

АЛЬФ РОСС О ПОНЯТИИ И ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ ПРАВА:
РЕАЛИСТИЧЕСКИЙ ПОДХОД*

Н. С. ВАСИЛЬЕВА**

Васильева Наталия Сергеевна,
независимый исследователь

Альф Росс является одним из наиболее известных представителей скандинавского правового реализма и одним из главных участников дискуссии о действительности права, которая развернулась в теории права в XX в. В данной статье рассматриваются ключевые особенности его правовой концепции, основанной на реалистическом подходе к праву. Руководствуясь философской программой логического позитивизма и учением Упсальской школы, ученый предлагает проект реформы науки теории права, согласно которому ключевым элементом становится не понятие права, а действительность права в ее соотношении с действительностью. В связи с исследованием этого ключевого положения правовой концепции А. Росса автор приходит к выводу о необходимости надлежащего научно-значимого перевода терминов и предлагает используемые датским ученым термины

gyldighet и *gælden* переводить на русский язык как «действительность» и «действенность» соответственно. На основе подобного использования терминов, в сочетании с анализом оригинальных идей А. Росса об исследованиях в области права, в статье подробно реконструируются воззрения датского ученого, связанные со значением и содержанием понятия права, а также с решением проблемы действительности права. Надлежащий перевод терминов приобретает особое значение, поскольку решение указанной проблемы в концепции А. Росса во многом основывается на разграничении действительности и действенности права, а их соотношение, по мнению автора, является ключевым для понимания предлагаемой датским правоведом реформы теории права, позволяющей преодолеть разрыв между теорией и практикой, а также разграничить знание о праве и маскирующиеся под него указания правовой политики. Особое внимание уделено анализу критики, которой правовая концепция А. Росса подверглась со стороны Г. Харта, а также месту, которое учение датского правоведа занимает в рамках правового реализма.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: действительность права, действенность права, понятие права, Альф Росс, скандинавский правовой реализм, обязывающая сила, эффективность права, нормативность права.

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

** *Natalia S. Vasilyeva* — independent researcher.

E-mail: nataliavasilyeva@hotmail.com

© Васильева Н. С., 2018

УДК 340.11

<https://doi.org/10.21638/11701/spbu25.2018.105>

VASILYEVA N. S. ALF ROSS ON THE CONCEPT OF LAW AND LEGAL VALIDITY: THE REALISTIC APPROACH

Alf Ross is one of the most prominent representatives of Scandinavian legal realism and one of the main participants of the discussion on legal validity. This article explores the main points of his realistic legal concept. Ross uses a unique mixture of the main tenets of logical positivism and the Uppsala school of philosophy to suggest a new project of theoretical legal science, which implies, among other things, that its key element is specific legal “validity” — in interrelation with legal “effectiveness” — and not the concept of law. This brings the author to the necessity of a rather thorough linguistic inquiry of various Russian, English, Danish, etc. terms related to the concept of validity, which leads to the conclusion that correct Russian translation of Ross’s terms “*gyldighet*” and “*gælden*” is “*dejstvitel'nost'*” and “*dejstvennost'*”, respectively. Together with the analysis of Ross’s ideas about the province and proper methodology of jurisprudence this allows the author to fully and accurately reconstruct such aspects of Ross’s legal theory as content and role of the concept of law as well as realistic concept of legal validity. The author argues that specific interrelation between “validity” and “effectiveness” — and its underlying principles — is also a key to understanding the whole Ross’s concept of new realistic jurisprudence, which encompass a differentiation between legal knowledge and legal politics, an empirical approach to legal cognition, reducing the gap between legal theory and practice. Other topics, specifically addressed in this article, are Hart — Ross critical exchange and Ross as a legal realist.

KEYWORDS: legal validity, validity of law, legal effectiveness, concept of law, Alf Ross, Scandinavian legal realism, binding force, normativity of law.

Введение. Одним из главных участников дискуссии о проблеме действительности права в XX в. стал датский правовед Альф Росс, выдающийся представитель скандинавского правового реализма. Предлагаемый А. Россом в его правовой концепции вариант решения проблемы действительности права упоминается в большинстве зарубежных исследований¹, посвященных соответствующей проблематике, однако зачастую такие упоминания грешат излишней краткостью и/или заблуждениями об истинном содержании правовой концепции А. Росса. Несомненно, во многом это связано с тем, что можно назвать «трудностями перевода»: большинство своих работ А. Росс писал на датском языке, переводы на английский язык, хотя и выходили довольно скоро после публикации оригиналов, имели как минимум неизбежные для любых переводов потери смысла. Помимо естественного различия между языками, следует учитывать и содержательные недостатки перевода, которые привели к тому, что представления датского правоведа о действительности права были неверно восприняты англоязычными исследователями, прежде всего Г.Хартом. В переводе было потеряно разграничение, которое датский ученый проводит между действительностью и действительностью права, — разграничение, которое можно признать ключевым для понимания правовой концепции А. Росса.

¹ Говоря о зарубежном правоведении, мы по умолчанию имеем в виду англоязычный мейнстрим науки о праве, как в связи с его доступностью для исследования, так и в связи с его разнообразием и влиятельностью.

Сущность проблемы действительности права является двойственной: это проблема определения понятия действительности права и проблема обоснования действительности права. Указанная проблема сущностно связана с вопросом о природе права, но не тождественна ему, а лишь проистекает из него: действительность рассматривается как необходимое свойство права, основания действительности включаются в определение понятия права и таким образом в понятие права и в решениях других проблем теории права находят отражение представления о природе права. Проблема действительности права может служить общим родовым обозначением для группы взаимосвязанных вопросов, традиционно становящихся предметом рассмотрения в рамках онтологических исследований права: определение понятия права, соотношение права и принуждения, соотношение права и морали, основания силы права, эффективность права, нормативность права, источники права.

Понятие «действительность права» используется исследователями в трех основных значениях, которые отражают различные аспекты действительности права как необходимого признака права: нормативная значимость, социальная и/или психологическая эффективность, объективная данность. В существующих исследованиях данные аспекты раскрываются множеством различных способов. *Нормативная значимость* может включать в себя такие вопросы, как юридическая сила норм, относимость нормы права к какой-либо правовой системе или правопорядку, особенности норм права и правовых систем (особенности права как нормативного социального явления), концепция источников права; *эффективность* — соотношение должного и сущего в праве, обязывающая или принудительная сила права, фактическая данность, действенность права; *объективная данность* — внеюридические основания права, природа права, соотношение права и других схожих явлений, право как явление сферы должного, метафизическая данность. Соответствующие вопросы взаимосвязаны и не всегда могут быть однозначно отнесены к одному только аспекту, что отражается в противоречиях, присущих исследованиям понятия действительности права. Противоречия усиливаются также смешением проблемы определения понятия действительности и проблемы обоснования действительности и различиями типов правопонимания.

Таким образом, действенность права может быть рассмотрена как один из аспектов действительности права. И конечно, это утверждение отражает содержание большинства, но не всех соответствующих теорий.

М. В. Антонов полагает, что для скандинавских правовых реалистов действительность права синонимична социально-психологической эффективности и сводится к воплощению норм (директив) в реальном поведении людей². С нашей точки зрения, правильнее было бы сказать, что с социально-психологической эффективностью реалисты отождествляют *действенность* права (действительность, проявляющая себя в реальности

² Антонов М. В. Скандинавская школа правового реализма // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 659.

как действенность; обязывающая сила права, проявляющаяся в действительности). Это связано с тем, что скандинавские правовые реалисты отрицают возможность научного рассмотрения действительности в ее традиционном смысле — как относящейся к миру Должного.

Необходимо также отметить, что Альф Росс не может быть назван типичным представителем скандинавского правового реализма, по крайней мере его первого поколения, к которому относятся труды Вильгельма Лундстедта и Карла Оливекроны, основывающиеся на учении А. Хэгерстрёма (Упсальская школа)³. Помимо того, что А. Росс при создании своей правовой концепции основывался в большей степени на философии логического позитивизма, чем на положениях Упсальской школы, при рассмотрении вопроса о *действенности* права он концентрировался в основном на исследовании действия права в контексте правоприменительной деятельности.

А. Хэгерстрём заложил основы общей для скандинавских реалистов традиции. С нашей точки зрения, следует согласиться с распространенным в зарубежной науке мнением, что обращение к внутреннему миру человека и строгий антиметафизический тезис А. Хэгерстрёма лежат в основе всех концепций его учеников, включая А. Росса, объединяя их в рамках скандинавского правового реализма. От других скандинавских правовых реалистов А. Росса отличает то, что в своей правовой концепции он попытался объединить философию Упсальской школы и логический эмпиризм Венского кружка⁴. Росс особо отмечал и признавал влияние, которое на

³ Скандинавский правовой реализм не следует понимать как статичную теоретическую позицию: меняющиеся политические и философские обстоятельства оказывали значительное влияние на цели отдельных ученых. Финский исследователь Йохан Странг предлагает выделить два поколения (направления), основывающиеся на учении А. Хэгерстрёма: к одному из них можно отнести Вильгельма Лундстедта и Карла Оливекрону, а к другому — Альфа Росса и Ингемара Хедениуса. На теории первого поколения повлияло желание использовать данные теории для преодоления консервативно-либерального доминирования в политике, в то время как второе поколение имело дело с осмыслением политики, находившейся под влиянием плановой экономики, государственного вмешательства и тоталитаризма. Второе поколение стремилось сгладить радикализм предшественников и выработало более инструментальный подход к науке о праве, а кроме того, формировалось под влиянием популярной в то время философии логического эмпиризма (логического позитивизма). Именно второе поколение стало более влиятельным и известным в мировой науке. Различия между первым и вторым поколениями зачастую приводят к тому, что возникают споры об относимости И. Хедениуса и А. Росса к скандинавскому правовому реализму. Тем не менее подавляющее большинство исследователей рассматривают их как скандинавских реалистов, по крайней мере А. Росса: представители второго поколения считали себя частью направления, основанного А. Хэгерстрёмом, рассматривали свои теории как развитие внутри этого направления и даже конкурировали с первым поколением за право представлять традицию Хэгерстрёма. Подробнее об этом см.: *Strang J. Two Generations of Scandinavian Legal Realists // Retfærd Årgang 32. 2009. N 1/124. P. 63, 78–79.*

⁴ Данные философские направления весьма схожи в своей антиметафизической направленности и некогнитивизме, однако по-разному обосновывают необходимость в отказе от метафизики. Подробнее об их различиях см.: *Eliasz K., Jakubiec M. The Vienna Circle and the Uppsala School as philosophical inspirations for the Scandinavian Legal Realism // Semina Scientiarum. 2016. N 15. P. 110–115.*

него оказали идеи как А. Хэгерстрёма, так и Р. Карнапа и О. Нейрата. Влияние идей логического эмпиризма нашло выражение в проекте построения новой теории права как доктринального исследования права, который включает в себя концепцию действенного права (действенной правовой системы) и верификацию доктринальных утверждений о действенном праве.

