

НАУКА НА СЛУЖБЕ У ПРИНЦИПА ЗАКОННОСТИ:
КРИТИЧЕСКАЯ ЗАЩИТА КОНЦЕПЦИИ
ЮРИДИЧЕСКОЙ ДОГМАТИКИ ЛЬВА ПЕТРАЖИЦКОГО*

Э. ФИТТИПАЛЬДИ**



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

Петражицкий приписывает догматике права функцию и задачу. Ее функция состоит в том, чтобы способствовать унификации права, в то время как ее задача — способствовать реализации идеала *правового государства (Rechtsstaat)*. Поскольку эти две цели не всегда совместимы, автор концентрируется на задаче законности и показывает, что Петражицкий разработал догматику права более чистую, чем догматика Г. Кельзена. В статье также показывается, что чистота юридической догматики Петражицкого, по крайней мере в некоторых случаях, ведет к ее собственной практической невозможности. Вместе с тем автор полагает, что предложение Петражицкого рассматривать догматику права в качестве субъективно-относительной, а не объективно-когнитивной науки при последовательном развитии может обеспечить решение этой проблемы. Юридическая догматика должна быть полностью субъективирована. В этом случае роль догматов будут играть, скорее, аксиомы, которые юрист-догматик выбирает для своей деятельности, а не определенная совокупность нормативных фактов, как предполагали

и Л. Петражицкий, и Е. Ланде. Такие аксиомы могут быть содержательными, например, это могут быть ценности самого догматика, или формальными, такими, как определенные нормативные факты или определенные аксиомы о том, как нормативные факты должны «создаваться» или «признаваться». В этом отношении юридическая догматика Петражицкого нуждается в кельзеновском термине

* Статья представляет собой расширенный текст доклада на Международной научной конференции «Санкт-Петербургская школа философии права и современная юриспруденция» (юридический факультет СПбГУ, Санкт-Петербург, 26 октября 2013 г.). Перевод с английского языка Е. В. Тимошиной (timochina@yandex.ru), А. А. Краевского (a.krajewski@yandex.ru), Д. Е. Тонкова (d.tonkov@yandex.ru).

Я благодарю *Лоренцо Пассерини* и *Елену Тимошину*, также выступившую переводчиком этого текста на русский язык, за их комментарии, которые помогли мне усовершенствовать текст и прояснить мои собственные идеи.

** 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, 2013

© Тимошина Е. В., Краевский А. А., Тонков Д. Е., перевод на русский язык, 2013

Grundnorm, понимаемом как выбор определенных аксиом со стороны Субъекта (т. е. самого догматика). Автор также отмечает, что последние работы Петражицкого, по-видимому, предполагают, что утверждения юридической догматики, несмотря на свою ложность, могут оцениваться с точки зрения их корректности или некорректности (понимаемых в чисто эпистемологическом смысле). Таким образом, по мнению автора статьи, концепция Петражицкого должна быть дополнена различием, которое Оливекрона проводил между истиной и корректностью.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: правовое государство, юридическая догматика, Л. И. Петражицкий, Г. Кельзен, К. Оливекрона.

FITTIPALDI E. LEON PETRAŽYCKI'S CONCEPTION OF LEGAL DOGMATICS AS A SCIENCE AT THE SERVICE OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY: A CRITICAL DEFENSE
 Petrażycki ascribed to legal dogmatics a function and a task. Its function is to contribute to the unification of law while its task is to contribute to the realization of the ideal of the *Rechtsstaat*. Since these two goals are not always compatible, Fittipaldi focuses on the legality task and shows that Petrażycki devised a legal dogmatics that is purer than that of Hans Kelsen. Fittipaldi also shows that the pureness of Petrażycki's legal dogmatics would lead, at least in some cases, to its practical impossibility. However, Fittipaldi believes that the proposal of Petrażycki to conceive legal dogmatics as a subjective-relational science, rather than an objective-cognitive one, if consistently developed, may provide a solution to this problem. Legal dogmatics should be completely subjectivized. In this case, the role of dogmata should be played, not by a certain set of normative facts, as both Petrażycki and Jerzy Lande believed, but rather by the axioms that the legal dogmatist chooses for his activity. These axioms may be substantive ones, such as some values of the dogmatist himself, or formal ones, such as certain normative facts or certain axioms concerning the way normative facts should be "produced" or "recognized". In this regard, Petrażycki's conception of legal dogmatics requires Kelsen's concept of *Grundnorm* understood as choice of certain axioms on the part of the Subject (i.e. the dogmatist). Fittipaldi also notes that Petrażycki's last writings seem to imply that the statements produced by legal dogmatics, despite their being false, can be evaluated in terms of their correctness or incorrectness (in a purely epistemological sense). Thus, according to Fittipaldi, Petrażycki's conception should also be completed by the distinction made by Olivecrona between truth and correctness.

KEYWORDS: *Rechtsstaat*, legal dogmatics, Leon Petrażycki, Hans Kelsen, Karl Olivecrona.

«[В] тех случа[ях], когда закон обладает поразительными и резкими правно-политическими недостатками, то задача юриспруденции состоит вовсе не в том, чтобы пролагать пути неисполнения, обхода или частного нарушения неудачного закона из-за оппортунистических целей и этим подкапывать принцип легальности [...], но, напротив, она должна констатировать действительный смысл хотя бы весьма неудачного закона, требовать его применения, пока он не отменен, и этим косвенно призывать и побуждать законодательство к исполнению его долга».

[Петражицкий 1897с: 428 и сл.]

§ 1. ДОГМАТИКА ПРАВА И ОФИЦИАЛЬНОЕ ПРАВО: ДВА НЕКОРРЕЛИРУЮЩИХ ПОНЯТИЯ

В данной работе я представляю некоторые аспекты концепции юридической догматики Льва Петражицкого и предложу ее критическую за-

читу, — т. е., защищая эту концепцию, я буду критиковать некоторые ее детали с внутренней точки зрения сторонника петражицианства. При этом я также учиму во внимание идеи Ежи Ланде как одного из наиболее предроданных учеников Петражицкого.¹

Петражицкий (1909–10: 648) выделял пять различных наук, изучающих правовые явления: 1) общая теория права, 2) описательное правоведение, 3) история права, 4) политика права и 5) догматика права, также называемая им — с целью отделить ее от общей теории права — «юриспруденцией в тесном смысле».

Петражицкий посвятил знаменитые страницы политике права (1895: 437 ss. и 1913). Вместе с тем у нас немного сведений о том, каково было понимание им описательного правоведения и истории права. Мы знаем лишь то, что он противопоставлял их теории права в том смысле, что они не дают знания о классах (тогда как теория права дает такое знание и поэтому мы могли бы назвать ее *номологической* наукой). В его *Nowe podstawy* (1939†a: 110 и *passim*, 1939†a*: 854 и *passim*) мы можем прочитать, что Петражицкий даже выделял — в зависимости от того, существует ли исследуемое, существовало или будет существовать — три вида неклассовых (*nieklasowe*) теоретических наук, имеющих дело с правовыми явлениями, а именно описательное правоведение, историю права и правовые прогнозы. Отсюда следует, что согласно позднему Петражицкому общее число наук, занимающихся изучением правовых явлений, равно шести:²

- 1) общая теория права,
- 2) описательное правоведение,
- 3) история права,
- 4) правовые прогнозы,
- 5) политика права и
- 6) догматика права.

Если историю права Петражицкого, возможно, следует понимать более или менее в том смысле, в каком термин «история права» понимался раньше и до сих пор обычно понимается, то описательное правоведение Петражицкого, вероятно, является чем-то средним между социологией права³ и концепцией сравнительного правоведения Р. Сакко (Sacco 1991, 1992) как науки, которая стремится описать правовые явления, не предлагая при этом каких-либо рекомендаций, способствующих решению

¹ Стоит упомянуть, что Е. Ланде окончил Санкт-Петербургский университет в 1910 г. (см. Wróblewski 1959: 6).

² Против временного критерия для выделения различных видов неклассовых юридико-теоретических наук Е. Ланде возражал, что Петражицкий не давал никакого повода для его принятия (1948: 736). Таким образом, Ланде предложил отделить описательные юридические науки от исторических в зависимости от исследуемого предмета, рассматриваемого соответственно в статической или динамической (т. е. процессуальной) перспективе. Но он был не всегда последователен в таком употреблении (см., напр., второй блок цитирования Ланде в этом параграфе). Я думаю, что довод в пользу данного разделения может состоять в том, что историческим наукам, если они призваны сохранять корреспондентную теорию истины, необходима дальнейшая метафизическая гипотеза *исторического реализма* (см. об этом ниже в данном параграфе).

³ Следует, однако, вспомнить, что Петражицкий отрицал саму идею социологии права, так как в ее основе лежит непонимание природы социологии (1939†a: 104, 1939†a*: 848).

практических вопросов.⁴ Наконец, в связи с правовыми прогнозами мы не можем не вспомнить заявление О. У. Холмса (как и других американских реалистов), что юриспруденция⁵ «не представляет собой ничего более претенциозного», чем «предсказания того, как фактически будут действовать суды» (1897: 461). Если очевидна абсурдность сведения юридического знания *исключительно* к предсказаниям, то их роль в знании не может быть принижена. Достаточно представить, как полезно было бы для индивида получить от своего юридического консультанта четкую вероятностную оценку возможного исхода судебного процесса, чтобы у него была возможность решить, стоит его инициировать или нет.⁶

Как бы то ни было, очевидно, что, с точки зрения Петражицкого, история права, описательное правоведение и правовые предсказания должны иметь дело с любым видом правового опыта, включая правовой опыт таких индивидуализируемых в пространстве и времени субъектов, как преступники, дети и сумасшедшие (например, Kurczewski 1986, см. также Sacco 1992: 147).

В данной работе я обращусь, главным образом, к теории права, истории права и описательному правоведению, используя для их обозначения выражение *теоретические правовые науки* без указания «в широком смысле», в отличие от того, как это делал Петражицкий (1939†а: 111, 1939†а*: 854).

Сопоставим теоретические правовые науки с юридической догматикой.⁷ Первое различие между ними заключается в том, что, согласно Петражицкому (по меньшей мере, его позиции, выраженной в «Теории права и государства»), догматика права связана исключительно с *официальным*, или *государственным*, правом,⁸ тогда как теоретические правовые науки связаны со *всеми видами права*, включая детское право, право преступных организаций *etc.*

Наличие связи юридической догматики Петражицкого исключительно с официальными нормативными фактами утверждал, например, Печеник (Peczenik 1969: 142). Действительно, в некоторых местах «Теории права» Петражицкий как будто бы исходит из того, что догматика права может быть связана исключительно с официальным правом (например, 1909–1910: 559). Хотя в других местах он говорит о *догматике официального права* таким образом (например, 1909–1910: 560), что читатель может

⁴ Как это определяет Сакко (1992: 49, сн. 4), — намекая на *nemo iudex in re sua* и *nemo propheta in patria*, — «компаративист [...] плохой судья на чужой земле». Стоит упомянуть, что Сакко применял этот метод, даже когда исследовал свое собственное (т. е. итальянское) право в специально посвященных ему работах.

Также следует упомянуть, что идея Сакко о *правовой форманте* (1991) имеет сходство с идеей Петражицкого о нормативном факте.

⁵ На самом деле Холмс использует термин *law*, но на с. 457: «Основные права и обязанности, которыми юриспруденция [*jurisprudence*] себя занимает [...] — не более чем предсказания».

