, что указанные им обязанности представляют собой хоть и тонкую, но «паутину правовых смыслов». В чем же заключается правовой смысл обязанности уважать чужое право? Есть основания полагать, что уважение как внутреннее ценностное отношение человека к чужому-либо внешнему является не правовой, а моральной (нравственной) категорией. Допустим, некто не уважает чужое право, даже презирает его и негодует по поводу его существования. Но при этом он признает правомерность соответствующего притязания и необходимость совершить определенные действия в интересах управомоченного. Можно ли утверждать, что в данном конкретном случае отсутствия уважения к праву со стороны определенного субъекта аннулирует и само право? Думается, что нет. Еще меньше оснований видеть правовой смысл в обязанности отстаивать собственное право. Юридически такой обязанности нет. Каждый или сам решает вопрос о необходимости отстаивать собственное право в случае нарушения (сфера частного права), или за него решает государство (в сфере публичного права). Кредитор не обязан подавать в суд на заемщика, если тот не вернул вовремя долг. Да и с точки зрения морали такая абсолютизация обязанности сомнительна (иногда прощение долга и будет являться нравственной обязанностью). Но уж если эта обязанность есть, она есть как обязанность нравственная, а не правовая. Именно поэтому реальное право вполне может обходиться и без нее. Если это так, то предложенные критерии для отличия права от нравственности не работают, и ответ на вопрос, что есть право, остается без ответа.

Не меньше сомнений вызывает признание смыслового уровня правовой реальности естественным правом. С. И. Максимов как бы не замечает, что понятие права, которое было сформулировано им ранее, не предполагает его (права) бытие на уровне идей, смыслов в отрыве от знаковой

формы и социального взаимодействия. Если мы что-то называем правом, то независимо от того, позитивное это право, естественное или социальное, оно должно обладать неким общим набором признаков, хотя бы для того, чтобы была возможность отличать право от других явлений, например, нравственности. Автор же полагает, что одних только представлений о том, каким должно быть идеальное право, достаточно для того, чтобы эти представления превратились в право. Если же под естественным правом понимать требование справедливости (что в дальнейшем и делает автор), то тем более непонятно, как справедливость может отождествляться с правом.⁴ Не спасают здесь и ссылки на дуальную природу права по Р. Алекси. Дуальность как единство идеального и реального в праве (двусоставность права) отнюдь не то же самое, что «единство» естественного и позитивного права, которое всегда, по сути (если это не метафоры), представляет собой дуализм. Таким образом, очень интересное представление права С. И. Максимовым нуждается, по-видимому, в каких-то корректировках, уточнениях и пояснениях своих основополагающих связей. Связь права со справедливостью, с ценностями вообще следует не постулировать, а объяснять. Для этого, как думается, необходимо выявлять имманентные самому праву элементы, которые и позволяют говорить о праве как о «внутреннем» проекте, как о системе взаимодействия, связывающей субъектов некими идеальными и в то же время прагматическими началами. Здесь не обойтись без подхода к праву как к феномену коммуникации (данный пассаж можно рассматривать как своего рода взмах мулетой в предвкушении будущих теоретических коррид).

Читатели также найдут в номере обзор материалов конференции, посвященной формированию в российской правовой системе института конституционно-правовой ответственности, и рецензии на актуальные юридические издания. Надеемся, что чтение журнала никого не оставит равнодушным. Ждем ваших откликов и предложений!

А. В. Поляков

⁴ Уже в начале XX в. П. И. Новгородцев открыто признал, что нравственные требования к позитивному праву сами правом не являются и название естественного права сохраняется за ними лишь по инерции словоупотребления. Представляется, что прошедшие с тех времен сто лет — достаточный срок, чтобы осмыслить сказанное и не повторять чужих ошибок.