Со скандинавским правовым реализмом мировая наука знакомилась прежде всего через работы А. Росса. Одни исследователи полагают, что скандинавский правовой реализм не получил особой популярности и нередко рассматривался как несостоятельная теория именно потому, что во многом воспринимался через призму своих чрезвычайно строгих эмпирицистских философских оснований (логический эмпиризм в случае А. Росса), которые во второй половине XX в. утратили свои позиции⁵. Другие исследователи, напротив, утверждают, что именно использование датским правоведом логического позитивизма — одного из главных философских течений XX в. — наравне со смягчением радикализма первого поколения способствовало тому, что его работы получили международное признание и помогли распространению идей скандинавского правового реализма⁶.

Трудности перевода. Большинство исследователей имеют возможность ознакомиться с правовой концепцией Росса только на основе его англоязычных работ и переводов его работ на английский язык. В связи с этим возникает терминологическая проблема, связанная с трудностями перевода. Существование подобной проблемы подтверждает, например, тот факт, что издательство *Oxford University Press* планирует выпустить второе издание ключевой работы А. Росса «О праве и справедливости», которое будет содержать новый и полный⁷ перевод на английский с первого датского издания «*Om ret og retfærdighed*» 1953 г.

Новый перевод потребовался не случайно. Предполагается, что правовая концепция А. Росса была оценена как ошибочная и не представляющая особого интереса во многом в связи с яркой критикой, изложенной Г. Хартом в обзоре на английский перевод «О праве и справедливости» 1958 г. — знаменитая статья «Скандинавский реализм»⁸. При этом, конечно, надо учитывать, что обзор Харта отличается глубоким уважением и некоторой долей одобрения работы А. Росса, да и сам факт наличия

⁵ *Holtermann J. v. H.* “This Cannot Be its Meaning in the Mouth of the Judge”: The Case for the New English Language Translation of Alf Ross’s *On Law and Justice*, Forthcoming on Oxford University Press // *Utopía y praxis latinoamericana: revista internacional de filosofía iberoamericana y teoría social*. 2016. Vol. 20, no. 71. iCourts Working Paper Series N 53. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2770464> (дата обращения: 19.11.2017); *Eng S.* Lost in the System or Lost in Translation? The Exchanges between Hart and Ross // *Ratio Juris*. 2011. Vol. 24, iss. 1. P. 4.

⁶ *Strang J.* Two Generations of Scandinavian Legal Realists. P. 78.

⁷ В переводе 1958 г. (*Ross A.* *On Law and Justice*. Berkeley, 1959) по какой-то причине отсутствуют некоторые фрагменты текста, которые есть в датском варианте работы.

⁸ *Hart H. L. A.* Scandinavian Realism // *The Cambridge Law Journal*. Vol. 17, no. 02. November 1959. P. 233–240. — Опубликован перевод данной статьи на русский язык: *Харт Г. Л. А.* Скандинавский реализм / пер. с англ. В. В. Оглезнева // *Харт Г. Л. А.* *Философия и язык права*. М., 2017. С. 230–240.

такой подробной рецензии от знаменитого оксфордского профессора все же говорит об особой роли скандинавского реализма в теории права того времени. Результатом критики Г. Харта, оказавшей значительное влияние на восприятие концепции А. Росса, стали частичное забвение данной концепции (особенно в странах англосаксонской правовой традиции) и использование правового реализма вообще в качестве любимой «боксерской груши» для аналитической юриспруденции и фона для демонстрации мудрости Г. Харта⁹. С одной стороны, скандинавский правовой реализм в определенном смысле сформировался как полемическое движение, критикующее в первую очередь даже не юснатурализм, а аналитическую юриспруденцию, которая в действительности имеет много общего с правовым реализмом. Исходя из этого, постоянный конфликт данных направлений представляется вполне обоснованным. С другой стороны, современные скандинавские исследователи, например, Свен Энг¹⁰, с большим чувством комментируют пренебрежительное отношение к скандинавскому реализму, проявляющееся в трудах англо-американских ученых, и указывают на низкое качество встречающихся там критических исследований¹¹. Впрочем, юриспруденция общего права известна тем, что с трудом воспринимает работы иностранных ученых. Лишь в скандинавских странах (и в меньшей степени в Европе и Южной Америке) труды А. Росса оказали значительное влияние на развитие науки о праве в целом.

Однако несмотря на это А. Росс оказался одним из главных участников одной из важнейших дискуссий XX в. о действительности права наравне с Г. Хартом, Г. Кельзеном и позднее Е. Булыгиным, а скандинавский правовой реализм занял достойное место в ряду основных традиций теории и философии права. Согласно мнению ряда современных ученых (и самого А. Росса), Г. Харт ошибся в своих оценках из-за некоторой собственной невнимательности и/или трудностей перевода: имело ли место то или иное, нуждается в отдельном рассмотрении. Сам А. Росс предположил, что возникшее недопонимание связано в большей степени именно с проблемным переводом. Современные исследователи, в частности Я. Холтерман и С. Энг, утверждают, что критика Г. Харта была основана на такой логической ошибке, как подмена тезиса, «соломенное чучело» (*ignoratio*

⁹ Ф. Шауэр описывает положение, в котором оказался правовой реализм в целом, не только скандинавский. Он пишет, например, что неспособность должным образом воспринять правовой реализм имеет различные проявления: в Британии и большей части стран общего права правовой реализм преподают как шутку или фон для мудрости Харта; в США, наоборот, на словах заявляют «мы все реалисты», но продолжают преподавать и исследовать без учета важнейших уроков правового реализма (*Schauer F. Editor's Introduction // The Theory of Rules / eds. K. N. Llewellyn, F. Schauer. Chicago, 2011. P. 4. Fn. 14*).

¹⁰ *Eng S. Lost in the System or Lost in Translation?.. P. 197.*

¹¹ С. Энг приводит в частности такие примеры: 1) «Скандинавский реализм [продолжает существовать] только в музеях теоретико-правовой археологии» (*Schauer F., Wise V. J. Legal Positivism as Legal Information // Cornell Law Review. 1997. N 82. P. 1081*); 2) Брайан Бикс основывает свой анализ позиции Росса не на собственно трудах датского ученого, а на обзоре авторства Харта (*Bix B. H. L. A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory // SMU Law Review. 1999. N 52. P. 170. Note 11*).

elenchi, straw man, strawman fallacy)¹². Я. Холтерман особо отмечает, что хотя критика Г. Харта и основана на «соломенном чучеле», трудности перевода, по крайней мере частично, ответственны за недопонимание между Г. Хартом и А. Россом и обусловили успех критики Г. Харта¹³. С. Энг и вовсе указывает на то, что хотя перевод терминов в английском издании 1958 г. невозможно признать «хорошим» и достаточно точным (С. Энг намеренно отказывается от термина «правильный» в этом случае), он не должен был стать причиной недопонимания¹⁴. Также отмечается, что пропущенные отрывки, не вошедшие в английский перевод 1958 г., привели к некорректному отображению смысла и характера философской задачи (проистекающей из следования логическому позитивизму), решаемой А. Россом, а также центрального тезиса, находящегося в основании предсказательного анализа действенного права¹⁵.

Русскоязычные исследователи и переводчики в качестве источников используют именно работы на английском и переводы на английский, при этом не уточняя смысл, вкладываемый в термин *validity*¹⁶. Встречается использование следующих терминов: «валидность», «действительность», «эффективность»¹⁷. Поэтому прежде всего следует обратиться к термину *validity* и его аналогам в других языках. Широко обсуждается, что в русском и многих других европейских языках существуют два разных термина — «право» и «закон» — для того, что обозначается в английском одним термином — *law*. Аналогичная ситуация наблюдается и применительно к терминам *validity (valid)*, которые могут быть использованы для перевода

¹² *Holtermann J. v. H.* "This Cannot Be its Meaning in the Mouth of the Judge". P. 8; *Eng S.* *Lost in the System or Lost in Translation?..* P. 209–213.

¹³ *Holtermann J. v. H.* "This Cannot Be its Meaning in the Mouth of the Judge". P. 6.

¹⁴ «Россу следовало указать Харту не на то, что нечто было утеряно при переводе, а на то, что Харт потерялся в своей собственной системе» ("Rather than being lost in translation himself, Ross should have pointed to Hart's being lost in the Hartian system") (*Eng S.* *Lost in the System or Lost in Translation?..* P. 196).

¹⁵ *Holtermann J. v. H.* "This Cannot Be its Meaning in the Mouth of the Judge". P. 15–16.

¹⁶ Например, в статье «Альф Росс о проблеме действительности (валидности) права» и в переводе статьи А. Росса «Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом» М. В. Антонов использует термин «валидность» и при этом лишь справедливо указывает, что «[с] учетом многозначности этого ключевого термина статьи Росса мы не стали использовать традиционный вариант перевода *validity* как "действительность", поскольку это могло бы внести в концепцию Росса несвойственные ей коннотации и исказить логику переводимой работы и содержащейся в ней полемики». Однако подробнее, к сожалению, этот вопрос не рассматривается (*Антонов М. В.* *Альф Росс о проблеме действительности (валидности) права* // *Российский ежегодник теории права.* 2009. № 2. С. 456, сн. 15; *Росс А.* *Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом* // Там же. С. 458–473).

¹⁷ В статье «Скандинавская школа правового реализма» М. В. Антонов использует термин «действительность» (отождествляя действительность и эффективность в рамках скандинавского правового реализма), однако из нашего дальнейшего анализа будет понятно, что, когда речь идет о действительности у скандинавских реалистов, необходимо использование двух различных терминов, которые могут обозначаться как *validity*. В переводе статьи А. Росса «О самореференции и загадке в конституционном праве» А. А. Краевский также использует термин «действительность» (*Росс А.* *О самореференции и загадке в конституционном праве* / пер. с англ. А. А. Краевского // *Известия вузов. Правоведение.* 2012. № 3. С. 53–73).

и обозначения датских терминов *gælden* (*gældende*) и *gyldig* (*gyldighet*), немецких терминов *Wirksamkeit* (*wirksam*) и *Gültigkeit* (*gültig*).

1. Gældende (прилагательное) и gælden (неиспользуемое существительное). В скандинавских языках (датском, норвежском, шведском) существуют три полностью одинаковых по смыслу термина: *gældende* (дат.), *gjeldende* (норв.), *gällande* (шв.). Это прилагательные, которые не могут быть субстантивированы, их главным использованием является атрибутивное, а предикативное — лишь форма атрибутивного. В основном они применяются к праву в целом, к правовой системе, а не к отдельным нормам. Основной коннотацией данного термина (*gældende*) является действительность, эффективность (*efficacy*), он служит для указания на факт — факт того, что нечто является эффективным. Если используется выражение *gældende ret*, то имеется в виду, что право имеет свойство быть эффективным. Однако может рассматриваться эффективность принуждения, послушания, регулярности поведения, мотивации в целом или какого-то вида мотивации (например, нормативная идеология А. Росса или принятие (*acceptance*) вторичных правил у Г. Харта).