⁶ Вполне возможно, что Петражицкий под *правовыми прогнозами* понимал более общие предсказания, касающиеся эволюции права в определенных обществах.

⁷ Нет нужды сопоставлять их с правовой политикой. На эту тему см.: Lande 1948.

⁸ Петражицкий использовал термин *официальный* как синоним термина *государственный* (1909–1910: 212). В частности, он определял *официальное право* как «право, подлежащее применению и поддержке со стороны представительной государственной власти, по долгу их общественного служения» (1909–1910: 221). Нет причины обсуждать здесь понятие *государства* у Петражицкого, так как я буду утверждать, что его понятие юридической догматики независимо от его понятия государства.

задаться вопросом: нельзя ли придумать виды юридической догматики для видов права, отличных от государственного права?

Я не знаю, действительно ли Петражицкий в «Теории права» придерживался мнения, что *догматика* может быть связана исключительно с официальным правом. Даже если это так, то, тем не менее, я думаю, что он позже изменил свое мнение и что это было правильным решением.

В подтверждение этого я могу привести два аргумента.

Во-первых, в таблицах в конце *Nowe podstawy* Петражицкого (1939гг: 111, 1939гг*: 854) мы можем увидеть, что он различал *практические правовые науки (nauki prawne praktyczne)* следующим образом:

- 1) телеологические правовые науки — политика права,
- 2) нормативные правовые науки — нормативная юриспруденция (*prawoznawstwo normatywne*).

Последние он разделил таким образом:

2. 1) *dogmatyki prawa* (догматики права — во множественном числе),
2. 2) *intuicyne nauki prawne* (интуитивные правовые науки).

Отсюда следует, что юридико-догматические науки отличаются от интуитивных правовых наук своей связью с нормативными фактами без каких-либо ограничений — никаких замечаний по поводу *официальных* нормативных фактов не делается.⁹

Второй аргумент может быть представлен цитированием следующего выступления, сделанного Е. Ланде в *Narady nad teorią prawa*, состоявшихся в Варшаве в 1924 г.¹⁰

«W dziedzinie prawa jedyną naukę normatywaną [...] stanowi dogmatyka prawa oficjalnie obowiązującego prawa, wytwarzanego lub otaczanego opieką przez państwo i organizacje nadpaństwowe. [...] Jeśli chodzi o jej wartość naukową [...], to stwierdzić należy, że wartość taką samą miałyby dogmatyka każdego prawa pozytywnego poza oficjalnem, np. dogmatyka prawa bandy złodziejskiej, prawa dziecinnego, warjackiego i t.p. Ze stanowiska krytyki poznania zdanie: "podług artykułu A konstytucji K prezydent Rzeczypospolitej na prawo P" — ma taki sam walor jak zdanie: "podług manifestu warjata W tenże ma prawo dziedziczne do panowania na księżycu" — o ile zdania te jednakowo poprawnie oparte są na odpowiednich "źródłach". [...] [W] szelka dogmatyka jest oparta na faktach normatywnych, czyli t. zw. źródłach». [Lande 1925a: 70]

«В области права единственной нормативной наукой [...] является догматика официального действующего права, созданного или взятого под опеку государством или надгосударственными организациями. [...] Если речь идет о научном значении [...], то необходимо констатировать, что догматика любого позитивного права вне официального права, такая, как догматика права банды преступников, детского права, права сумасшедших и т. п., имела бы одинаковое значение. С точки зрения критики познания

⁹ Небольшая сложность состоит в том, что некоторые государственные нормативные факты могут уполномочить официальных лиц полагаться на свои собственные интуитивные правовые убеждения в конкретных областях. Я думаю, что предложение, которое я сделал в последнем разделе данной работы, также предоставит решение этой проблемы.

¹⁰ Мы знаем, что Ланде обсуждал свои взгляды с Петражицким (см., напр., 1948: 826).

утверждение “в соответствии со статьей А конституции К, президент республики имеет право П” имеет то же значение, что и утверждение “в соответствии с манифестом сумасшедшего М, этот сумасшедший имеет наследственное право управлять на Луне”. Это так, потому что эти утверждения одинаково корректно основаны на соответствующих “источниках”. [...] [К]аждая догматика основана на нормативных фактах, так называемых источниках».

Согласно Ланде, тот факт, что в области права существует только догматика государственного права и права надгосударственных организаций (он не упомянул церковное право), является всего лишь *социоисторическим побочным продуктом* конфликтопорождающей природы правовых явлений и унифицирующих тенденций права (см. Lande 1933: 661). Едва ли необходимо подчеркивать, что эти утверждения Ланде являются естественным развитием основных принципов концепции права Петражицкого (см. 1909–10: 172 и сл.).

Стоит отметить, что, согласно Ланде и Петражицкому, юридико-догматические утверждения не могут быть истинными или ложными, т. е. — если использовать немецкий термин, — они не являются *wahrheitsfähig* («способными к истинности» и, соответственно, к ложности) (см. Lande 1948: 828 и Petrażycki 1939†a: 36, 1939†a*: 796, где они относятся это ко всем практическим утверждениям). Вместе с тем Ланде обращает внимание, что юридико-догматические утверждения, несмотря на то что они не могут быть истинными или ложными, тем не менее допускают *uzasadnienie* («обоснование»), т. е. — если использовать другой немецкий термин — являются *begründungsfähig* («способными к обоснованию»).

Позвольте процитировать отрывок, где можно обнаружить это мнение:

«Obowiązywanie norm pozytywnych (“w myśl fakty normatywne-go F powinno się P”) *uzasadniemy* [¹¹] (курсив мой. — Э. Ф.) przez koniunkcje dwóch zdań teoretycznych [w szerokim sensie!]: historycznego, że fakt ten zaszedł, i opisowego, że fakt ten zawiera dany przepis». [Lande 1948: 828]

«Мы *обосновываем* обязательность позитивных норм [¹¹] (“в соответствии с нормативным фактом F, P обязательно”) путем объединения двух теоретических утверждений [в широком смысле!]: исторического, гласящего, что факт имел место, и описательного, гласящего, что факт содержит данное предписание».

Это очевидное развитие утверждения Петражицкого о том, что одной из задач юридической догматики является *критика*, т. е. «установление существования и состава нормативных фактов» (1909–1910: 226) — при условии, что под существованием мы понимаем (как это делаю я) также *историческое существование*.

¹¹ На самом деле не вполне ясно, использует ли здесь Ланде термин *norma* в смысле суждения, его содержания (как это делал Петражицкий, несмотря на то что часто был терминологически непоследователен), или в смысле предложения. То, о чем Ланде говорит здесь, можно в некотором отношении сравнить с *Aussagen über die Geltung von Normen* («утверждениями, касающимися обязывающей силы норм») Г. Кельзена (см. 1965: 1491 и 1979†: 203). Вписывая все эти проблемы в строгую петражицкианскую перспективу, я уже отмечал в другом месте, что догматика права составлена исключительно из *Sollsätze* (2013a, см. также 2013b).

Надо заметить, что вследствие символической природы нормативных фактов (Kurczewski 1977: 103) описательное утверждение, о котором говорит Ланде, должно быть понято как семантико-эмпирическое.

Обратим также внимание на то, что из высказываний Ланде следует, что юридико-догматические утверждения, которые не могут быть истинными или ложными в смысле теории корреспонденции, могут, тем не менее, быть разделены на *обоснованные* (*uzasadnione*) и *необоснованные* (*nieuzasadnione*), в зависимости от того, могут ли они быть выведены из нормативных фактов или нет.¹²

Следует упомянуть здесь и о том, что, согласно Ланде, догматические науки возможны не только в области права и морали, но также в таких областях, как эстетика и язык. Что касается языка, то Ланде убедительно показал, что нормативная грамматика, в отличие от описательной грамматики, должна пониматься как вид догматики с ее собственными нормативными фактами (см. Lande 1933: 658 и сл.).

Но позвольте вернуться к Петражицкому и спросить, что является юридической догматикой с его точки зрения. Насколько мне известно, Петражицкий нигде не дает ее точного определения. В некоторых работах он характеризует ее, указывая на ее задачи и функции.

Что касается задачи, прочитаем следующий пассаж:

«В чем состоит задача юриспруденции? По нашему убеждению, задача юриспруденции состоит в хранении и содействии осуществлению [...] принципа правового государства, принципа легальности и всего того, что из него следует». [1897b: 375]

Петражицкий добавляет, что

«[п]оскольку юриспруденция сознает или по крайней мере инстинктивно осуществляет эту свою задачу, она является великою и благою культурною силою, стражем и хранителем той *magna charta libertatum* и других благ, которые скрываются в принципе законности, поскольку же она своими действиями или упущениями нарушает эту задачу, она является не только бесполезною дисциплиною, но и наносит прямой вред, вносит в культуру яд разложения». [1897b: 375 и сл.]

Уместен вопрос, действительно ли принцип законности всегда способствует свободам людей? Это *часто* так — даже в нелиберальных государствах¹³ — но *не всегда* так. Достаточно вспомнить о законах трех преступлений (*three strikes laws*) в США.

¹² Я детально разработал эту идею в *Fittipaldi 2013a*. Там я предпочел использовать терминологию Оливекроны (1971), который говорит, что утверждения догматики права не могут быть истинными или ложными, но могут быть правильными или неправильными. Кроме *правильности* (*correctness*) и *неправильности* (*incorrectness*), я ввел также возможность существования *без-правильности* (*non-correctness*).

Мое мнение состоит в том, что в петражицкианской перспективе мы обязаны поддерживать позицию, что юридико-догматические утверждения не только не могут быть истинными или ложными, но, скорее, являются *совершенно ложными*, так как они сообщают ложную информацию (Петражицкий использовал бы термин *позиция*) о той сфере существования (см. 1908: § 2 и 1939†a: 18, сн. 18, и 36, 1939†a*: 783, сн. 13, и 796), к которой они относятся (см. также ниже сн. 33).

¹³ Невозможно не вспомнить в связи с этим о множестве ссылок на *нарушения социалистической законности*, сделанных Хрущевым в его знаменитой секретной речи на XX съезде Коммунистической партии Советского Союза 25 февраля 1956 г.

Петражицкий говорит о задаче, а не о функции, возможно, потому, что он полагал, что очень часто юристы-догматики по ряду причин склонны отступать от нее. Такими причинами, помимо прочих, могут быть — это мое личное убеждение — интуитивные этические убеждения догматиков.

По моему мнению, другой возможной причиной такого отступления может быть функция, которую Петражицкий приписывает догматике права в своей «Теории права»:

«[М]ы можем объединить все [...] работы юриспруденции под одним общим именем — унификации нормативных фактов.

К возможно большей унификации нормативных фактов способствует уже само развитие позитивного права. В частности, законодательство, в особенности новейшее законодательство, стремится предусмотреть разные возможные сомнения относительно того, какие нормативные факты в каких случаях должны иметь решающее значение, и установить для этого правила решения. Функция юриспруденции состоит в заполнении подлежащих пробелов, в нахождении решений для не решенных законом вопросов и т. д., вообще в дополнении и усовершенствовании продуктов соответствующей унификационной тенденции позитивно-официального права». [1909–1910: 226 и сл.]

Согласно Петражицкому, предполагается, что унифицирующая функция покрывает также задачу законности, особенно, когда дело доходит до критики, т. е. — повторяюсь — до установления, существует ли или существовал определенный нормативный факт,¹⁴ а также имели ли место некоторые дополнительные обстоятельства (если требуется).¹⁵

Это так, потому что Петражицкий, по-видимому, усвоил некий вид критического реализма (я использую термин Külpre 1923) и таким образом допустил, что существует только одна реальность, которая одинакова для всех, и этой одинаковостью характеризуются также прошедшие события (что я называю *историческим реализмом*). Следовательно, если догматика права устанавливает современное или историческое существование или несуществование определенных нормативных фактов, то она таким образом уменьшает вероятность конфликтов, вызванных расхождениями в допущениях, касающихся существования этих нормативных фактов.

Но иногда стремление к унификации может превосходить принцип законности — *über das Gesetz hinaus*. Я приведу пример ниже (касающийся психологической обязательности «Свода законов Российской Империи»). Поэтому я считаю, что задача законности должна быть отделена от функции унификации.

Я думаю, что если бы Петражицкий рассмотрел этот вопрос, то он бы подчеркнул, что функция унификации должна быть исполнена исключительно в рамках «клетки» задачи законности. Это означает, что функция

¹⁴ В действительности, более точным будет сказать, что критика состоит в установлении, является ли соответствующий нормативный факт, понимаемый как представление, истинным (ср. ниже сн. 27).

¹⁵ Эти дополнительные обстоятельства следует более точно называть *ананкастическими условиями действительности*. Они влияют на *экстенционал* некоторого нормативного факта, не оказывая при этом влияния на его *интенционал*; при этом под *интенционалом* я имею в виду его прототип из когнитивной лингвистики. Это моя личная разработка, проистекающая из нескольких работ А. G. Conte (напр., 1997), я попытался включить ее в петражицкианство в другом месте (2012b). Здесь я не могу вдаваться в детали.

унификации, если она исполнена должным образом, способствует дальнейшему уменьшению возможных альтернатив в пределах принципа законности (см. 1909–1910: 231 и сл.).¹⁶ В данной работе я остановлюсь исключительно на задаче законности.

§ 2. ДОГМАТИКА ПРАВА И ПРИНЦИП ЗАКОННОСТИ

Насколько мне известно, Петражицкий не исследовал задачу законности систематически. Однако упоминания об этой задаче могут быть найдены не только в его ранних работах, но также и в «Теории права». Что же касается Ланде, насколько я знаю, он нигде не затрагивал этот вопрос — его замечания касались исключительно, хотя и в значительной степени, функции унификации.

Чтобы внести ясность в понимание поздним Петражицким задачи законности, я позволю обсудить несколько посвященных этому отрывков из его «Теории права».

Мы уже установили, что, согласно Петражицкому, как и согласно Ланде, догматика права связана с нормативными фактами.

В выделяемых Петражицким *теоретических правовых науках* единственно значимой является *психологическая обязательность*¹⁷ нормативных фактов. Другими словами, в юридико-теоретической перспективе единственное, что существенно, так это (1) является ли реалистическое *представление*¹⁸ конкретного нормативного факта действительной причиной нормативного убеждения какого-либо человека и (2) действительно ли его содержание, *представляемое*, переживается этим человеком как основание для его собственного убеждения.¹⁹ В *юридико-теоретической*

¹⁶ Согласно Петражицкому, например, «[е]сли бы дело шло об объективно-историческом изучении того, что содержится в законах и т. д., то юриспруденции пришлось бы в весьма многих случаях констатировать наличие [...] множества двусмысленных, могущих быть с равной вероятностью раз но понимаемых выражений» (1909–1910: 231 и сл.). Это один из многих случаев, когда взгляды Петражицкого и Кельзена (напр., 1960: 353) совершенно расходятся. Петражицкий противопоставляет подходу юридико-теоретических наук подход юридической догматики. Первый должен просто установить все возможные значения, тогда как второй должен стремиться к единообразию. Согласно Кельзену, напротив, второй подход также должен ограничить себя установлением возможных значений — *die möglichen Bedeutungen* — некоторых законодательных изречений. В данной статье я не могу более обстоятельно обсуждать эту проблему.

¹⁷ Я буду использовать *обязательность* как технический термин, синоним с *находящийся в силе*. К сожалению, Петражицкий (что было ему свойственно) вместо использования одного термина употреблял несколько, напр.: *нормативное значение, действие, престиж, авторитет, эмоциональная сила* etc.

¹⁸ Определение Петражицким реалистического (*realistyczny*) представления см.: 1939†а: 26, 1939†а*: 789. Это представления (*wyobrażenia* или *przedstawienia*), которые связаны с *świadomość realności* — «верой в реальность» (я не использую в данном случае термин «сознание» как ошибочно передающий идею Петражицкого о том, что *wyobrażenia* Субъекта необходимо истинно). Насколько я знаю, в своих русских работах Петражицкий нигде не использовал прилагательное, соответствующее польскому *realistyczny*. Однако *идею* реалистического представления можно также проследить в «Теории права» (см., напр.: 1909–1910: 520), где Петражицкий пишет: «...представление [...] факта как реального события».

¹⁹ Это моя реконструкция. Петражицкий не отделяет четко аспект (1) от аспекта (2). Для индивида основанием некоторого этического убеждения является не само по себе переживание представления, но, скорее, вера индивида в то, что содержание

перспективе не имеет значения, был ли соответствующий нормативный

представления (представляемое) соответствует некоей внешней реальности, такой, как знаки в тексте или поведение определенной совокупности лиц.

Равнозначно ли убеждение какого-либо человека, что истинность его представления является основанием некоторых из его этических убеждений, тому, что данное представление действительно является причиной этического убеждения? Совпадают ли в этом случае основание и причина (Петражицкий небрежно использует такие термины, как *ссылаться или определять*)?

Я не уверен.

Представим мусульманина, который (неверно) основывает свое этическое убеждение в том, что женщины должны подвергаться увечью гениталий, на вере, что Коран это предписывает. Представьте также, что этот мусульманин после изучения арабского языка и полного прочтения Корана не найдет отрывка, где предписывается нечто подобное, однако, несмотря на это, он сохранит свое этическое убеждение. Я думаю, в таком случае может быть заявлено, что Коран для этого человека был основанием беспричинной связи — *исключительно обосновывающим нормативным фактом*.

Кроме того, можно спросить, возможно ли существование *исключительно причиняющих нормативных фактов* (причинной связи без основания). Я думаю, это также возможно. Представление убоя скота способно вызвать у человека интуитивное этическое убеждение, что нельзя убивать животных, без того, чтобы содержание этого представления переживалось индивидом как основание для данного этического убеждения.

Следующая сложная проблема относительно нормативных фактов не должна быть опущена в данной сноске.

В чем отличие нормативного факта и гипотезы некоего гипотетического этического убеждения? Представьте какое-либо этическое убеждение, например: «Дети должны слушаться своих родителей». Это этическое убеждение может быть истолковано как категорическое этическое убеждение, учреждающее нормативный факт *родительской команды*. Поэтому, если какой-то родитель *P* отдаст команду *K* своему сыну *C*, команда *K* должна быть расценена как нормативный факт для *C*. В данном случае мы имеем интуитивное этическое убеждение (или позитивное, если вы обратитесь, скажем, к Ефес. 6:1), учреждающее некоторый тип нормативных фактов. Однако если задуматься, возможно и совершенно другое толкование. Категорическое этическое убеждение («Дети должны слушаться своих родителей») может быть трансформировано в следующее гипотетическое этическое убеждение: «Если какой-либо родитель отдаст команду своему ребенку, последнему следует подчиниться». В данной конструкции команда является не нормативным фактом, а, скорее, элементом правовой гипотезы, а именно *этически релевантного факта*. В данном случае идея *Kurczewski* о том, что нормативные факты символичны (1977: 103), может способствовать решению этой проблемы, но я полагаю, что это заставит нас упустить некоторые важные явления.

Мое мнение таково, что Петражицкий был неправ в рассмотрении команд как нормативных фактов так же, как и был неправ в рассмотрении не только договора (*treaty*), но также и контракта (*contract*) как нормативных фактов, отбрасывая, таким образом, это противопоставление (1909–1910: 285) (относительно последнего вопроса Е. Тимошина обратила мое внимание на отрывок, где Петражицкий считает *договор* этической гипотезой (1909–1910: 340). Поэтому, согласно Петражицкому, неочевидно, должен ли некоторый факт быть нормативным фактом *или* этической гипотезой или он может быть *и тем, и другим одновременно*).

Разделение между нормативными фактами и символическими элементами этических гипотез может быть проведено путем обращения к психологическому критерию. Нормативный факт переживается как *власть, независимая от человека или людей, которые издали или признали его*. Отсюда следует, что он может быть некоторым образом фетишизирован и антропоморфизирован, что делает его более значимым, чем предполагали его создатели (в связи с этим можно вспомнить об аналогии). Такого рода критерий делает возможным противопоставление команд, с одной стороны, и законов — с другой (подробнее об этом см. Fittipaldi 2012a и 2012b).

Дальнейший вопрос, который может быть поднят о нормативных фактах, так же как и о нормах в качестве «содержаний» нормативных убеждений, или, более общим образом, об использовании Петражицким термина *podmiot myśli* («предмет мысли»)

факт принят в соответствии с некоторым другим метанормативным фактом (таким, как конституция).²⁰

Петражицкий приводит пример нормативных фактов, рассматриваемых в качестве (психологически) обязывающих, несмотря на их несовместимость с конституцией (т. е. метанормативным фактом).

«[В] частях государственной территории, присоединенных путем завоевания или иных международных актов, действуют разные законы, изданные не законодателем данного государства, а представителями власти другого государства, в состав которого прежде входила данная область [...]». [1909–1910: 538]

Петражицкий использует это наблюдение для утверждения, что невозможно определить законы в смысле их *Verfassungsmässigkeit* (нем. конституционность. — Прим. пер.),²¹ потому что это понятие

«имеет в виду издание подлежащих предписаний органами не какого бы то ни было другого, а только данного государства, государства, о праве которого идет речь». [Там же]

в поздних работах (например, 1939г), — существует ли способ отбросить такую спорную идею, как предмет мысли.

По моему мнению, выход из положения заключается в строго психологическом понимании такого термина, как *отбор* салиентных элементов конкретного восприятия или представлений, которые Субъект способен запомнить и вспомнить на всем протяжении различных взаимонезависимых представлений или кластеров восприятий. Само собой разумеется, что это толкование вытекает из моей приверженности к когнитивной психологии и идеям Д. Юма, касающихся *impressions* (примерно — «ощущений») и *ideas* (примерно — «представлений») (см. Fittipaldi 2012a: 18, сн. 19 и 74). (На русский язык юмовские термины *impressions* и *ideas* переводятся как соответственно *впечатления* и *идеи*. Ср.: «Все перцепции [восприятия] человеческого ума сводятся к двум отличным друг от друга родам, которые я буду называть *впечатлениями* и *идеями*. [...] Те восприятия, которые входят [в сознание] с наибольшей силой и неудержимостью, мы назовем впечатлениями, причем я буду подразумевать под этим именем все наши ощущения, аффекты и эмоции при первом их появлении в душе. Под *идеями* же я буду подразумевать слабые образы этих впечатлений в мышлении и рассуждении: таковы, например, все восприятия, возбуждаемые настоящим трактатом, за исключением тех, которые имеют своим источником зрение и осязание, и за исключением того непосредственного удовольствия или неудовольствия, которое может вызвать этот трактат. (Юм Д. Трактат о человеческой природе... // Юм Д. Собр. соч.: В 2 т. Т. 1 / пер. с англ. С. И. Церетели, В. В. Васильева, В. С. Швырева; вступ. ст. А. Ф. Грязнова; прим. И. С. Нарского. 2-е изд., доп. и испр. М., 1996. С. 62. — Прим. пер.)