Встречающееся у А. Росса словосочетание *gældende ret*, таким образом, может быть переведено с точки зрения его содержания как действительное право или буквально как действующее право.

Норвежский профессор Свен Энг выражает мнение, согласно которому перевод *gældende ret* как *valid law* не является категорически неправильным, но и не охватывает в полной мере все компоненты, связанные с эффективностью¹⁸. С. Энг указывает на следующие основные характеристики *gældende ret* в концепции А. Росса: 1) относится к обладающему нормативным значением содержанию в форме директив; 2) такое нормативное содержание обладает свойством быть частью мотивации правоприменителя, когда тот находится в процессе принятия решения по конкретному делу¹⁹.

При этом существительное *gælden* не применяется ни в обычной, ни в профессиональной речи, но является лингвистически корректной формой и может быть использовано как технический термин²⁰. По мнению С. Энга, именно такой прием обнаруживается у А. Росса, например, в словосочетании *retssystemets gælden*, которое можно перевести как «действительность правовой системы». С. Энг утверждает, что этот термин приобретает особое и единственное значение только в рамках концепции А. Росса и не может быть соотнесен с немецким *Geltung*, а также с *Sollgeltung* и *Gültigkeit* у Г. Кельзена, зато соотносится с кельзеновским использованием термина *Wirksamkeit*. С. Энг отмечает, что в датском нет существительного, соответствующего *Geltung*, а в английском нет не только такого существительного, но и прилагательного, соответствующего *geltend*²¹.

¹⁸ Eng S. Lost in the System or Lost in Translation?.. P. 196.

¹⁹ Ibid. P. 203.

²⁰ Ibid. P. 199.

²¹ Ibid. P. 203–204. Fn. 11.

2. Gyldig (прилагательное) и gyldighet (существительное). Оба эти слова широко употребляются в различных контекстах; *gyldig* соответствует нем. *gültig* и англ. *valid*, а *gyldighet* соответствует нем. *Gültigkeit* и англ. *validity*. Могут иметь различный смысл в зависимости от контекста:

- действительность нормы, созданной в результате осуществления компетенции;
- моральная, религиозная и прочие типы нормативной обоснованности (*tenability*), рассматриваемые с точки зрения внешней по отношению к любым эмпирически эффективным формам нормативности (таким как право, мораль, религия и другие формы в их эмпирическом аспекте);
- обоснованность суждений в целом, применительно к любому дискурсу;
- обоснованность логической аргументации.

Если первое значение опосредованно подразумевает отсылку к эффективности (предполагается наличие эффективной правовой системы), то второе вообще не имеет такой коннотации, как «эффективность». Первое значение является важной частью юридической практики, в этом значении термин *validity* используется применительно к завещаниям, договорам, законам, другим нормативным и ненормативным правовым актам. В этом значении термин *gyldig* может использоваться как атрибутивно, так и предикативно, отмечает С. Энг²².

Предлагаем наглядную таблицу соответствия терминов, применимую к переводам А. Росса (табл. 1).

Главный лингвистический вопрос, касающийся проблемы неверного восприятия А. Росса, таков: можно ли переводить *gældende ret* как *valid law*? Свен Энг приходит к следующему выводу: с лингвистической точки зрения, такой перевод не является совершенно неправильным, но и не передает все аспекты смысла. Однако сам А. Росс не предложил альтернативного варианта даже тогда, когда осознал, что это стало причиной заблуждений, и лишь изредка можно встретить места, где А. Росс использует термин *law in force*. С. Энг предлагает не отказываться полностью от несовершенного варианта перевода, а продолжать искать более удачные варианты (например, применимые для конкретных узких проблем)²³. Таким образом, предлагается в целом использовать термин *valid law*, поскольку проблемы теории права выходят за пределы искусства «лингвистического» перевода. Даже в новом, улучшенном переводе «О праве и справедливости», о котором упоминалось выше, планируется употребление терминов *valid₁* и *valid₂*.

Нашей же задачей является принятие решения о допустимом переводе на русский язык: какой термин или термины наилучшим образом могут передать, с одной стороны, разграничение *gældende* и *gyldig*, а с другой — неоднозначность соответствующей реалистической кон-

²² Ibid. P. 204.

²³ Eng S. Lost in the System or Lost in Translation?.. P. 206.

Таблица 1. Соотношение датских терминов Росса с их аналогами в других языках

Русский	Датский	Немецкий	Английский	Испанский* / итальян- ский
действенный, эффективный, действующий (обязывающий, имеющий силу)	<i>gældende</i>	<i>wirksam, geltend</i>	<i>efficacious, effective, in force, binding</i>	<i>vigente</i>
недейственный, неэффективный, недействующий	<i>ikke gældende</i>	<i>nicht wirksam</i>	<i>inefficacious, ineffective, non-binding</i>	—
действенность, эффективность	<i>gælden</i> (только у Росса)	<i>Wirksamkeit</i>	<i>efficacy, effectiveness, efficaciousness, effectivity</i>	<i>vigencia</i>
действительный	<i>gyldig</i>	<i>gültig</i>	<i>valid</i>	<i>valido</i>
недействительный	<i>ugyldig</i>	<i>ungültig</i>	<i>invalid</i>	<i>invalido</i>
действительность	<i>gyldighet</i>	<i>Gültigkeit</i>	<i>validity</i>	<i>validez / validità</i>
недействитель- ность	<i>ugyldighet</i>	<i>Ungültigkeit</i>	<i>invalidity</i>	<i>invalidez / invalidità</i>

* Е. Булыгин отмечает, что испанский перевод «О праве и справедливости» 1963 г., к счастью, был лишен недостатков английского перевода (*Bulygin E. Valid Law and Law in Force* (1999) // *Bulygin E. Essays in Legal Philosophy* / ed. by C. Bernal, C. Huerta, T. Mazzaresse, J. J. Moreso, P. E. Navarro, S. L. Paulson. Oxford, 2015. P. 284). Нетрудно заметить, что, критикуя концепцию Росса, Булыгин использует совершенно иные, чем Г.Харт, основания и критикует именно концепцию действенности Росса.

цепции? При первом рассмотрении в скандинавском правовом реализме *gældende* и *gyldig* в определенной степени смешиваются, что может быть подчеркнута термином «валидное право». Вместе с тем в русском языке представляется возможным подобрать подходящую пару терминов, которые могли бы подчеркнуть особенности реалистической концепции А. Росса, связанные с соотношением действительности права и действующего / действенного / эффективного права. Полагаем, что наиболее корректным переводом понятия *gældende ret* — ключевого в правовой концепции А. Росса — был бы термин «действенное право» или даже «действующее право». Второй вариант, хотя и кажется лингвистически правильным, нежелателен, поскольку имеет устоявшееся значение в юриспруденции, которое не охватывает в полной мере то, что подразумевал А. Росс. В то же время термин «действенное» в должной мере указывает на такой факт, как эффективность.

Имеет ли смысл идти против сложившегося употребления терминов? Представляется, что это необходимо. Как было показано выше, в русском

языке, как и во многих других языках, имеются различные термины для того, что в английском языке объединено под термином *valid*. Поскольку А. Росс изначально работал не на английском языке и употреблял два различных термина, заимствованный термин «валидный» не подходит для отражения замысла ученого. Использование одного только термина «действительный», в свою очередь, также приводит к заблуждениям относительно содержания правовой концепции А. Росса, поскольку данный термин прочно связывается с тем понятием действительности права, от которого датский ученый категорически отказывается. Употребление же термина «эффективность» (для перевода *gælden*) не вполне отражает тесную взаимосвязь действительности и действенности права в концепции А. Росса. Однако, повторимся, самое главное — это подчеркнуть разграничение и соотношение действительности и действенности.

Таким образом, мы приходим к следующему выводу. В своей правовой концепции А. Росс основывается на разграничении понятий, обозначаемых терминами *gældende / gælden* и *gyldig / gyldighet*, поэтому для надлежащего понимания и реконструкции его концепции необходимо осуществить корректный перевод этих терминов. Важность данной задачи подчеркивает то, что некорректные термины, использованные в английских переводах работ А. Росса, приводили исследователей к превратному пониманию сущности идей ученого. С учетом особенностей правовой концепции А. Росса указанные термины предлагаем переводить следующим образом:

1) необходимо использовать термины «действенный» (*gældende*) и «действенность» (*gælden*), когда речь идет о действующем и эффективном праве, о действенном праве, об имеющем силу праве, — данные термины предназначены для доктринального исследования права;

2) необходимо использовать термины «действительный» (*gyldig*) и «действительность» (*gyldighet*), когда речь идет непосредственно о действительности (которая находится в сложной связи с действенностью), — данные термины могут использоваться на стыке доктринального исследования права и других ветвей науки о праве.

Доктринальное исследование права. Что имеется в виду под доктринальным исследованием права в концепции А. Росса? Ученый предлагает проект реформы науки теории права, руководствуясь философской программой логического позитивизма. А. Росс выделяет два тесно взаимосвязанных направления исследования права: доктринальное исследование права и социология права (в широком смысле, включая психологические и исторические исследования действующего права). Доктринальное исследование права рассматривается как дескриптивное исследование норм права — действенного права (действенной правовой системы), *law in force*. *Doctrinal study of law* — термин, который повсеместно используется в переводах работ Росса на английский. Поскольку подразумевается знание о нормах права, по сути, имеется в виду догматическая юриспруденция²⁴.

²⁴ В «*On Law and Justice*» на с. 22 внезапно, без каких-либо пояснений используется термин *dogmatic theory of law* вместо *doctrinal study of law*. В остальных местах термин

Датский правовед признает, что доктринальное исследование права и социология права неразрывно связаны и не могут быть четко разграничены, но концентрирует свое внимание на доктринальном исследовании права, поскольку оно больше подходит для логического анализа специфических проблем юриспруденции. Именно для доктринального исследования права предназначен термин «действенное право» (*gældende ret*); только в рамках предлагаемого А. Россом доктринального исследования указанный термин приобретает смысл и значимость.

Идеи датского ученого о доктринальном исследовании права оказали влияние на последующее развитие скандинавского правового реализма. Важным отличием данного направления является особое внимание, уделяемое поиску надежных методологических оснований для науки о праве. Одним из главных предметов исследования, особенно благодаря А. Россу, становится важнейший эпистемологический вопрос о том, что такое наука о праве и как она возможна. Это роднит скандинавский правовой реализм с главной европейской юспозитивистской традицией от Дж. Остина до Г. Кельзена, но решение указанной проблемы предлагается совершенно иное. Такое положение дел отражается в используемой терминологии: в сочетании со строгим эмпиризмом отказ от возможности чистой теории права, предполагающей набор нормативных истин о действительном праве, выводимых с помощью цепочек логических выводов из основополагающей предпосылки (например, базовой нормы), привел к широкому и своеобразному использованию термина «доктрина права», или «доктринальное исследование права». Основные проблемы теории права рассматриваются через призму доктринального исследования права как области на стыке теории и практики. Имеется в виду *научное* (или *теоретическое*) доктринальное исследование права, теория правовой догматики, а не *практическая* доктрина права, как, например, судебная аргументация²⁵. Отдельные авторы сознательно прибегают к этому, чтобы показать пути преодоления разрыва между теорией (и философией) права и юридической практикой²⁶. При этом доктринальное исследование права прочно связывается с социокультурным. Такой подход во многом основывается на следующих сформулированных А. Россом положениях²⁷:

1) надлежащим предметом теории права (юриспруденции) является не право, а исследование права (*study of law*); исследование права состоит из двух частей: доктринального исследования права и социологии права (которая включает психологические и исторические исследования);

dogmatic используется в совершенно другом, известном негативном смысле. Можно предположить, что использование термина «доктринальное исследование права» — скорее принципиальный выбор Росса, чем недостаток перевода.

²⁵ Подробнее об этом см., напр., введение А. Аарнио к: *Peczenik A. On Law and Reason*. Springer Netherlands, 2008. P. 5. — См. также: *Aarnio A. Essays on the Doctrinal Study of Law*. Springer Netherlands, 2011. P. 19–24.

²⁶ См., напр.: *Aarnio A. Essays on the Doctrinal Study of Law*. P. vii.

²⁷ *Ross A. On Law and Justice*. P. 19–27.

2) специфические проблемы теории права разумнее рассматривать в рамках доктринального исследования права (поскольку логический аппарат социологии права в основном такой же, как и в общей социологии и истории);

3) предмет социологии права — право в действии (*law in action*), а доктринального исследования права — нормы права; нормы права и право в действии — это две взаимообусловленные стороны одной и той же реальности; доктринальное исследование права и социология права не могут быть строго разделены;

4) доктринальное исследование права концентрируется на абстрактном содержании директив (норм), имея своими целями: а) обнаружение содержания (*idea content*) — или, иначе выражаясь, идеологии (*ideology*), — которое может служить схемой интерпретации права в действии; б) описание этой идеологии как единой системы;

5) доктринальное исследование права можно назвать нормативным лишь потому, что оно связано с изучением норм; оно представляет собой доктрину о нормах, а не доктрину, состоящую из норм (нормоописательную, а не нормопредписывающую), поскольку когнитивные суждения не могут состоять из директив (норм) — они должны состоять из утверждений о нормах (утверждений о том, что некоторые директивы являются действенным правом).

Росс о понятии права. А. Росс последовательно выстраивает свою концепцию доктринального исследования права, которое предназначено для изучения конкретных правовых систем. В рамках нее он предлагает специфические определения понятий «действенное право», «правовая система» и т. д., которые имеют технический характер и не нуждаются в традиционном определении понятия права. В работе «О праве и справедливости» Росс категорично заявляет, что определение понятия и природы права не представляет никакого интереса: «Бесконечные философские дискуссии относительно “природы” права основываются на предположении, что специфическая “действительность” (*gyldighet*) права исходит из некоторой априорной идеи, а определение права таким образом является решающим для того чтобы понять, может ли некий нормативный порядок претендовать на “почетный титул” права. Если отбросить эти метафизические предпосылки и связанные с ними эмоции, проблема определения становится неинтересной»²⁸. Это заявление вносит немало путаницы, связанной с восприятием концепции Росса. Постараемся пояснить позицию датского правоведа.

Во-первых, выражение отсутствия интереса к понятию права связано с тем, что данное понятие не является, по мнению А. Росса, необходимым для доктринального исследования права и для определения действенного (действующего) права в конкретном правопорядке. В целом ученый не отрицает, что это крайне важный вопрос наук о праве.

²⁸ Ibid. P.31.

Во-вторых, от доктринального исследования права и понятия действующего права А. Росс зачастую внезапно переходит к философским дискуссиям о «действительности» права (которые он сам неоднократно предлагает исключить из предмета юриспруденции). Это сбивает с толку и наводит на ложное предположение о том, что А. Росс заменяет все науки о праве доктринальным исследованием, а действительность — действительностью. Конечно, это не так. А. Росс лишь предлагает в рамках теории права описывать конкретную национальную систему норм и другие похожие на нее системы, например, другие национальные системы, международное право, а также социальные порядки примитивных сообществ, в которых нет организации для установления или поддержания этих порядков, порядки в бандитских сообществах, поддерживаемые оккупирующей силой на оккупируемых территориях порядки и т. д. А. Росс отмечает, что такие системы являются фактами, нравится нам это или нет; в рамках доктринального исследования необходим термин для описания этих фактов, и это вопрос терминологии без всякой моральной подоплеки. По мнению А. Росса, нецелесообразно отвергать использование термина «право» в отношении систем, которые нам не нравятся: «Следует ли, например, порядок в банде называть “правовой системой” (воровским законом), это в научном плане — т. е. когда слово “право” освобождено от эмоционально-моральной нагрузки — произвольный вопрос определения»²⁹. На традиционное обвинение позитивизма в признании гитлеровского режима насилия правом порядком А. Росс отвечает указанием на то, что дескриптивная терминология не имеет ничего общего с моральным одобрением или осуждением, а классификация некоего порядка как «правопорядка» не исключает возможность считать высшим моральным долгом борьбу за его свержение. По мнению А. Росса, смешение дескриптивного подхода с моральными оценками, которое характерно для дискуссии о понятии права, является примером того, что Чарльз Стивенсон (*Charles L. Stevenson*) называет стимулирующим определением (*persuasive definition*)³⁰. Стимулирующее определение используется с целью манипуляции или даже обмана — к описательному определению общеизвестного термина добавляется эмотивное значение.

Как дань традиции и ради общей картины — по собственному заявлению А. Росса — ученый все же выражает свои взгляды на понятие права, выделяя сущностные признаки, позволяющие отграничить его от других нормативных систем. Очевидно, что, несмотря на заявленные А. Россом цели, обойти этот вопрос невозможно. Даже если освободить термин «право» от его эмоциональной нагрузки, нам необходимо определение права для понимания сходств и различий конкретных нормативных систем.

А. Росс выделяет следующие признаки права (правовой системы)³¹:

- 1) право состоит из правил, *связанных с применением силы (force)*;

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid. P. 32.

³¹ Ibid. P. 59.

2) право состоит не только из норм поведения, но и из норм компетенции, создающих публичную власть для установления норм поведения и применения силы в соответствии с ними — институциональный характер права.

По мнению датского ученого, только право обладает обоими признаками. Другие нормативные феномены А. Росс делит в работе «О праве и справедливости» на две группы относительно этих признаков³²:

1) правила различных сообществ и организаций, а также международное право обладают институциональным характером, но сопряжены с санкциями, отличными от физической силы (государство обладает монополией на применение физической силы в рамках своего внутреннего нормативного — правового — порядка);

2) мораль как проявление культурной традиции (нравственность и обычаи) не обладает обоими признаками; мораль рассматривается А. Россом как исключительно индивидуальный феномен, хотя и имеющий социальное происхождение.

Здесь необходимо отметить, что со временем Росс изменил свою позицию по поводу международного права, а точнее, вернулся к позиции, изложенной им в «Учебнике международного права»³³, и усовершенствовал ее. В труде «Директивы и нормы» Росс излагает эту позицию следующим образом³⁴: а) право рассматривается как институциональный порядок, при котором институты предназначены в *первую очередь* для организованного применения санкций; б) возможно выделение различных видов права (*law*) в широком смысле на основе анализа различных для них санкций («право» организованных частных сообществ, внутригосударственное право и международное право); в) во внутригосударственном праве санкции заключаются в физическом принуждении, современные государства (самоуправляемые правовые сообщества) обладают монополией на применение силы: во внутренних делах для поддержания правопорядка, а во внешних в качестве инструмента «силовой политики»; г) правила сообществ (включая близкие им правила игр) и международное право не могут содержать положения о санкциях в виде физического принуждения: в первом случае из-за монополии государства, а во втором случае из-за того, что в сообществе государств нет монополии на применение силы; д) международное право обладает институциональным характером и поэтому, пишет Росс, «согласно нашему определению права... международное право и в самом деле является правом»³⁵. К сожалению, Росс крайне скуп и путанно выражает свою позицию по данному вопросу. Остается лишь предположить, что ученый отказался от идеи о том, что для права характерны санкции, связанные с физическим принуждением. Однако в таком случае правила частных сообществ и правила игр также должны

³² Ibid. P. 60.

³³ Ross A. A Textbook of International Law: General Part. London, 1947.

³⁴ Ross A. Directives and Norms. P. 93–95.

³⁵ Ibid. P. 95.

рассматриваться как право (Росс даже отмечает, что такие правила более «эффективны», чем международное право)³⁶.

Признавая необходимость гармонии между институциональной системой права и индивидуальными моральными позициями в правовом сообществе, их взаимодействия и общие корни в культурной традиции, датский правовед усматривает главное отличие между правом и моралью в том, что право стремится закрепиться в понятиях, необходимых для определенности и объективности при отправлении правосудия (что рассматривается как один из аспектов идеи справедливости), в то время как мораль возникает как реакция индивидов на конкретные ситуации и даже в виде неких общих ориентиров всегда изменчива, особенно при применении к конкретным ситуациям. «Это истинное значение поговорки “правила существуют, чтобы их нарушать”», — отмечает А. Росс³⁷. Из-за такого различия, по мнению датского ученого, право и мораль находятся в постоянном и неразрешимом конфликте: тенденция права к рационализации в форме понятий (концепций) реализуется за счет конфликта с моральным желанием коррекции относительно конкретных условий.

Представляется особо интересным восприятие А. Россом права как порядка, в большей степени направленного на умиротворение сообщества: право рассматривается как социальный феномен — общий интегрированный порядок осуществления монополии на принуждение — всегда направленный на создание сообщества и поддержание в нем мира. Мораль как индивидуальный феномен, по мнению А. Росса, с одинаковой легкостью и объединяет людей, и приводит их к конфликту: конфликтующие моральные идеалы могут быть источником разногласий наиболее глубокого, опасного и неразрешимого свойства³⁸. Схожие идеи развиваются в настоящее время в рамках либертарной теории права, в которой в понятие права наравне с позитивистскими элементами включаются традиционные естественно-правовые принципы свободы, равенства, справедливости, однако реинтерпретированные как формально-правовые, а не моральные ценности³⁹. Так, Н. В. Варламова, цитируя⁴⁰ слова О. Э. Лейста: «Право и мораль служат одной цели — созданию и поддержанию “замыренной среды”, обеспечению социального порядка. Но эта цель достигается ими по-разному», — отмечает, что мораль и нравствен-

³⁶ Ibid.