Совершенно отличное толкование данного вопроса, как и многих других, обсуждаемых в статье, может быть найдено в: Тимошина 2013. К сожалению, эта работа стала мне известна слишком поздно, чтобы иметь возможность должным образом обсудить ее здесь.

²⁰ В действительности, это утверждение Петражицкого не вполне точное. Исходя из строго теоретической точки зрения, можно утверждать, что *Verfassungsmässigkeit* принятия или признания некоего нормативного факта способна повлиять на вероятность того, что он будет рассматриваться как психологически обязывающий каким-либо индивидом. Эта точка зрения была впервые высказана Хагестромом и впоследствии принята Оливекроной и Паттаро (см. Pattaro 1974: 101, 2005: 141). Разумеется, никто из них не использовал такого термина, как нормативный факт. Тем не менее не всегда истинно, что *Verfassungsmässigkeit* влияет на вероятность того, что некоторые нормативные факты переживаются как психологически обязывающие, поэтому данная теория является «прыгающей» в смысле концепции Петражицкого, если обстоятельство, при которых такое влияние имеет место, не определены лучше.

²¹ Петражицкий употребляет прилагательное *verfassungsmässig* дважды: на с. 534 и 536.

В этих отрывках Петражицкий представляет точку зрения теоретических правовых наук, а не юридической догматики. Теоретические правовые науки не интересуются вопросом, *следует ли* законам упомянутого выше государства быть психологически обязывающими. Они интересуются исключительно вопросом, *действительно ли* они являются психологически обязывающими.²² Теоретические правовые науки заинтересованы в *Sein* (нем. *сущее*. — Прим. пер.), не в *Sollen* (нем. *должное*. — Прим. пер.) — используя слова Кельзена. Их интересует, «что есть, бывает», тогда как догматика права интересуется тем, «что должно быть, что должно [...] быть соблюдаемо как обязательное по предписаниям (официального) права» (Петражицкий 1909–1910: 538).

Согласно Петражицкому, соответствие процедурам принятия имеет значение только для юриста-догматика и возможно только при определенных обстоятельствах:

«Раз имеется налицо определенный, установившийся государственный строй с конституцией, определяющей, кем и в каком порядке должны быть (впредь) издаваемы законы, постановляющей, что в случае нарушения подлежащих правил [23] изданное распоряжение *следует считать не имеющим силы* (курсив мой. — Э. Ф.) и т. д., то юрист-догматик может излагать соответствующие правила, но именно как правила должного, как то, что следует (впредь) соблюдать, как обязательное по данному государственному праву; но такие положения отнюдь не следует смешивать с теоретическими понятиями и истинами». [1909–1910: 538]

Иными словами, юридико-теоретические утверждения, относящиеся к тому, что *действительно* психологически обязательно для кого-либо, решительно отделяются от юридико-догматических утверждений, касающихся того, что *следует* переживать в качестве психологически обязательного.²⁴

Сейчас стоит отметить, что, согласно Петражицкому, юристу-догматику *следует*²⁵ *считать необязательным* такое *положение*, которое не было принято в соответствии с конституцией (при допущении, что таковое существует).

Позвольте мне обратить внимание на фразу: *следует считать не имеющим силу*. Я полагаю, что в рамках концепции права Петражицкого²⁶ мы

²² Позвольте попутно заметить, что, по моему мнению, было бы ошибкой предполагать, что Петражицкий отождествляет психологическую обязательность с эффективностью. Концепция Петражицкого подразумевает, что нормативный факт может переживаться как психологически обязывающий, даже не будучи эффективным. Некоторый индивид может испытать этические репульсии по отношению к самому себе за нарушение некоего нормативного факта, который он переживал в качестве обязательного для себя.

²³ Фактически мы имеем здесь *ананкастические условия действительности* наряду с *ананкастически-конститутивными нормативными фактами* (см. выше сн. 15 и Fittipaldi 2012b).

²⁴ См. выше, сн. 20, в отношении того, почему это утверждение Петражицкого не совсем точное.

²⁵ Читатель мог заметить, что Петражицкий использует термин «*может*», а не термин, означающий «*должен*». По моему мнению, это объясняется тем, что для того чтобы юрист-догматик *был способен* иметь такое обязательство, необходимо наличие «государственного строя с конституцией».

²⁶ Я использую термин *концепция права* для того, чтобы обратиться сразу и к теории права Петражицкого, и к его концепции догматики права.

можем разделить нормативные факты, с одной стороны, в зависимости от того, действительно ли они психологически имеют силу для какого-либо индивида или нет, с другой стороны, в зависимости от того, следует ли их считать имеющими силу или следует считать не имеющими силы для этого индивида.

Таким образом, я думаю, что концепция Петражицкого по своему смыслу позволяет отделить:

— психологическую обязательность (*psychological bindingness, obowiązanie psychologiczyczne, psychologische Geltung, vigenza/vigore psicologica/o*)

— от догматической обязательности (*dogmatic bindingness, obowiązanie dogmatyczne, dogmatische Geltung, vigenza/vigore dogmatica/o*).

Психологическая обязательность является исключительно психическим явлением. Нормативный факт, должным образом понятый как представление, может быть психологически обязательным для индивида безотносительно к его истине²⁷ или истине его действительного²⁸ принятия или признания в соответствии с каким-либо другим нормативным фактом (при предположении, что эти дополнительные условия требуются).

Способы, которыми эмпирически исследуются психологическая обязательность нормативного факта и его догматическая обязательность, совершенно отличны друг от друга.²⁹

Юридино-теоретические утверждения, касающиеся психологической обязательности нормативного факта, допускают истинность в смысле корреспондентной теории истины. Они истинны по отношению к определенному индивиду, если этот индивид переживает данный нормативный факт как обязательный для себя. Они ложны, если это не так. Истина и ложь состоят здесь в соответствии или несоответствии юридино-теоретического

²⁷ Истину не следует понимать как внешнее существование, потому что истина конкретных нормативных фактов может также состоять из внешнего несуществования: достаточно вспомнить о *desuetudo*, понимаемом как нормоуничтожительный нормативный факт (см. ниже сн. 37). Мое разделение истины и существования связано с концепцией логики Н. А. Васильева о принципе непротиворечия и означает критику в отношении того, как Петражицкий (1939†а: 35 и сл., 1939†а*: 796 и сл.) предлагает связать принцип непротиворечия (как и принцип исключенного третьего) с идеями истины и существования (см. Fittipaldi 2013b и значительно больше в 2012a).

²⁸ Способ моего использования терминов *действительность (validity, ważność, Gültigkeit, validità)* и *недействительность (invalidity, nieważność, Ungültigkeit, invalidità)* более ограничительный, чем у Паттаро (Pattaro 2005). Паттаро понимает действительность как «согласованность [...] и несогласованность *token с type*» (Pattaro 2005: 14). Таким образом, он не разделяет эйдетические и ананкастические условия. Я не могу вдаваться в детали в данной статье (см. выше сн. 15).

²⁹ Относительно следствий см. следующее утверждение Е. Ланде: «...догматика обычного права не имеет цели установления обычно-правовых явлений, но, скорее, нормативных фактов обычая (которые могут быть совсем неюридическими явлениями) для того, чтобы обосновать с их помощью правовые нормы» («dogmatyka prawa zwyczajowego ma za cel stwierdzenie nie zjawisk prawa zwyczajowego, lecz faktów normatywnych zwyczajaju (które mogą nie być bynajmniej zjawiskami prawnymi), aby na nich oprzeć normy prawa», 1925b: 276). В моей терминологии, в то время как теоретические правовые науки рассматривают такие вопросы, как истинность представлений определенных правовых эмоций, имеющих место в психике индивида, догматические правовые науки рассматривают такие вопросы, как истинность представлений некоторых нормативных фактов. В петражицкианской перспективе истинность представления определенного обычая, как правило, требует только того, чтобы люди вели себя определенным образом, но не того, чтобы они вели себя так *из-за этических эмоций*.

представления существования или несуществования конкретных психических явлений у какого-либо индивида тому, что на самом деле происходит в психике индивида.³⁰

В отличие от этого юридико-догматические утверждения, относящиеся к догматической обязательности, как уже было отмечено Е. Ланде (см. § 1), не могут быть истинными или ложными (при условии понимания истины как соответствия), они не способны к *семантической истинности*. Я полагаю, что в случае такого рода утверждений могло бы быть заявлено, что они, не обладая способностью к семантической истинности, тем не менее способны к *синтаксической истинности*, подобно тому, как это можно сказать о математических утверждениях: несмотря на их возможную неспособность быть семантически истинными или ложными, они могут быть синтаксически истинными. Я не буду вдаваться в детали, но позвольте заметить, что мне не нравится ни термин *семантическая истина*, ни термин *синтаксическая истина*. Что касается термина *семантическая истина*, он не нравится мне потому, что истинность может быть предцирована как предложениям, так и представлениям (совсем не предполагая какого-либо значения), и последние необязательно являются семантическими явлениями. Что же касается термина *синтаксическая истина*, он не нравится мне потому, что я предпочитаю зарезервировать термин *истина* для соотношения некоторого представления и независимой от Субъекта реальности. Нет никакой выгоды от терминологического соединения явлений, которые связаны лишь косвенно, — таких, как истинность утверждения, что уже нет никакого способа встретиться с Петражицким, и правильность утверждения, что сумма трех внутренних углов треугольника меньше двух прямых углов (разумеется, в геометрии Лобачевского).³¹ Более того, прилагательное *синтаксический* кажется вызывающим некоторого рода статическую комбинируемость, соответственно исключающую исторический критерий.

Таковы причины, почему я предпочитаю терминологическое противопоставление истины и правильности Оливекроны (Olivecrona 1971), и предпочитаю говорить, что юридико-догматические утверждения ложны (см. выше, сн. 12), но, тем не менее, могут быть правильными.

Если мы используем эту терминологию, то сможем пересмотреть мысли, выраженные по этому поводу Е. Ланде (см. выше § 1), следующим образом. Правильность юридико-догматического утверждения зависит:

1) от *семантического исследования* значения метанормативного факта, на котором основана догматическая обязательность нормативного факта, обосновывающего соответствующее юридико-догматическое утверждение;

2) от *социологического*³² или *исторического исследования* вопроса, действительно ли имел место нормативный факт, обосновывающий юридико-догматическое утверждение, и действительно ли он был принят в соответствии с метанормативным фактом, а именно в соответствии с результатом семантического исследования.

³⁰ В этом случае мы имеем явление, которое одновременно является и психическим, и внешним по отношению к Субъекту (т. е. юристу-теоретику).

³¹ Что касается того, как они косвенно связаны, см., главным образом, Fittipaldi 2013a.

³² Я использую здесь этот термин более или менее тем же способом, которым, как я полагаю, Петражицкий использовал термин *описательный*.