³⁷ Ross A. On Law and Justice. P. 63.

³⁸ Ibid. P. 64.

³⁹ Право определяется как система позитивных норм, обеспеченная публично-властным принуждением и соответствующая принципу формального равенства как равной меры свободы и справедливости. Подробнее о принципе формального равенства см.: Лапаева В. В. Правовой принцип формального равенства как триединство равной меры, свободы и справедливости // Признание права и принцип формального равенства: сб. трудов междунар. науч. конф. (Воронеж, 10–11 июня 2015 г.) / редкол.: В. В. Денисенко (отв. ред.), М. А. Беляев. М., 2015. С. 8–14.

⁴⁰ Варламова Н. В. Право и мораль: соотношение в контексте различных типов правопонимания // Взаимодействие права и морали: мат-лы Междунар. науч. конф. / отв. ред. Т. А. Сошникова. М., 2014. С. 57.

ность — это система принципов, а не правил, потому что основополагающий моральный принцип (солидарность) неоперационален, не может быть развернут в целостную и непротиворечивую систему конкретных норм⁴¹. Как основополагающий принцип правовой регуляции рассматривается формальное равенство в свободе, и этот принцип признается операциональным, предоставляющим критерии правопорядка, доступные эмпирическому наблюдению, и возможность непротиворечивой конкретизации в рамках системы правовых норм⁴². Основываясь на этом, Н. В. Варламова утверждает, что именно право обеспечивает динамичное развитие общества, а «особая роль права в соционормативной системе обусловлена тем, что только правовая регуляция (точнее — официально-властное регулирование, основанное на правовом принципе формального равенства) обеспечивает свободное и надлежащее функционирование всех иных видов социальных норм»⁴³. Из этого даже делается вывод о том, что, поскольку право признает, защищает и в необходимой степени ограничивает в равной мере различные моральные порядки, оно обеспечивает утверждение в обществе «подлинной нравственности», которая невозможна без свободы морального выбора в условиях моральной автономии каждого индивида⁴⁴.

О соотношении действительности (*gyldighet*) и действенности (*gælden*). Характерной особенностью скандинавского правового реализма в целом и концепции А. Росса в частности является попытка построения теории права, которая не основывалась бы на дуализме должного и сущего. Правовая концепция А. Росса основывается на предлагаемом датским ученым соотношении понятий действительности и действенности права, которое необходимо для преодоления сложностей, связанных с проблемой дуализма должного (действительности) и сущего (реальности, фактичности). Свой взгляд на данную проблему А. Росс подробно излагает в труде «Навстречу реалистической теории права: критика дуализма в праве» следующим образом: «Право, в отличие от морали, не является чистым идеалом (*ideality*). Но, в отличие от тирании грубой силы, не является и исключительно эмпирической социальной реальностью. Право одновременно действительное и фактическое, идеальное и реальное, метафизическое и физическое — однако не как соединение этих двух вещей,

⁴¹ Это придает морали такие качества, как неопределенность источников происхождения, социальная неорганизованность и децентрализация санкций (и их несопряженность с физическим насилием), превалирование значимости внутренних мотивов над внешними действиями, невозможность окончательного выполнения требований. Подробнее об этом см.: Там же. С. 59.

⁴² Там же. С. 60. — Подробнее о роли принципа формального равенства см. также: Варламова Н. В. Формальное равенство как основополагающий принцип правового регулирования // Признание права и принцип формального равенства. С. 35–40. — «Принцип формального равенства позволяет выявить специфику права как социального регулятора, его принципиальное своеобразие, несводимость ни к морали (в основе которой лежит принцип солидарности, а в пределе — любви, что является своеобразным отрицанием свободы), ни к насилию» (Там же. С. 38).

⁴³ Варламова Н. В. Право и мораль... С. 62.

⁴⁴ Там же.

а как манифестация действительности в реальности, которая только таким образом квалифицируется как право»⁴⁵. Это обуславливает предлагаемое датским правоведом решение проблемы дуализма: «суперэмпирическая» действительность проявляется в реальности и только так может быть рассмотрена как сущностный признак права⁴⁶.

Исходя из данных положений, анализа работ датского ученого и предлагаемого нами перевода основных терминов можно сделать вывод, что в концепции А. Росса действительность проявляется в реальности и доступна непосредственному наблюдению и научному исследованию в рамках *теории права* (доктринального исследования права) через действительность; вопреки существующему заблуждению эти два понятия не рассматриваются датским правоведом как тождественные. Для обоснования данного утверждения подробнее рассмотрим положения правовой концепции Росса о соотношении действительности и действенности права, сделав акцент на действительности⁴⁷.

А. Росс признает пришедшим из юснатурализма заблуждением традиционные концепции действительности права; он полагает, что действительность права и реальность права не представляют собой несовместимые точки зрения и составляют два аспекта одного и того же феномена, а концепция действительности может быть объяснена без отсылок к метафизике⁴⁸. Действительность, по мнению А. Росса, должна быть объяснена через реальность, через факт: не существует объективной действительности, этот термин лишь подразумевает некие концептуально рационализированные переживания (*experience*) индивидов, которые и есть факты реальности (прежде всего психической). Следовательно, высказывания о действительности права имеют ценность только как обозначения определенного психофизического феномена, определенных «эмоций», психологических импульсов и связанных с ними переживаний и поведенческих позиций. Термин «действительность» служит для обозначения переживаний, проявляющихся в определенных поведенческих позициях, не обусловленных интересами (*disinterested*). Таким образом, понятие действительности права в концепции А. Росса очищается от метафизики и реинтерпретируется через факты — определенные психофизические переживания, признаваемые основой правового феномена. Действительность права предстает как концептуальная рационализация таких переживаний. Ученый вводит понятие «переживание действительности». По его мнению, именно существование этих особых переживаний породило веру в объективное существование такого свойства права, как действительность⁴⁹: некорректная

⁴⁵ Ross A. Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law / transl. from the Danish by A. I. Fausbell. Copenhagen, 1946. P. 20.

⁴⁶ Ibid. P. 32.

⁴⁷ С акцентом на действительность права данный вопрос был рассмотрен нами в другой работе: Васильева Н. С. Проблема действительности права в антиметафизической традиции (концепция Альфа Росса) // Вестник РУДН. Сер. Юридические науки. 2017. Т. 21, № 3. С. 396–414.

⁴⁸ Ross A. Towards a Realistic Jurisprudence. P. 12–13.

⁴⁹ Ross A. Directives and norms. P. 104.

интерпретация данных переживаний привела к возникновению идеи об объективном качестве действительности, доступном для познания⁵⁰. Это положение концепции Росса соответствует общему положению так называемого континентального правового реализма⁵¹ о процессе объективации, реификации, материализации; аналогичные утверждения можно встретить, например, в концепциях Л. И. Петражицкого и Э. Паттаро⁵².

Как обосновывается связь между действительностью и нормами, или, иными словами, как определить существование нормы? Росс определяет норму как директиву, которая определенным образом соответствует конкретным социальным фактам⁵³. В концепции Росса оба признака одинаково важны для определения существования нормы. Особо отметим, что эти признаки должны, по мнению Росса, использоваться для определения существования нормы в рамках доктринального исследования действенной правовой системы, т. е. через понятие *действенного* права. Недостаточно установить существование директивы: директива может существовать как лингвистический феномен, но для социальных наук, таких как теория права или исследование позитивной морали, указание на существование

⁵⁰ Ibid. P. 86.

⁵¹ Возможность отнесения концепции Росса к данному направлению является дискуссионным вопросом, но очевидным фактом можно признать значительное количество сходных положений, включая вышеизложенное. Подробнее о континентальном (психологическом) правовом реализме и его отличительных признаках см.: *Fittipaldi E.* Chapter 12. Introduction: Continental Legal Realism // *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Vol. 12. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. T. 2. Main Orientations and Topics / eds. E. Pattaro, C. Roversi. Dordrecht: Springer, 2016. P. 297–318.

⁵² Петражицкий называет такой процесс проекцией: содержание внутренних эмоциональных переживаний проецируется в пространство внешнего мира, поскольку соответствующие импульсы переживаются как импульсы с неким высшим ореолом и авторитетом. Паттаро также указывает: несмотря на то что приверженцы нормы приписывают ее содержанию внеэмпирическое существование, содержание нормы может существовать только как переживание обязывающего характера нормы. Для описания возникновения представлений о независимом и внешнем по отношению к субъекту характере норм права Паттаро использует термин «католодоксия» (*catholodoxia*). Поскольку каждый приверженец нормы верит в обязательность осуществления определенного типа поведения, все приверженцы верят, что определенный тип поведения будет для них обязывающим сам по себе, если они являются субъектами обязанности согласно данной норме. Это связано с универсализацией. Католодоксия — это вера в универсальность собственных верований, предположение, согласно которому наше верование имеет универсальный (всеобщий) характер. Нормы представляют собой типичные католодоксальные верования. Из-за католодоксии нормы, нормативные системы и реальность Должного в целом зачастую овещаются, гипостазируются. Такое мышление полезно для работы правовой системы, но требует предположения о том, что право состоит из неких объективных норм, и правовая система существует и управляется сама по себе, а нормы производятся независимо от того, верит ли кто-либо в их существование (*Pattaro E.* *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Vol. 1. *The Law and the Right: A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*. Springer Netherlands, 2007. P. 215–216). Сравнение психических механизмов проецирования Петражицкого и католодоксии Паттаро см. в: *Тимошина Е. В.* Теория и социология права Л. И. Петражицкого в контексте классического и постклассического правопонимания: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2013. С. 414–415.

⁵³ *Ross A.* *Directives and norms*. P. 82.

нормы подразумевает также отсылку к определенному социальному положению дел (*state of affairs*) — изменчивым, но тем не менее относительно регулярным условиям⁵⁴. Можно сказать, что норма существует, только если существуют определенные социальные факты. Определяющими для правового феномена социальными фактами являются регулярности следования директиве и определенные переживания: осознанное следование и восприятие директивы как обязывающей. Именно такие переживания и являются ключевыми в концепции Росса: паттерны поведения, которые могут быть названы нормами, должны быть *интернализированы*, т. е. переживаться как обязывающие; если правило поведения внутренне переживается как действительное, это означает, что оно переживается как обязывающее в значении возникающего чувства обязанности, долга⁵⁵. Критерий того, что паттерн поведения обладает обязывающей силой, находится в области умственных переживаний и реакций. Индивид чувствует особый вид психического «принуждения» (*compulsion*), не связанный с внешним психическим принуждением как давлением, проистекающим из угрозы санкций. Единственное общее между ними — это то, что индивид не чувствует себя свободным, он чувствует давление, принуждающее действовать не так, как он хотел бы. Обеспечивающее обязывающую силу принуждение, о котором пишет Росс, отличается от внешнего принуждения тем, что импульс не переживается как проявление какой-либо нужды или интереса, т. е. не укоренен ни в страхе зла, ни в желании блага. Поэтому, указывает Росс, принуждающий импульс обладает налетом непознаваемости и загадки, как будто бы он не возник из своей собственной природы, а был велением со стороны⁵⁶.

По сути, такое принуждение и рассматривается как особая обязывающая сила норм, а термин «действительность» служит для обозначения соответствующих психологических переживаний. Таким образом, переживание действительности связано со специфическими импульсами⁵⁷, не обусловленными интересами. Переживание действительности основывается на авторитете (уважении) и способности наблюдаемого социального порядка придавать себе свойство действительности («нормативная сила фактов»)⁵⁸.

Характеризуя специфическую действительность, Росс особо подчеркивает ее двойственное происхождение, связанное с неразрывной взаимосвязью, принципиальной неразделимостью двух ее компонентов, двух элементов реальности⁵⁹. Первый из них связан с физическим принуждением, применением силы, страхом перед угрозой применения силы

⁵⁴ Исходя из этого, приказ грабителя передать ему деньги не может быть рассмотрен как норма.

⁵⁵ Ibid. P. 84.

⁵⁶ Ibid. P. 85.

⁵⁷ Не случайно используется термин «импульс», подразумевающий не вполне контролируемое сознанием побуждение к действию.

⁵⁸ Ross A. A Textbook of International Law: General Part. P. 81.

⁵⁹ Ross A. Towards a Realistic Jurisprudence. P. 81.

(психическое принуждение, связанное с физическим), обусловленными интересами мотивами; а второй — с уважением, легитимностью, психическим принуждением (не связанным с физическим), влиянием социальной силы, спонтанными импульсами, не обусловленными интересами. Ни один из них в реальности не предшествует другому и не может быть рассмотрен отдельно: по мнению Росса, они взаимно порождают и стабилизируют друг друга⁶⁰. На первый взгляд, Росс признает, что вначале была грубая сила: «То, что вначале было... произвольной и непостоянной формой выражения грубой силы, становится легитимным принуждением»⁶¹. Однако далее Росс утверждает, что достаточно минимального проявления одного из двух факторов — принуждения или уважения, — чтобы началось развитие системы (правовой системы).

Система, основанная на силе, постепенно устанавливает себя как *действительную, легитимную*: постепенно под влиянием принуждения вырабатывается коллективный обычай, устанавливается «существующий» порядок; вырабатывается социальная сила, которая порождает необусловленные интересами спонтанные импульсы, побуждающие к действию; появляется уважение к существующему порядку, а применение принуждения становится редким. Вместе с тем наличие уважения (авторитета системы) само по себе предполагает создание силы, которая будет применять принуждение в тех редких случаях, когда авторитета оказывается недостаточно для возникновения спонтанных импульсов к соблюдению требований определенного поведения; авторитет будет основанием для применения принуждения; уважение способствует установлению системы как *реальной, принудительной*. Принуждение поддерживает стабильность системы, действуя в тех случаях, когда уважения оказывается недостаточно. Уважение, в свою очередь, поддерживает стабильность системы, когда принуждения оказывается недостаточно, но не только с помощью простой поддержки принуждения легитимностью: «уважение» также ограничивает силу, связывает ее определенным образом в рамках «идеологии» действительности.

Однако как, согласно такой трактовке действительности, можно отличить право от морали? По мнению Росса, отличие правовых переживаний действительности от моральных переживаний действительности заключается в том, что право переживается как социальный порядок, независимый от сознания индивида (так же, как правила игры в шахматы)⁶²:

1) хотя моральные переживания действительности также имеют социальное происхождение, существует огромное пространство для индивидуального: сознание является верховным арбитром в вопросах морали, моральные переживания предстают в рамках сознания как непосредственные откровения фактической «правильности»;

2) фактические обстоятельства, обуславливающие отличие двух типов переживаний действительности, следует искать в том факте, что правовые

⁶⁰ Росс называет взаимосвязь этих элементов индуктивной. Данный вопрос подробно рассматривается в: *Ross A. Towards a Realistic Jurisprudence*. P. 82–83.

⁶¹ *Ibid.* P. 83.

⁶² *Ross A. A Textbook of International Law: General Part*. P. 52–53.

переживания возникают и развиваются под давлением эффективной машинерии принуждения (*compulsion*), обеспечивающей определенные заранее установленные правила. Именно институциональный фактор, по мнению Росса, придает правовым переживаниям характер «социального порядка» или «позитивности».

Таким образом, право конвенционально и принудительно, а мораль не обладает одновременно обоими этими качествами. Несмотря на то что действительность права и действительность морали являются рационализацией необусловленных интересами импульсов, существует отличие. Моральная установка формируется и действует индивидуально и непосредственно применительно к конкретной ситуации, конкретному положению дел. Правовая установка (правосознание) формируется и действует не относительно конкретного поведения, а относительно силы, определяющей требуемое поведение (определяющей правило, как действительное). Более того, правовая установка формируется под влиянием действующей институционализированной системы принуждения, что исключает возникновение установки, имеющей индивидуальный характер. Правовая установка — институциональное правосознание — не может быть критической, поскольку представляет собой продукт фактически существующей системы. Критическое отношение к праву возможно в рамках особой моральной установки — морального правосознания, но такое правосознание, по сути, все равно является исключительно моральным сознанием, и несмотря на их несомненное взаимодействие, для права главную роль играет институциональное правосознание, поскольку подразумеваемая им специфическая действительность права в значительной степени независима от моральных установок. По мнению Росса, «позитивное право как факт вне всяких сомнений является одним из важнейших общих факторов, влияющих на формирование морального правосознания, в то же время последнее (моральное правосознание. — *H. B.*) опять же реагирует на дальнейшее развитие существующей правовой системы»⁶³.

Исходя из вышеизложенного, в основании правового феномена Росс выделяет четыре взаимосвязанных фактора, определяющих существование конкретного социального порядка, рассматриваемого как единство смысла и мотивации, обнаруживаемое в психофизических фактах: 1) институционализированная система принуждения; 2) поведенческая установка, обусловленная интересами (страх); 3) вера в авторитет (уважение) — поведенческая установка, не обусловленная интересами, и в конечном счете представления об особой действительности права; 4) авторитетное установление «норм», обусловленное способностью представлений о действительности создавать компетенцию. Первое обуславливает второе, второе порождает третье, а третье является основанием четвертого, в то время как четвертое создает первое.

Нормам права, указывает А. Росс, следуют в основном добровольно, за счет чувства действительности, придающего правилам обязывающую

⁶³ Ross A. Towards a Realistic Jurisprudence. P. 88.

силу⁶⁴. Поскольку нормы права — это нормы о применении силы, они адресованы властям, органам государства, и источником их эффективности является лояльность представителей этих органов конституции и производным от нее институтам, вместе с ненасильственными санкциями неодобрения и критики, подразумеваемыми такой установкой.

Таким образом, нормы права рассматриваются как нормы о применении принуждения, а не нормы, поддерживаемые принуждением. В основном им следуют добровольно, за счет наличия переживания действительности, которое наделяет их обязывающей силой. Они адресованы правоприменителям, и источником их эффективности является институциональное правосознание (специфический для права мотив, не обусловленный интересами) в сочетании с такими ненасильственными санкциями, как неодобрение, осуждение, критика. Нормы для частных индивидов (фигуративные нормы) производны от норм, адресованных правоприменителям, и не имеют независимого существования. С логической точки зрения, по мнению Росса, нет смысла выделять два вида норм — первичные с требованиями поведения для индивидов и вторичные с условиями применения санкций (директивами для правоприменителей), — поскольку содержание первичных норм *так или иначе* выводится из вторичных, в то время как обратное не выполняется⁶⁵. С психологической точки зрения, утверждает Росс, действительно существуют оба вида норм (первичные и вторичные): первичные нормы психологически воспринимаются как самостоятельные и могут быть признаны существующими, поскольку им регулярно следуют и ощущают их как обязывающие⁶⁶. На признание первичных норм существующими не влияет тот факт, что они обладают санкцией в виде угрозы принуждения и потому соблюдаются исходя из смешанных мотивов: обусловленных интересами (например, страх перед санкциями) и не обусловленных интересами (например, уважение к праву). Ввиду этого логический тезис о существовании только одного набора норм отнюдь не означает утверждение о том, что праву следуют только из страха.

Несмотря на признание двух типов норм с психологической точки зрения, поскольку только вторичные нормы права в полной мере основаны на мотивах, не обусловленных интересами, — переживаниях действительности, в своем анализе эффективности (действенности) права Росс призывает к «доктринальному исследованию» деятельности судов и других правоприменителей.

Поскольку А. Росс полагает, что в рамках теории права действительность можно надлежащим образом исследовать только через действенность, он подробно рассматривает действенность права в своей главной работе — «О праве и справедливости». Там ученый трактует действенность как эффективность, действенное право рассматривает как реально действующее право, а традиционные трактовки действительности права

⁶⁴ Ross A. Directives and norms. P. 90.

⁶⁵ «...primary norms, logically speaking, contain nothing not already *implied* (курсив наш. — *H. B.*) in secondary norms, whereas the converse does not hold» (Ibid. P. 92).

⁶⁶ Ibid.

как обязывающей силы называет метафизическими заблуждениями⁶⁷. А. Росс особо отмечает, что действенность в контексте его концепции «не имеет ничего общего с нормативным утверждением об обязанности (в моральном смысле) повиноваться праву»⁶⁸, т. е. с тем, что ученый называет нормативным понятием действительности и критикует. При этом А. Росс неоднократно связывает наличие такой обязанности (которая, как он показывает, должна быть именно моральной, внешней по отношению к праву) с понятием «обязывающей силы».

Представляется необходимым еще раз подчеркнуть, что датский правовед хотя и уделяет наибольшее внимание действенности права, также рассматривает и действительность права в собственной антиметафизической трактовке (в таких работах, как «Навстречу реалистической теории права: критика дуализма в праве» и «Директивы и нормы»). Однако отсутствие терминологического единства в сочетании со сложностями перевода затрудняют понимание положений, выдвигаемых ученым. В итоге можно прийти к одному из двух выводов:

1) А. Росс непоследователен: признает действительность права метафизической иллюзией, отказывается от ее рассмотрения, но при этом все равно включает данное понятие в свою правовую концепцию;

2) датский ученый имел в виду принципиально различные феномены, но стал заложником сложившегося словоупотребления. Например, в работе «О праве и справедливости» встречается такое утверждение А. Росса: «Идеи действительности являются метафизическими конструкциями, построенными на ложной интерпретации “обязывающей силы”, переживаемой в моральном сознании»⁶⁹. В то же время в других работах он обращается к «суперэмпирической» действительности и вопросу о надлежащей интерпретации обязывающей силы как особого «переживания действительности». На наш взгляд, можно сделать вывод, что в своей правовой концепции А. Росс предлагает иную, свою собственную интерпретацию «обязывающей силы», отвечающую выбранным им методологическим предпосылкам.