Таким образом, правильность какого-либо юридико-догматического утверждения коррелирует с истинностью двух видов теоретических утверждений, не сводясь к ним.³³

Сейчас мы должны спросить, что Петражицкий посоветовал бы делать юристу-догматику в случае расхождения юридико-теоретической и юридико-догматической точек зрения. Я рассмотрю случай такого несоответствия юридико-теоретической и юридико-догматической обязательности.

Перед тем как вдаваться в детали, хочу обратить внимание на четыре возможных случая.

Таблица 1

Возможная конвергенция и дивергенция юридико-теоретических и юридико-догматических утверждений, касающихся обязательности нормативного факта

	Догматическая обязательность	Догматическая необязательность
Психологическая обязательность	(α)	(β)
Психологическая необязательность	(γ)	(δ)

Для нас представляют интерес патологические случаи (β) и (γ).

Если Петражицкий был последователен в утверждениях, сделанных им в «Модных лозунгах юриспруденции» (1897b), нам следует ожидать, что в случае, если какой-либо нормативный факт переживается большинством людей как психологически обязывающий,³⁴ несмотря на его догматическую необязательность, Петражицкий призвал бы юриста-догматика считать такой нормативный факт не имеющим силу. Равным образом, нам следует ожидать, что в случае, если какой-либо нормативный факт не рассматривается как имеющий силу практически никем, несмотря на его догматическую обязательность, Петражицкий призвал бы юриста-догматика считать такой нормативный факт обязывающим.

Конечно, Петражицкий был верен себе и в «Теории права».

У нас есть, как минимум, один отрывок, в котором Петражицкий сталкивается с данным вопросом, обсуждая три разные проблемы (1) *действительности* (*validity*, *Verfassungsmässigkeit*), (2) *догматической обязательности* и (3) *психологической обязательности* «Свода законов Российской Империи».

Прочитаем сначала, как народная психика относится к «Своду» со слов Петражицкого:

«...народная правовая психика [...] относится к Своду как к самостоятельному законодательству, заменившему законы прежнего времени, действовавшие до постановления Свода; так, статьи Свода приводятся как нормативные факты, *считаются*

³³ Эта идея может быть развита с целью охватить не только все виды юридико-догматических утверждений, но также утверждений, сделанных в рамках *intuicyjne nauki prawnie* (интуитивных правовых наук), все виды нормативно-этических утверждений и даже утверждений, выработанных различными видами математики и геометрии (см. Fittipaldi 2013a; см. также ниже § 4).

³⁴ В этом случае мы наблюдаем социопсихологическое явление.

обязательными (курсив мой. — Э. Ф.) и применяются и в тех многочисленных случаях, когда содержание их не соответствует содержанию тех законов прежнего времени, из которых они извлечены, и даже в тех случаях, когда оказывается, что они вовсе не основаны на прежних русских законах, а, например, заимствованы из французского законодательства и т. п. Старые же законы, например, эпохи Петра I, Екатерины II и т. д., не попавшие в Свод, или те части их содержания, которые не попали в Свод, не играют вообще роли действующих законов ни в народной правовой психике вообще, ни в государственных учреждениях». [1909–1910: 630]

Хотя несколькими страницами ранее Петражицкий напомнил, что согласно ст. 86 «Основных законов» Российской Империи:

«Никакой новый закон не может последовать без одобрения Государственного Совета и Государственной Думы и воспринять силу без утверждения Государя Императора» [цит. по 1909–1910: 625, сн. 1]

Как отмечено Петражицким далее — в случае со «Сводом» этого не произошло, мы сталкиваемся здесь со случаями типа (β) и типа (γ).

Случаи типа (β) являются случаями, когда Комиссия вставляла тексты, вдохновленные, например, французским законодательством: эти тексты были психологически обязательными, несмотря на их догматическую необязательность. Случаи типа (γ) имели место тогда, когда законы, не будучи включенными в Свод, переживались народом и властями как не-обязательные, несмотря на то что догматически они все еще были обязательными. Случаи типа (β) и типа (γ) представляют собой ситуации, когда текст некоего предыдущего закона был «изменен» Комиссией: она юридико-теоретически «отменяла действие» предыдущего закона и «вводила в действие» новый.³⁵

³⁵ Я использую такие специфические английские юридико-догматические термины, как «*to amend*» (изменять, вносить изменения), «*to repeal*» (отменять действие, лишать юридической силы) и «*to enact*» (вводить в действие, придавать юридическую силу, издавать правовой акт) в кавычках, так как эти термины являются типично юридико-догматическими. В юридико-теоретических терминах лучше говорить о нормоизменяющих, нормоуничтожительных и нормосозидательных нормативных фактах. Эта терминологическая разница необходима потому, что «обычные сообщения о действии законов, о начальном моменте этого действия, о дальнейшем действии до момента отмены, положения об образовании законов [...] представляют [...] не что иное, как сообщение того, что предписывается современными законодательскими актами как должное, с принятием подлежащих положений за теоретические истины. С фактически-теоретической точки зрения отнюдь нельзя утверждать, что изданные и опубликованные в надлежащем порядке постановления непременно и всегда начинают действовать с какого-то определенного момента времени, что они всегда действуют до момента отмены и т. д.» (1909–1910: 539). Конечно, в «и т. д.» мы можем включить случай, когда закон, хотя и должным образом отмененный, продолжает рассматриваться как обязательный для некоторых индивидов (напр., 1909–1910: 503).

Введение закона в действие, его изменение или отмена незамедлительно порождают эффекты исключительно в воображаемом мире догматики права (см. также Oliversona 1971: 253). Поэтому необходимо использовать юридико-теоретические термины, предложенные Петражицким, в случае принятия юридико-теоретического подхода.

В отношении этих терминов стоит упомянуть, что Петражицкий свел нормоизменяющие нормативные факты к нормосозидательным и нормоуничтожительным (1909–1910: 329, см. также Fittipaldi 2012a: 267, сн. 145).

Далее, было бы большой ошибкой считать, что Петражицкий в таких случаях предложил бы некий вид «социологического» подхода.

Петражицкий был формалистом, и справедливо:

«Само собой разумеется [...] эти факты (с которыми, по моему убеждению, не только как теоретика, но и как *догматика права, отстаивающего принцип права против произвола*, разумным образом нельзя не считаться) не устраняют возможности и *обязанности для юристов-догматиков*, Сената и других судов и т. д. настаивать [...] на том, чтобы применялся подлинный закон, а не искаженная копия в Своде, в частности, ссылаться на ст. 86 Основных законов [...] и указывать, что “одобрение Государственного Совета и Государственной Думы” и “утверждение Государя Императора” относились отнюдь не к таким-то положениям Свода, а к таким-то положениям подлинного закона». (1909–1910: 630, сн. 1; курсив мой. — Э. Ф.)

Это очевидное следствие концепции догматики права Петражицкого как науки на службе у принципа законности.³⁶

Мы можем обобщить сделанные утверждения, заявив, что Петражицкий, вероятно, отверг бы:

1) идею того, что догматически обязательный закон утрачивает свою догматическую обязательность как следствие потери психологической обязательности (*desuetudo*);

2) идею того, что догматически необязательный закон может приобрести догматическую обязательность как следствие приобретения психологической обязательности (вид *usucapio vigentiae*).³⁷

Позвольте сейчас вспомнить вышеупомянутый пример Петражицкого об аннексированных территориях. По моему мнению, если бы Петражицкий развил свою концепцию догматики права во всех ее следствиях, то он заявил бы, что в подобных случаях прежние законы *не следует* считать нормативными фактами, где *не следует* означает их юридико-догматическую необязательность, несмотря на их возможную психологическую обязательность.

Явление инерции психологической обязательности определенных нормативных фактов близко явлению инерции, которое практически всегда

³⁶ Как может быть замечено, правильность юридико-догматических утверждений, относящихся к догматической обязательности, зависит, среди прочего, от какого-либо историко-теоретического утверждения о таких событиях, как одобрение и промульгация.

Как я уже сказал (сн. 12), юридико-догматические утверждения ложны, потому что они сформулированы как относящиеся к реальности вне Субъекта (обязательства, действие, связанность и т. д.). Более того, в отличие от утверждений, вызванных какой-либо правовой эмоцией, они могут быть сформулированы в совершенно «прохладной» или формальной манере, также как они могут быть даже ложными, не только потому, что они выражают неверную информацию в отношении некоторой сферы существования, но также потому, что формулирующий их Субъект не имеет ни правовой эмоции, ни убеждения с соответствующим содержанием.

³⁷ Ситуация была бы совершенно другой, если бы какой-нибудь метанормативный факт содержал некое общее представление о *desuetudo* или о *usucapio vigentiae*. Вопрос, который можно здесь задать, заключается в том, какой вид нормативного факта представляет собой *desuetudo*. Я благодарен Д. Лорини [Giuseppe Lorini], который первым спросил меня об этом. По моему мнению, это вид нормоуничтожительного нормативного факта, состоящего из реалистического представления властей или государства (и некоторых людей), игнорирующего конкретный закон. (Позвольте мне попутно отметить, что данное явление показывает, почему существование и истина должны держаться порознь).

имеет место в случае, когда какая-либо революционная конституция начинает переживаться как нормативный факт, но при этом она не содержит какого-либо положения о том, что законы, бывшие догматически обязательными до ее вступления в силу, «сохраняют» свою догматическую обязательность, несмотря на то что они не были приняты или признаны (*Rezeption*) в соответствии с ней (как в случае Италии).

Также в данном случае я думаю, что концепция Петражицкого заставляет юриста-догматика добиваться положения, подобного второму заключительному положению действующей российской Конституции,³⁸ а также настаивать на том, что до его принятия старые законы считаются догматически необязательными, несмотря на их возможную психологическую обязательность.

Другими словами, Петражицкий, вероятно, отверг бы

3) идею о том, что закон, переставший быть догматически обязательным, «сохраняет» свою догматическую обязательность вследствие его психологической обязательности.

С теоретической точки зрения этот случай близок случаю (2), так как и здесь мы имеем с догматической точки зрения новый закон.

§ 3. ЧИСТАЯ ДОГМАТИКА ПРАВА ЛЬВА ПЕТРАЖИЦКОГО VS. ЮРИДИКО-ПОЛИТИЧЕСКИХ ПРЕДЛОЖЕНИЙ ГАНСА КЕЛЬЗЕНА В ТРАНСЦЕНДЕНТАЛЬНОЙ ПАРОДИИ

Концепция догматики права Петражицкого весьма отличается от концепции Г. Кельзена. Попробуем выделить некоторые аспекты этого различия путем простого сопоставления их взглядов на явления, рассмотренные в предыдущей части.³⁹

Позвольте сначала сравнить случай *desuetudo* законов, не включенных в «Свод», с взглядами Кельзена на тот же предмет.

Г. Кельзен утверждал, что

«[a]s soon as a sociological consideration of the actual behavior of the judiciary has given us reason to believe that in the future the courts will also probably not apply [some] statute, normative jurisprudence is forced to acknowledge that *desuetudo* has deprived the statute of its validity and that, therefore the courts ought not to apply the statute». [Kelsen 1945*: 173]

«как только социологическое рассмотрение фактического поведения судебного корпуса дало нам основание думать, что в будущем суды также, вероятно, не будут применять какой-либо закон, нормативная юриспруденция вынуждена признать, что *desuetudo* лишило закон его действительности^[40] и что поэтому суды не должны применять закон».

³⁸ Позвольте напомнить нероссиянам данное положение: «Законы и другие правовые акты, действовавшие на территории Российской Федерации до вступления в силу настоящей Конституции, применяются в части, не противоречащей Конституции Российской Федерации».

³⁹ Чистая теория права Кельзена должна быть противопоставлена догматике права Петражицкого, а не его юридико-теоретическим наукам (см. Lande 1925b).

⁴⁰ Здесь, как отметил Паттаро (Pattaro 2005), Кельзен, что ему свойственно, смешивает вопросы действительности (*Gültigkeit/validity*) с вопросами догматической

Здесь мы можем увидеть объединение теоретической и практической точек зрения, которое отверг бы Петражицкий.

Исходя из юридико-догматической точки зрения, никакое *desuetudo* не лишает нормативный факт его догматической обязательности, за исключением должным образом принятого метанормативного факта, который вводит эту юридическую гипотезу как альтернативу отмене (см. выше сн. 34). Кельзеновские трансцендентальные спекуляции недостаточны. (Конечно, это не отрицание *desuetudo* как явления, которое заслуживает исследования с юридико-теоретической точки зрения.)

В этом отрывке Кельзен преподносит как универсальную юридико-догматическую истину то, что является его собственным *юридико-политическим* выбором. Петражицкий поддержал бы предлагаемую мной позицию, в подтверждение чего, я думаю, можно процитировать следующий отрывок:

«Следует различать две точки зрения и проблемы: 1) теоретическую точку зрения и проблему о природе обычного права и его наличия или отсутствия в конкретных случаях; 2) практическую точку зрения и проблему о том, следует ли судам применять и вообще государству признавать официально обязательным и поддерживать всякое обычное право или же здесь требуются известные условия и ограничения. С ботанической, теоретической точки зрения и ядовитые грибы следует признавать грибами, и нельзя отрицать их существования как грибов из-за ядовитости их; с гигиенической же, практической точки зрения следует рекомендовать для употребления в пищу только некоторые доброкачественные грибы. Точно так же в области теоретической проблемы, касающейся наличия или отсутствия обычного права, следует признавать обычное право существующим совершенно независимо от того, удовлетворяет ли оно известным традиционным требованиям, и все сюда относящиеся положения традиционного учения должны быть отвергнуты как покоящиеся на смешении теоретических и практических точек зрения и критериев. С другой стороны, вполне уместна и желательна постановка и разработка практической проблемы о тех свойствах, которыми должно обладать конкретное обычное право, для того чтобы его применять в судах и т. д. Точнее, здесь следует, в свою очередь, различать двоякого рода проблемы: 1) проблему догматики права, вопрос о том, как следует с точки зрения действующего официального права определять соответствующие качества обычного права, 2) проблему политики права, вопрос о рациональном законодательном нормировании официальной поддержки (или запрещения и искоренения) обычного права». [Петражицкий 1909–1910: 559]

В отличие от Петражицкого Кельзен не отделяет вопросы политики права от вопросов догматики права и просто — хотя и достаточно расплывчато — утверждает, что:

обязательности (*Geltung/bindingness*). Я полагаю, что в процитированном отрывке переводчику немецких работ Кельзена на английский язык А. Ведбергу следовало бы использовать термин *обязательность* (*Geltung*). Как бы то ни было, Кельзен использует *Gültigkeit* и *Geltung* как синонимы.

«die Einsetzung der Gewohnheit als rechtserzeugender Tatbestand schon in der Grundnorm, als der Verfassung in rechtslogischen Sinne, erfolgt. [...]

Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht derogieren einander nach dem Grundsatz der *lex posterior*. [...] Gewohnheitsrecht [hat] auch einem formellen Verfassungsgesetz gegenüber derogatorische Wirkung; selbst einem Verfassungsgesetz gegenüber, daß die Anwendung von Gewohnheitsrecht ausdrücklich ausschließt». [Kelsen 1960: 232 f.]

«Включение обычая как правопорождающего факта происходит уже в *Grundnorm*, понимаемой как конституция в юридическом смысле. [...]

Законное право и обычное право дерогируют друг друга в соответствии с принципом *lex posterior*. [...] Обычное право также имеет дерогационное действие по отношению к формально конституционным законам; даже по отношению к конституционным законам, прямо запрещающим применение обычного права».

Взгляды Петражицкого и Кельзена не могут быть более противоположными друг другу.

Хотя я поддерживаю теорию Петражицкого, вместе с тем думаю, что в позиции Кельзена есть доля истины, и поэтому концепция Петражицкого о догматике права должна быть несколько модифицирована. Я вернусь к этой теме в следующей части.

Аспект, который я хочу здесь выделить, заключается в том, что концепция Петражицкого, последовательно развитая, учитывает различие между

- истиной,
 - эффективностью,
 - психологической обязательностью и
 - юридико-догматической обязательностью
- конкретного обычая (разумеется, понимаемого как представление).

Существование определенной практики⁴¹ означает *истину* ее представления. Ее *эффективность* для индивида означает, что представление способно вызывать у индивида поведение, схожее с тем поведением, которое является предметом представления. Ее *психологическая обязательность* — это способность вызывать этические эмоции (разумеется, даже тогда, когда переживание определенным индивидом аппульсии в отношении определенного поведения не означает, что он неизбежно будет вести себя соответственно поведению, выступающему предметом представления).

⁴¹ Чтобы избежать недопонимания, необходимо учитывать, что обычное право Петражицкого это исключительно *психическое переживание*. Компонентом этого опыта является представление Субъекта об определенных людях, поступающих определенным образом (т. е. представление некоторой практики). Не требуется, чтобы представление было истинным. Не требуется также, чтобы человеческое поведение в качестве предмета представления Субъекта представлялось самому Субъекту как вызванное некоторой *правовой* эмоцией (вспомните приведенную выше сн. 29, где Ланде говорит, что «нормативные факты обычая могут не быть правовыми явлениями»). Другими словами, не является необходимым, чтобы Субъект представлял себе людей как претворяющих в жизнь некоторое *opinio iuris*.

Наконец, ее *юридико-догматическая обязательность* означает истину представления и достижение конкретных дополнительных возможных условий действительности (см. выше сн. 15).

Позвольте сейчас подойти к дополнительному вопросу: должен ли догматически необязательный нормативный факт, который, несмотря на это, переживается в качестве психологически обязывающего, рассматриваться при определенных обстоятельствах как догматически обязательный (*usucapio* или *retentio vigintiae*).

И в этом случае мое мнение таково, что идеи Петражицкого подразумевают необходимое разделение трех разных вопросов:

1) *юридико-теоретического* вопроса, касающегося обстоятельств, по которым нормативный факт, ранее переживавшийся как психологически обязывающий, продолжает переживаться как психологически обязывающий и после революции — наряду с историческими и социологическими вопросами относительно произошедшего или происходящего в конкретных индивидуализированных в пространстве и времени случаях;

2) *юридико-политического* вопроса — целесообразно ли, чтобы после юридической революции был введен в действие закон (или заключительное положение конституции), т. е. метанормативный факт, в силу которого предыдущие догматически обязательные законы «сохранили» свою догматическую обязательность (как было сделано в действующей российской Конституции);

3) *юридико-догматического* вопроса — «сохраняют» ли свою обязательность согласно нынешним догматически обязательным метанормативным фактам законы, бывшие догматически обязательными до вступления в силу революционной конституции.

И вновь Г. Кельзен объединяет эти вопросы и утверждает следующее:

«In der Regel werden aus Anlaß einer Revolution [...] nur die alte Verfassung und gewisse politisch wesentliche Gesetze aufgehoben. Ein Großteil der unter der alten Verfassung erlassenen Gesetze bleibt, wie man zu sagen pflegt, in Geltung; doch ist dies ein unzutreffender Ausdruck. Wenn diese Gesetze als untern der neuen Verfassung in Geltung anzusehen sind, so ist das nur darum möglich, weil sie von der revolutionären Regierung ausdrücklich oder stillschweigend unter der neuen Verfassung in Geltung gesetzt wurden». [Kelsen 1960: 213].

«Обычно в случае революции отменяется только старая конституция и некоторые политически важные законы. Большая часть законов, изданных при старой конституции, «сохраняет» (так принято говорить) действительность (обязательность. — Э. Ф.). Однако это выражение неточно. Если эти законы и при новой конституции считаются действительными (обязательными. — Э. Ф.), то это возможно только потому, что революционное правительство при новой конституции — явно или молчаливо — ввело их в действие». (*Чистое учение о праве* Ганса Кельзена. Вып. 2. М., 1988. С. 87. — *Прим. пер.*)

Я думаю, что петражицкианская концепция права требует назвать это странное понятие «молчаливое введение закона в действие» «положением пути обхода неудачного закона и... подкапыванием принципа законности». ⁴² Единственное незначительное различие заключается в том,

⁴² См. эпиграф к данной работе.

что в данном случае предметом обхода является не какой-либо неудачный закон, но, скорее, отсутствующий (такой, как уже неоднократно упоминавшееся второе заключительное положение российской Конституции).

Однако и в данном случае я полагаю, что в позиции Кельзена есть доля истины.

Я рассмотрю эти вопросы и предложу некоторые изменения петражицкианской концепции юридической догматики в следующей части.

§ 4. СУБЪЕКТИВИРУЯ ДОГМАТИКУ ПРАВА

В предыдущей части я сопоставил концепцию догматики права Петражицкого и Кельзена путем рассмотрения двух взаимосвязанных вопросов.

Мы увидели, что Петражицкий понимает догматическое право в более *чистом* смысле, чем Кельзен (Петражицкий даже использует фразу *чистота юридического метода* — 1897b: 376).

Согласно Петражицкому, юридико-теоретический, политико-правовой и юридико-догматический подходы соответствующих наук должны быть отделены друг от друга. Г. Кельзен, напротив, часто объединяет эти различные точки зрения.

Однако я отметил, что в позиции Кельзена есть доля истины.

В чем же она заключается?

Проблема концепции Петражицкого в том, что — если полностью принять ее положения — она делает *во многих случаях* догматику права невозможной.

Позвольте мне снова использовать пример, приведенный выше.

Как я уже сказал, в Италии революционная Конституция 1948 г. не содержит положения, подобного второму заключительному положению российской Конституции.

Далее, в Италии Уголовный и Гражданский кодексы, как и Гражданский процессуальный кодекс, были приняты до 1948 г.

Что, согласно Петражицкому, должен был бы сделать итальянский юрист-догматик? Должен ли он был отказаться считать эти тексты нормативными фактами и «призывать законодательство к исполнению его долга», состоящего в принятии некоего закона с целью рецепции в современное итальянское официальное право законов, которые были психологически обязательными практически для всех итальянцев до 1948 г.?

Подход Кельзена предоставляет юридико-трансцендентальный подход, который делает нормативные факты познаваемыми в смысле юридико-догматических явлений только потому, что мы нуждаемся в их познаваемости. В этом отношении кельзеновский подход имеет сходство с подходом Канта. Однако в то время как критическая философия Канта едва ли является бóльшим, чем *niaiserie allemande*,⁴³ юридическая догматика Кельзена является серьезной попыткой почтенного ученого предложить решение сложной проблемы.