А. Росс говорит о том, что право является (социально) обязывающим, связывающим (*binding*) и воспринимается как таковое тем, к кому оно обращено. При этом очевидно, что он подразумевает отнюдь не нравственное чувство связанности правом. Датский ученый включает указанное положение в свою концепцию действенной правовой системы, находящуюся в рамках доктринального изучения права и основанную на фактах и эмпирических методах. Вопрос о том, как А. Росс обосновывает наличие чувства связанности правом (т. е. действительности, обязывающей силы права), подробно был рассмотрен нами выше. Здесь мы только отметим,

⁶⁷ Последнее — единственный контекст, в котором в данной работе упоминается действительность. В основном речь идет только о действенности. На это Росс особо обращал внимание в своей более поздней статье: Росс А. Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом. С. 469–470.

⁶⁸ Там же. С. 470.

⁶⁹ Ross A. On Law and Justice. P. 68.

что хотя А. Росс и критикует традиционное представление о действительности, называя его иллюзией, он признает, что эта иллюзия основывается на реальных фактах, которые могут быть основой для доктринального, описательного, реалистического, эмпирического исследования в соответствии с избранными А. Россом философскими основаниями его правовой концепции.

Хотя А. Росс и фокусируется на действенности, эффективности права, такая действенность не может быть решительно отделена от действительности как обязывающей силы, как чувства связанности правом. Если в результате эмпирического исследования мы обнаруживаем, что норма права является эффективной, одной из предпосылок чего будет наличие чувства связанности правом⁷⁰, то неизбежен вопрос о том, чем обусловлено наличие такого чувства и чем это чувство отличается от чувства связанности другими социальными нормами. Данный вопрос, таким образом, не может, да и не должен выводиться за рамки юриспруденции, что, на самом деле, довольно последовательно демонстрирует и сам А. Росс в основных своих работах: «Навстречу реалистической теории права: критика дуализма в праве» (1946 г.)⁷¹; «О праве и справедливости» (1953 г., английская версия — 1958 г.); «Директивы и нормы» (1968 г.). Указанная проблема не обязательно должна пониматься в том смысле, который А. Росс придает термину «обязывающая сила» в статье «Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом», т. е. не обязательно в контексте «нормативной действительности», связанной с априорной моральной обязанностью перед правовой системой, обязанностью повиноваться праву.

Вернемся, однако, к понятию действенности права. В концепции А. Росса понятия действенности и эффективности совпадают, при этом предполагая указание на существование (реальность, наличие) нормы или системы норм. Все существующее право является действенным, т. е. эффективность признается необходимым свойством норм права. Рассма-

⁷⁰ Ср. с положениями концепций Л. И. Петражицкого и Э. Паттаро. Например, Паттаро разделяет действенность и эффективность и полагает, что об эффективности нормы можно говорить лишь тогда, когда она сама по себе служит мотивом соблюдения обязанности субъектом, который является приверженцем данной нормы. Если в аналогичной ситуации ее соблюдают без указания на что-либо, что касается мотивов, которые стоят за таким соблюдением, то такая норма выступает действенной, практикуемой, но не эффективной. Связанность правом трактуется как психологически переживаемое самообязывание и подразумевает наличие у субъекта обязанности веры в то, что требование придерживаться определенного поведения является обязывающим само по себе. В концепции Петражицкого обязывающая сила права обосновывается прежде всего особыми эмоциями долга (мотивационными психическими процессами) — правовыми эмоциями, которые сами по себе составляют мотивацию к определенному поведению, что можно рассматривать как чувство связанности правом: осознание наличия обязанности порождает мотив к ее исполнению.

⁷¹ Дополненная версия более ранней работы, опубликованной в 1934 г. на датском языке под названием «*Virkelighed og gyldighed i retslæren: en kritik af den teoretiske retsvidenskabs grundbegreber*» («Реальность и действительность в юриспруденции: критика основных понятий теории права») (Ross A. *Virkelighed og gyldighed i retslæren. En kritik af den teoretiske retsvidenskabs grundbegreber*. Copenhagen, 1934).

тривая понятие действенности (эффективности) права, А. Росс основывается на эмпиризме и ищет основания такой действенности в социальных фактах в широком смысле, включая психические условия: «Необходимо воспринимать его (термин “действенный” (датск. *gæltende*). — Н. В.) как сокращенную отсылку к некоему комплексу социальных фактов, а именно к тем социальным фактам, которые в правоведении считаются необходимыми и достаточными для проверки утверждения о существовании правила или системы правил»⁷². Такими социальными фактами, которые в качестве правовых феноменов соответствуют нормам права, являются действия лиц, регулируемые этими нормами. Поскольку А. Росс полагает, что нормы права в конечном счете определяют условия применения принуждения государственными органами («или короче — нормы, в соответствии с которыми суды предписывают применение силы»), то такие правовые феномены — это правоприменительные решения (в основном решения судов). Именно здесь А. Росс призывает искать эффективность, определяющую действенность права: исследуя правоприменительную практику. Исходя из этого, он утверждает, что право (правовая система) содержит нормы поведения для судов (и других правоприменителей), а не для отдельных индивидов. «Инструкция для частного лица уже опосредованно содержится (*implicit*) в том факте, что заранее известна реакция судов, которую он может ожидать при определенных условиях. Если он хочет избежать такой реакции, это знание сподвигнет его надлежащим образом скорректировать свое поведение... Реальным содержанием нормы поведения является директива судье, в то время как инструкция для частного лица является производной, и фигуративная (*figurative*) правовая норма выводится из нее»⁷³.

Датский правовед предлагает в рамках теории права (доктринального исследования права) изучать правоприменительную практику, анализировать ее, исходя из того, что действенная правовая система будет использоваться как схема интерпретации поведения правоприменителей как когерентного целого смысла и мотивации. Такое когерентное целое предполагает гипотезу о том, что постоянство и предсказуемость действий правоприменителей основывается на intersubъективной нормативной идеологии, мотивирующей их. Иными словами, действенная правовая система — это и есть схема интерпретации, она состоит из набора нормативных идей, которые представляют собой абстрактное содержание представлений об определенном поведении в сочетании с соответствующими эмоциями (импульсами к соблюдению, переживаниями действительности, не обусловленным интересами мотивом).

С помощью такого инструментария предлагается делать доктринальные утверждения о действенном праве в виде «Директива Д является действенным правом в Российской Федерации» и подвергать их вери-

⁷² Росс А. Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом. С. 472.

⁷³ Ross A. On law and justice. P. 33.

фикации. Такие утверждения рассматриваются как предсказания о том, что при определенных обстоятельствах директива Д будет применена, например, судами Российской Федерации. Эти утверждения всегда будут лишь предсказанием, которое никогда не может быть подтверждено. При этом важно не забывать, что верифицируются именно доктринальные утверждения, т. е. с точки зрения внешнего взгляда на право, излагаемого учеными, авторами научных трудов и учебников.

Здесь необходимо отдельно отметить, что понимание утверждений о действенном праве как предсказаний и предлагаемый метод верификации — последствия сильного влияния логического эмпиризма на построения Росса, выраженные в работе «О праве и справедливости». Впоследствии это влияние сошло на нет, но в более поздних работах датский правовед подробно не рассматривал вопрос о действенности. В письме⁷⁴ Евгению Булыгину от 10 августа 1966 г. Росс признает свою ошибку (хотя и указывает, что считает ее вопросом логики, а не правового анализа) и, по-видимому, отказывается от понимания суждений о действенности как предсказаний будущих случаев применения нормы в пользу интерпретации таких суждений как утверждений о диспозиционном свойстве (юстициальности) нормы — интерпретации, предлагаемой Е. Булыгиным: «Норма действует, когда она может быть применена в судах, где применение означает ее использование для обоснования судебных решений»⁷⁵. Как справедливо отмечает Е. Булыгин, это в большей степени соответствует использованию слова «действенный» в обыденном и юридическом языках⁷⁶. Исходя из подобного толкования, высказывание «Норма *p* является действенной» будет означать следующее: «Если имеются определенные обстоятельства (выполнение необходимых для применения предпосылок), то суды будут применять норму *p*»⁷⁷.

В связи с вышеизложенным становятся очевидными недостатки некоторых критических обзоров правовой концепции А. Росса, в том числе авторства Герберта Харта. Так, Харт сравнивает концепцию действительности А. Росса с теми «примитивными» концепциями американских правовых реалистов, в которых утверждения о правах и обязанностях рассматриваются как предсказания действий правоприменителей⁷⁸. Представляется, что концепция Росса гораздо более сложна, чем те «сырые» теории американ-

⁷⁴ Е. Булыгин приводит отрывок из письма в своей статье «Действительное право и право действующее»: Булыгин Е. В. Избранные работы по теории и философии права. СПб., 2016. С. 216.

⁷⁵ Там же. С. 215.

⁷⁶ Булыгин Е. В. Понятие действительности / пер. с нем. М. В. Антонова // Известия вузов. Правоведение. 2016. № 4. С. 29.

⁷⁷ Здесь подразумевается сослагательное наклонение, а не предсказание (Там же. С. 30).

⁷⁸ Харт пишет: «Если не брать во внимание отсылку к чувствам и рассмотрение правового правила как “схемы объяснения” и как основания для предсказания, анализ Росса мало чем отличается от сырых (в английском оригинале используется слово *crude*. — Н. В.) теорий американского реализма, в которых утверждения о юридических правах и обязанностях рассматриваются как предсказания действий официальных лиц» (Харт Г. Л. А. Скандинавский реализм. С. 235–236).

ского реализма, о которых пишет Харт. Вероятно, недопонимание связано с тем, что Харт делает следующий ошибочный вывод о существовании концепции Росса: «Действительное (*valid*) право — это поддающаяся проверке гипотеза о будущем поведении судей и об особых чувствах, которые их мотивируют»⁷⁹. Исходя из этого, Харт выдвигает два возражения: 1) предсказание в форме «это — действительное правовое правило» не имеет смысла в устах судьи, потому что судья таким образом будет совершать акт признания; 2) если внесудебное использование такого утверждения является предсказанием будущего поведения и чувств судьи, то оно должно основываться на знании того, что судьи используют и понимают такое утверждение в непредсказывающем смысле⁸⁰. По мнению Харта, Росс не там, где надо, проводит разграничение внутреннего и внешнего аспектов, ошибочно рассматривая внутренний аспект как эмоции, а внешний — как поведение. С точки зрения Харта, внутренний и внешний аспекты различаются тем, что содержат принципиально различные типы утверждений: внешние утверждения о факте, описывающие социальную группу и эффективность ее правил, и внутренние выражения, используемые для критики в соответствии с формальными образцами поведения (стандартом), включающие в себя внутренние утверждения, подтверждающие принятие стандартов. Из критики Харта также очевидно, что ему не вполне удалось понять, относит ли Росс утверждения о действительности права к внешним или внутренним⁸¹. Прежде всего, Росс предлагает утверждения вида: «Директива Д является действенным правом». Такие утверждения в концепции Росса предназначены исключительно для внешнего описательного доктринального исследования права в книгах и учебниках. Предсказательная функция таких утверждений необходима лишь для проверки гипотезы о существовании внутренней нормативной идеологии, которая обусловлена переживаниями действительности. Данная гипотеза проверяется по отношению к правовой системе как когерентному целому смысла и мотивации, которое может служить схемой для интерпретации набора фактов реальности именно как действующей правовой системы. Однако Харт, не вдаваясь в подробности, просто предлагает отбросить «схемы объяснения». Кроме того, интерпретация Хартом эмоций как внутреннего аспекта правил представляется некорректной: внутренним аспектом правил является интернализованная директива, которая вызывает определенные эмоции. В своем ответе⁸² Харту Росс связывает противоречия позиций со сложностями перевода. Но, помимо исключительно лингвистических проблем недопонимания между Хартом и Россом, очевидно, существует и содержательная сторона проблемы: недопонимание связано не только с трудностями перевода, но и с разными философскими предпо-

⁷⁹ Там же. С. 235.