⁴³ Я полностью согласен с утверждением Петражицкого о том, что в философии Канта определенные логические ошибки становятся принципами и методами, такие, например, как абсурдная идея «обоснование существования чего-либо на основании того, что это нам необходимо» (1939†b: 89). (Петражицкий Л. И. Философские очерки // Петражицкий Л. И. Теория и политика права. Избр. тр. СПб., 2010. С. 613. — Прим. пер.)

Существует ли решение такого рода проблем в рамках концепции юридической догматики Петражицкого? Что должен делать юрист-догматик в данных случаях?

По моему мнению, решение состоит в полном субъективировании догматики права (вспомним, что в 1939 г. Петражицкий назвал юридическую догматику субъективно-относительной наукой).

Это решение предполагает, что догматами догматики права являются не нормативные факты, но скорее аксиомы, выбранные и *объявленные* юристом-догматиком.⁴⁴

Эти аксиомы могут быть следующих видов:

1) *нормативно-фактические аксиомы*, касающиеся того, какие нормативные факты должны называться догматически обязательными;

2) *интуитивно-правовые аксиомы*, касающиеся некоторых интуитивных правовых убеждений юриста-догматика, подобных, например, формуле Радбруха (Radbruch 1946).⁴⁵

Из числа аксиом первого вида мы можем упомянуть:

1) аксиому, устанавливающую, что конкретная революционная конституция является догматически обязательной;

2) аксиому о том, что нормативные факты, переживавшиеся как психологически обязывающие до принятия революционной конституции, являются догматически обязательными и после ее принятия;

3) аксиому *desuetudo*;

4) *etc.*

Я думаю, что нелегко перечислить все *основные правовые убеждения*, которые официальное лицо (или даже простой гражданин) может *имплицитно* принимать.

Основное правовое убеждение не является аксиомой, если оно *имплицитно*. Чтобы основное правовое убеждение стало аксиомой, оно должно быть объявлено индивидом. Поэтому этическая обязанность, приписанная Петражицким догматике права, превращается в другую обязанность, не так далеко отстоящую от первой: *обязанность взять ответственность за то, что делает юрист-догматик, вместо того чтобы претендовать на следование исключительно определенной конституции*.

Определенная совокупность аксиом, избранная каким-либо индивидом, может быть названа его собственной *Grundnorm*. Каждый индивид имеет свою собственную *Grundnorm*⁴⁶ — при условии, что он ее имеет.

Каждая из этих *Grundnormen* конституирует собственную *субъективную науку*. Эти субъективные науки, так как они конституированы аксиомами, имеют намного большее сходство с формальными науками (такими, как различные виды математики), нежели с эмпирическими.

⁴⁴ То, что я здесь предлагаю, является комбинацией идеи М. Вебера (Weber 1917) о *letzte Wertaxiome* и идеи Г. Кельзена о *Grundnorm* (см. Fittipaldi 2012b и, более подробно, 2013a).

⁴⁵ Разумеется, формула Радбруха является, скорее, слепой и пустой отсылкой к личным этическим убеждениям Радбруха.

⁴⁶ Это справедливо даже тогда, когда индивиды J_1 и J_2 имеют *Grundnormen*, которые кажутся одинаковыми по содержанию. Как бы то ни было, единственными областями, в которых такое возможно, являются разнообразные математические науки, где количество аксиом невелико (достаточно вспомнить об аксиомах Пеано в случае стандартной арифметики). Что же касается понятия *содержания*, то см. выше (сн. 19) относительно понятия Петражицкого *podmiot myśli*.

Я полагаю, что мое предложение является очевидным следствием последовательного развития идей Петражицкого. Тем не менее оно отличается от того, что он непосредственно писал о некоторых важных моментах.

Во-первых, я думаю, что неправильно противопоставлять догматику права и интуитивные правовые науки, как это делали и Петражицкий (1939†а: 111, 1939†а*: 854), и Ланде (напр., 1948: 829), который использовал термин *axiomat* только в контексте последних.⁴⁷ Мы не можем исключить возможность того, что «в некоторых [обществах], как в Соединенных Штатах, основным критерием правовой действительности могут быть непосредственно инкорпорированные [...] принципы справедливости или содержательные моральные ценности» (Hart 1994†: 247). Используя мою петражицкианскую терминологию, мы имеем интуитивно-правовые аксиомы наряду с нормативно-фактическими (подумайте о знаменитом деле *Riggs vs. Palmer*, рассмотренном в Dworkin 1997).⁴⁸

Вследствие этого мое предложение заключается в использовании термина *догматика права* для обращения не к тому, что Петражицкий называл этим термином, но скорее к тому, что он называл *prawoznawstwo normatywne* («нормативная юриспруденция»), несмотря на то что термин Петражицкого имеет преимущество параллели с термином *językoznawstwo normatywne* — «нормативное языкознание» (которое, я полагаю, должно быть также названо *догматикой языкознания*).

Мой выбор может быть в дальнейшем оправдан, если мы обратимся к отрывку, который привлек мое внимание при чтении работы Е. В. Тимошиной (2013):

«...в основе естественно-правовых доктрин лежит вообще [...] интуитивно-правовая психика. Основу этих систем составляет догматика интуитивного права, т. е. систематическое изложение автономно-правовых убеждений авторов». [Петражицкий 1902, цит. по: Тимошина 2013: 467]

Таким образом, мое терминологическое предложение хотя и несовместимо с поздним Петражицким, может быть совместимо с Петражицким 1902 г. — если только в этом отрывке он не отсылал к разновидности книжного права.

Во-вторых, я полагаю, что догматика права должна быть названа скорее *этической догматикой*. Это подразумевается в следующем отрывке:

«По поводу [...] примеров двух видов сознания долженствования, с одной стороны, сознания долга уплатить условленную плату рабочему или прислуге, с другой стороны, сознания долга помочь нуждающемуся, не отказать в милостыне, во избежание

⁴⁷ Можно также спросить, почему манифест сумасшедшего, о котором говорит Ланде (см. выше § 1), должен быть рассмотрен в качестве нормативного факта, а не как публично установленная аксиома. Если рассматривать его как нормативный факт, нам потребуется нормативно-фактическая аксиома, относящаяся к догматической обязательности манифеста. С психологической точки зрения манифест должен быть рассмотрен как нормативный факт, если сумасшедший переживает его как относительно независимый от своих текущих желаний, таким образом фетишизируя и антропоморфизируя его (см. выше сн. 19 и Fittipaldi 2012b: § 4.10).

⁴⁸ Может быть задан сложный вопрос, сталкиваемся ли мы в данных случаях с интуитивно-правовыми аксиомами или с содержательными (позитивными или негативными) условиями догматической обязательности, т. е. с содержательными нормативно-фактическими аксиомами. Это очень сложный вопрос, который я не могу обсуждать в данной статье.

недоразумений следует отметить: мыслимы субъекты с такой психикой, что, имея дело с нищим, просящим милостыню, или т. п., они переживают такое сознание долженствования, по которому другой стороне причитается от них получить просимое, другая сторона может притязать на доставление ей помощи и т. д.; равным образом мыслимы такие субъекты, которые, имея дело с прислугой, требующей платежа условленного жалования или т. п., переживают такое сознание долженствования, по которому другой стороне ничего не причитается, она не может притязать на платеж и т. д.; с точки зрения вашей психологической классификации такое сознание долга по отношению к нищему следовало бы квалифицировать как сознание правового долга; такое сознание долга по отношению к прислуге следовало бы квалифицировать как сознание нравственного, а не правового долга». [Петражицкий 1909–10: 51, сн. 1, см. Fittipaldi 2012a: 149 и 168 ff.]

Следовать этой идее — единственный способ ответить на возражение против условности разделения Петражицким моральных и правовых явлений, выдвинутое, например, Зембиньским (Ziemiński), который указывал на такие обязанности, как обязанность вывешивать национальный флаг на частных зданиях в национальные праздники или запрет загрязнять природу (1980: 350, см. Fittipaldi 2012a: 154). Переживаются ли такие обязательства или запреты как моральные или правовые — это эмпирический вопрос, на который не может быть ответа *apriori*, но только *aposteriori* (т. е. опытным путем).

Например, мы не можем исключить того, что официальные лица, особенно наиболее высокие из них, переживают некоторые из своих обязательств как исключительно моральные. Приведем другой пример: некоторые судьи могут переживать свою обязанность судить по закону, а не на основании их личных предпочтений не как обязательство по отношению к государству или стороне, которую они считают правой, *etc.*, но как исключительно моральную обязанность.⁴⁹

Вот почему предпочтительнее говорить о *догматике этики*, а не о догматике права. Я продолжу использовать термин *догматика права* только для того, чтобы не отходить сильно от общепринятого употребления.

В-третьих, я думаю, что проведенное Петражицким различие между объективно-когнитивными и субъективно-относительными науками нарушает его собственный принцип, согласно которому в каждом делении должно быть только одно *fundamentum divisionis*.

Он определяет объективно-когнитивные науки как науки, состоящие из суждений о том,

«co jest i jakie jest, niezależnie od tego czy to się nam podoba lub nie podoba, od tego, czego chcemy lub nie chcemy, do czego według naszego zdania dążyć należy itd». [1939†a: 35, 1939†a*: 795]

«что есть и какое есть, независимо от того, нравится нам это или нет, от того, чего мы хотим или не хотим, к чему, по нашему мнению, следует стремиться и т. д.». (Петражицкий Л. И. Новые основания логики и классификация наук // Петражицкий Л. И. Теория и политика права. Избр. тр. СПб., 2010. С. 795. — Прим. пер.)

⁴⁹ Само собой разумеется, что в этом случае могут быть также и исключительно оппортунистически-репутационные мотивы.

Напротив, субъективно-относительные науки являются науками о

«nasz stosunek podmiotowy do czegoś istniejącego lub wyobrażonego — sympatię, upodobanie, pochwałę, lub antypatię, wstręt, naganę, lub nasze chęci usunięcia lub stworzenia czegoś, cele, do których dążymy, zasady postępowania itd». [1939†a: 35, 1939†a*: 795]

«нашем отношении к чему-либо существующему или воображаемому — симпатии, склонности, похвале или же антипатии, отвращении, осуждении, или о нашем желании устранения или создания чего-либо, целях, к которым мы стремимся, принципах поведения и т. д.». (Петражицкий Л. И. Новые основания логики и классификация наук. С. 795. — Прим. пер.)

Как можно увидеть, предложенное деление объединяет два критерия: — наличие или отсутствие некоторого субъективного отношения, — исключение или включение исключительно воображаемых (идеальных) реальностей.

Если мы изменим деление, для того чтобы включить в определение объективно-когнитивных наук также и воображаемые объекты, и таким образом введем науки, занимающиеся реалистическими классами, включающими как существующие, так и несуществующие «предметы», проблема все равно останется: где те науки, которые занимаются исключительно классами несуществующих *podmioty myśli*⁵⁰ («предметов мысли»), такие как математика и геометрия, — классами, которые Петражицкий называл *идеологическими* (1939†a: 62, 1939†a: 813)?

Чтобы преодолеть эту проблему, мы могли бы переопределить науки, как указано в табл. 2.

Таблица 2

Возможный пересмотр петражицкианского деления наук

НАУКИ	КЛАССОВЫЕ НАУКИ, ЗАНИМАЮЩИЕСЯ		НЕКЛАССОВЫЕ НАУКИ, т. е. занимающиеся
	идеологическими классами	реалистическими классами	неклассами
исключающие субъективное отношение	(1)	(2)	(3)
включающие субъективное отношение	(4)	(5)	(6)

Конечно, мы не нуждаемся во всех этих различениях; различие, которое нам действительно необходимо, — это различие между науками, занимающимися идеологическими предметами мысли, и науками, занимающимися реалистическими предметами мысли, независимо от того, являются ли они классами или нет.

⁵⁰ Об этом спорном понятии см. выше сн. 19.

Это ведет нас к различию О. Кюльпе (Oswald Külpe 1923, § 17: 186 и сл.) между *Ideal-* и *Realwissenschaften* (различию, которое я детально разобрал в 2013а).⁵¹

Различие между *Ideal-* и *Realwissenschaften* является ключевым, потому что я полагаю, что юридическую догматику Петражицкого следует считать наукой, которая занимается предметами мысли, не имеющими соответствий во внешней по отношению к Субъекту реальности. Ее утверждения ложны (выше, сн. 12), но тем не менее могут быть правильными (*способны к правильности*), подобно утверждениям математики и геометрии.⁵²

Догматика права имеет дело с «проекциями» (в широком смысле⁵³), но для того чтобы с ними возможно было иметь дело, *не обязательно*, чтобы они были следствием этических эмоций, переживаемых Субъектом *в данный момент* времени. Если проекции вызваны этическими эмоциями, когда иллюзорная идея, например, долга, была развита и выучена неким Субъектом, то он способен приписать ее кому-либо в совершенно «прохладной» манере, без привлечения этических убеждений.⁵⁴

Библиография

Conte, Amedeo G., 1997. *Eidetic-Constitutive Rules*. In Pintore & Jori 1997: p. 133–146.

⁵¹ Полагаю, что идеологические предметы также могут быть конкретными (я должен моему другу Роберту конкретный долг, в противоположность категории долгов, см. Fittipaldi 2012a: 10, сн. 2).

⁵² Вопрос, который может быть задан, состоит в том, какова роль принципа непротиворечия в догматике права. В своей «Теории права» (1909–1910: 232) Петражицкий утверждал, что догматика права широко его применяет. Однако в двух отрывках 1939†а (с. 36 и 38, 1939а†*: 796 и 798) он отрицает, что этот принцип (наряду с принципом исключенного третьего) применим к субъективно-относительным наукам. Это означало бы, что в догматике права принцип непротиворечия не применяется. Следовательно, между взглядами Петражицкого на принцип непротиворечия в этих двух разных работах, казалось бы, присутствует противоречие.

Я думаю, что это кажущееся противоречие может быть преодолено.

То, что мы можем быть противоречивы в наших желаниях, ценностях или нормах, не может отрицаться. Тот факт, что мы *можем* быть противоречивы, не освобождает нас от *принятия* аксиомы непротиворечия. Это наш выбор, принимать или не принимать ее (в действительности, это относится к достижению фрейдовского принципа реальности — см. Fittipaldi 2013а). В случае догматики права тенденция к устранению противоречий является эмпирическим побочным продуктом конфликто-порождающей природы правовых явлений. В своей *Теории права* Петражицкий лишь эмпирически описывает, как работает догматика права, он не утверждает *a priori* относящиеся к ней законы.

Само собой разумеется, что аксиома непротиворечия, если она принята, касается исключительно утверждений догматики права (*Sollsätze*, в терминах Кельзена) и совсем не касается нормативных фактов, которые всегда могут противоречить друг другу. То, что два взаимопроверочивых нормативных факта могут быть одновременно догматически обязательными в рамках одной и той же догматической системы, Е. Ланде прямо утверждал еще в 1925 г. (см. 1925с: 378, сн. 1), т. е. за сорок лет до Кельзена (Kelsen 1965).

Я подробно рассматриваю эти вопросы в Fittipaldi 2013а и 2013b, также опираясь на работы Н. А. Васильева.

⁵³ В Fittipaldi 2012а я показал, что теория проекций Петражицкого может объяснить только иллюзии качеств (и состояний), но не иллюзии сущностей, и поэтому я попытался объяснить их иначе, но все равно в рамках теории Петражицкого.

⁵⁴ Само собой разумеется, что это не означает исключения теоретических эмоций (см. Петражицкий 1908: 246 и сл.).

- Dworkin, Ronald, 1977. *Taking Rights Seriously*. Cambridge (MA): Harvard University Press, pp. 392.
- Fittipaldi, Edoardo, 2012a. *Explaining Naïve Legal Ontology*. Milan: Led, pp. 301.
- Fittipaldi, 2012b. *Psicologia giuridica e realismo*. Milano: Led, pp. 139.
- Fittipaldi, 2013a. *Conoscenza giuridica ed errore. Saggio sullo statuto epistemologico degli asserti dogmatico-giuridici*. Roma: Aracne, pp. 139.
- Fittipaldi, 2013b. *Exontic, Deontic and Axiotic Conjunctive Impossibilities: A Radical-Empiricist Approach*. Paper delivered at Nomologics 2, Pavia, July, 11th.
- Hart, Herbert L.A., 1994†. *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, pp. 315.
- Jaworski, Władysław Leopold J. (ed.), 1925. *Prace z dziedziny teorii prawa*. Cracow: Krakowska Spółka Wydawnicza, 430 s.
- Kelsen, Hans, 1945*. *General Theory of Law and State*. Translation of an unpublished German original by Anders Wedberg. Clark (NJ), 2009, pp. 516.
- Kelsen, 1960. *Reine Rechtslehre*. Vienna: Deuticke, 534 S.
- Kelsen, 1965. *Recht und Logik*. In Klecatsky et al. 1968, 1469–1497.
- Kelsen, 1979†. *Allgemeine Theorie der Normen*. Vienna, Deuticke, 362 S.
- Klecatsky et al., 1968. *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. I. Salzburg: Europa Verlag. 2020 S.
- Komitet Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, 1969. *Z zagadnień teorii prawa i nauki petrażyckiego*. Warsaw: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 205 s.
- Külpe, Oswald, 1923. *Einleitung in die Philosophie*. 11^a ed., Leipzig: Hirzel, 374 S.
- Kurczewski, Jacek, 1977. *O badaniu prawa w naukach społecznych*. Warsaw: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, 169 s.
- Kurczewski, 1986. *Świat prawny dziecka. Psychologia wychowacza*, 1986, 2: 155–172.
- Lande, Jerzy, 1925a. Intervention at the *Narady nad teorią prawa* held in Warsaw on 25–27 March 1924, in Jaworski 1925, 69–75.
- Lande, 1925b. *Norma a zjawisko prawne. Rozważania nad podstawami teorii prawa na tle krytyki systemu Kelsena*. In Jaworski 1925, 235–348.
- Lande, 1925c. Review of Czesław Znamierowski's *Podstawowe pojęcia teorii prawa*. In Jaworski 1925, 365–390.
- Lande, 1933. *Sprawa teorii prawa*. In Lande 1959†, 619–683.
- Lande, 1948. *O ocenach. Uwagi dyskusyjne*. In Lande 1959†, 731–839.
- Lande (Kasimierz Opałek ed.), 1959†. *Studia z filozofii Prawa*. Warsaw: Państwowe wydawnictwo naukowe, 1005 s.
- Olivecrona, Karl, 1971. *Law as Fact*. 2^a ed. London: Stevens & Sons 1971, pp. 317.
- Pattaro, Enrico, 1974. *Il realismo giuridico scandinavo. I. Axel Hägerström*. Bologna: Cooperativa libraria universitaria, pp. 323.
- Pattaro, 2005. *The Law and the Right. A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*. Berlin, ecc.: Springer, pp. 457.
- Peczenik, Alexander, 1969. *Petrażycki o dogmatyce prawa – krytyka czy obrona?* 137–150. In Komitet Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk 1969.
- Petrażycki, Leon, 1895. *Die Lehre vom Einkommen. II*. Berlin: Müller, 628 S.
- Petrażycki, 1939†a (Jerzy Finkelkraut [Licki] ed.). *Nowe podstawy logiki i klasyfikacja umiejętności*. Warsaw: Nakładem Towarzystwa im. Leona Petrażyckiego, 115 s.

Petrażycki, 1939†a*. *Nowe podstawy logiki i klasyfikacja umiejętności*. Русский перевод А. В. Бабанова *Новые основания логики и классификация наук*. В Петражицкий 2010. С. 775–856.

Petrażycki, 1939†b (Jerzy Finkelkraut [Licki] ed.) *Skice filozoficzne. 1. O tak zwanej metodzie krytycznej oraz o metafizyce i filozofii praktycznej Kanta*. In Petrażycki 1985†, 78–121.

Petrażycki (Andrzej Kojder ed.), 1985†a. *O nauce prawie i moralności. Pisma wybrane*. Warsaw: Państwowe wydawnictwo naukowe, 623 s.

Петражицкий, Лев, 1897а. *Права добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права*. СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1897, 435 с.

Петражицкий, 1897б. *Модные лозунги юриспруденции*. Приложение I к Петражицкий 1897а. С. 373–422.

Петражицкий, 1897с. *Обязанности юриспруденции в России*. Приложение II к Петражицкий 1897а, С. 423–435.

Петражицкий, 1902. *К вопросу о «возрождении естественного права» и нашей программе. По поводу диссертации П. И. Новгородцева «Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве. Два типических построения в области философии права»* // Право. № 41–43, С. 1797–1804, 1841–1854, 1919–1927.

Петражицкий, 1908. *Введение в изучение права и нравственности. Основы эмоциональной психологии*. Изд. 3-е. СПб.: Эрлих, 265 с.

Петражицкий, 1909–1910. *Теория права и государства в связи с теорией нравственности*. Изд. 2-е. СПб.: Екатеринбургское Печатное Дело, 758 с.

Петражицкий, 1913*. *К вопросу о социальном идеале и возрождении естественного права* / пер. на польский язык Jerzy Finkelkraut [Licki] *O ideale społecznym i odrodzeniu prawa naturalnego* в: Leon Petrażycki (Andrzej Kojder ed.) 1985†, s. 153–165.

Петражицкий (Елена Тимошина, науч. ред.), 2010. *Теория и политика права*. Избранные труды. СПб.: Юрид. книга, 1032 с.

Pintore, Anna, & Mario Jori, 1997. *The Italian Analytical School*. Liverpool: Charles, pp. 437.

Radbruch, Gustav, 1946. *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*. In Radbruch 1950†, S. 317–357.

Radbruch (Erik Wolf ed.), 1950†. *Rechtsphilosophie*. Stuttgart: Koehler, S. 391.

Sacco, Rodolfo, 1991. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*. *The American Journal of Comparative Law*, 39. 1–34, 343–401.

Sacco, 1992. *Introduzione al diritto comparato*. Turin, Utet, pp. 271.

Тимошина, Елена В., 2013. *Теория и социология права Л. И. Петражицкого в контексте классического и постклассического правопонимания*. Диссертация. М., 551 с.

Weber, Max, 1917. *Der Sinn der Wertfreiheit der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften*. In Weber 1968†, S. 5–82.

Weber, 1968†. *Methodologische Schriften*. Frankfurt am Main, Fischer, 1968, 360.

Wróblewski, Kasimierz, 1959. *Jerzy Lande jako teoretyk prawa*. In Lande 1959†, s. 5–82.

Ziemiński, Zygmunt, 1980. *Problemy podstawowe prawoznawstwa*. Warsaw: Państwowe wydawnictwa naukowe, 519 s.