⁸⁰ Там же. С. 236.

⁸¹ Там же. С. 238–240.

⁸² Росс А. Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом С. 458–473.

сылками, а также с ошибочным пониманием отдельных аспектов правовой концепции Росса⁸³.

Особый интерес представляет тот факт, что можно провести параллели между «внутренней точкой зрения» Г.Харта и такими понятиями концепции А. Росса, как «нормативная идеология» и «когерентное целое смысла и мотивации», а точнее, между принятием, признанием и критической рефлексивной установкой (*critical reflective attitude*)⁸⁴ у Г.Харта и комбинацией мотивации (чувства) и когерентного целого смысла и мотивации у А. Росса. Таким образом, и Г.Харт, и А.Росс, и скандинавские реалисты основываются на одном и том же принципе: нормативность имеет основу в реальности, эта основа является эмпирическим фактом, а именно — психологическим.

Иногда исследователи выражают мнение, согласно которому концепция А. Росса ближе к американскому, чем к скандинавскому правовому реализму. Они обосновывают это особым вниманием, которое уделяется предсказаниям поведения правоприменителей. Произведенная нами реконструкция представлений А. Росса наглядно показывает, что, несмотря на это сходство, датский ученый и американские реалисты базируются на принципиально различных основаниях. Концепция Росса подразумевает, что предсказательная теория действенного права предназначена для доктринальных исследований права и верификации утверждений о действенном праве в рамках доктрины права — таким образом, внимание к предсказаниям и к применению права судами и официальными лицами ограничено очень узкой областью и к тому же основывается на положениях логического позитивизма о методологии научных исследований. Это отличается от целей, преследуемых в основных теориях американских правовых реалистов — как нормоскептиков, так и фактоскептиков, — которые так или иначе обращаются к деятельности правоприменителей для определения понятия права, области юриспруденции. С нашей точки зрения, правовая концепция Росса гораздо ближе к скандинавскому правовому реализму, чем к американскому, и во многом в связи с тем, какие роль и значимость придаются психологическим фактам и психике людей в целом.

Закключение. Исследование правовой концепции Альфа Росса — одного из знаковых правовых мыслителей XX в. — способно не только обогатить российский теоретико-правовой дискурс, но и предоставить всей отечественной юридической науке новый инструментарий для изучения права, который можно будет наиболее эффективно применить к российской правовой действительности.

Для надлежащего исследования правовой концепции А. Росса необходимо осуществить корректный перевод ключевых терминов, которые

⁸³ Подробнее об этом см.: *Holtermann J. v. H.* “This Cannot Be its Meaning in the Mouth of the Judge”. P. 9–11.

⁸⁴ Что, по сути, можно рассматривать как аналог чувства связанности правом в концепции Росса. См. об этом: *Shapiro S. J.* What is the internal point of view? // *Yale Law School Faculty Scholarship. Faculty Scholarship Series.* 2006. Paper 1336. URL: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1336 (дата обращения: 10.01.2018).

обозначают базовые понятия концепции. Используемые ученым датские термины *gældende / gælden* и *gyldig / gyldighet* предлагаем переводить как «действенный / действенность» и «действительный / действительность». С нашей точки зрения, такой перевод наилучшим образом подчеркивает особенности соотношения соответствующих понятий в правовой концепции А. Росса.

Хотелось бы особо отметить следующее. Хотя А. Росс при исследовании права во многом концентрируется на деятельности правоприменителей, это не должно вводить в заблуждение; его концепция далека от крайностей грубых реалистических подходов: ученый не рассматривает право как результат деятельности правоприменителей, хотя и призывает исследовать такую деятельность для определения действенного права. Одними из ключевых положений концепции А. Росса являются: призыв к исследованию правоприменительной практики для изучения права; представление о праве как прежде всего о директивах правоприменителям о применении силы (принуждения). Однако исследование правоприменительной практики необходимо исключительно для верификации утверждений о действенном праве в рамках доктринального исследования права, с помощью чего предлагается проверять гипотезы о том, что воспринимается (переживается) людьми как действительное право. Само по себе действительное право рассматривается как рационализация определенных психофизических переживаний (эмоции, импульсы, мотивы). Изучая факты реальности в рамках доктринального исследования права (верифицируя утверждения о действенном праве), т. е. изучая поведение людей, можно сделать вывод о том, на чем основывается подобная рационализация, иными словами, об основаниях действительности права. Подобная «суперэмпирическая» действительность проявляется в реальности, в поведении людей как действенность. Так замыкается круг взаимообусловленности должного и сущего в праве, который в концепции Росса предстает как соотношение действительности и действенности права. С помощью данного подхода ученый также преодолевает противоречия существующих теорий источников права и судебного толкования, связанные с традиционным дуализмом должного и сущего.

Концепция действительности права А. Росса в сочетании с его идеями о реформировании теории права и доктринальном (догматическом) исследовании права предполагает общетеоретические выводы на основе изучения конкретных правопорядков и таким образом опирается на реально существующее положение дел в конкретном обществе, а не на общетеоретические положения, выработанные в контексте иных правопорядков и обществ. Кроме того, датский правовед четко разделяет нормы и суждения о нормах и привлекает внимание к тому, что доктринальное исследование должно описывать существующее право, а не пытаться создавать новые нормы, смешивая описания реального положения дел и директивы правовой политики.

Литература

Антонов М. В. Альф Росс о проблеме действительности (валидности) права // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. С. 454–457.

Антонов М. В. Скандинавская школа правового реализма // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 645–668.

Булыгин Е. В. Действительное право и право действующее // Булыгин Е. В. Избранные работы по теории и философии права / под науч. ред. М. В. Антонова, Е. Н. Лисанюк, С. И. Максимова. М.: АЛЕФ Пресс, 2016. С. 209–221.

Булыгин Е. В. Понятие действенности / пер. с нем. М. В. Антонова // Известия вузов. Правоведение. 2016. № 4. С. 16–33.

Варламова Н. В. Право и мораль: соотношение в контексте различных типов правопонимания // Взаимодействие права и морали: материалы Международной научной конференции / отв. ред. Т. А. Сошникова. М.: Издательство Московского гуманитарного университета, 2014. С. 56–62.

Варламова Н. В. Формальное равенство как основополагающий принцип правового регулирования // Признание права и принцип формального равенства: сб. трудов междунар. науч. конф. (Воронеж, 10–11 июня 2015 г.) / редколл.: В. В. Денисенко (отв. ред.), М. А. Беляев. М.: Современная экономика и право, 2015. С. 35–40.

Васильева Н. С. Проблема действительности права в антиметафизической традиции (концепция Альфа Росса) // Вестник РУДН. Сер. Юридические науки. 2017. Т. 21, № 3. С. 396–414.

Лапаева В. В. Правовой принцип формального равенства как триединство равной меры, свободы и справедливости // Признание права и принцип формального равенства: сб. трудов междунар. науч. конф. (Воронеж, 10–11 июня 2015 г.) / редколл.: В. В. Денисенко (отв. ред.), М. А. Беляев. М.: Современная экономика и право, 2015. С. 8–14.

Росс А. Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. С. 458–473.

Росс А. О самореференции и загадке в конституционном праве / пер. с англ. А. А. Краевского // Известия вузов. Правоведение. 2012. № 3. С. 53–73.

Тимошина Е. В. Теория и социология права Л. И. Петражицкого в контексте классического и постклассического правопонимания: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2013. 556 с.

Харт Г. Л. А. Скандинавский реализм / пер. с англ. В. В. Оглезнева // Харт Г. Л. А. Философия и язык права. М.: Канон+ РООИ «Реабилитация», 2017. С. 230–240.

Aarnio A. Essays on the Doctrinal Study of Law. Springer Netherlands, 2011. XIV, 222 p.

Bulygin E. Valid Law and Law in Force (1999) // Bulygin E. Essays in Legal Philosophy. / ed. by C. Bernal, C. Huerta, T. Mazzarese, J. J. Moreso, P. E. Navarro, S. L. Paulson. Oxford: Oxford University Press UK, 2015. P. 284–292.

Bix B. H. L. A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory // SMU Law Review. 1999. N 52. P. 167–199.

Eliasz K., Jakubiec M. The Vienna Circle and the Uppsala School as philosophical inspirations for the Scandinavian Legal Realism // Semina Scientiarum. 2016. N 15. P. 107–123.

Eng S. Lost in the System or Lost in Translation? The Exchanges between Hart and Ross // Ratio Juris. 2011. Vol. 24, iss. 1. P. 112–246.

Fittipaldi E. Chapter 12. Introduction: Continental Legal Realism // A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 12. Legal Philosophy in the Twentieth

Century: The Civil Law World. T. 2. Main Orientations and Topics / eds. E. Pattaro, C. Roversi. Dordrecht: Springer, 2016. P. 297–318.

Hart H. L. A. Scandinavian Realism // The Cambridge Law Journal. Vol. 17, no. 2. November 1959. P. 233–240.

Holtermann J. v. H. “This Cannot Be its Meaning in the Mouth of the Judge”: The Case for the New English Language Translation of Alf Ross’s On Law and Justice, Forthcoming on Oxford University Press // Utopía y praxis latinoamericana: revista internacional de filosofía iberoamericana y teoría social. 2016. Vol. 20, no. 71. iCourts Working Paper Series N 53. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2770464> (дата обращения: 19.11.2017).

Pattaro E. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 1. The Law and the Right: A Reappraisal of the Reality that Ought to Be. Springer Netherlands, 2007. XXXIV, 458 p.

Peczenik A. On Law and Reason. Springer Netherlands, 2008. XVIII, 364 p.

Ross A. A Textbook of International Law: General Part. London: Longmans, Green and Co., 1947. 313 p.

Ross A. Directives and norms. New York: Humanities Press, 1968. ix, 188 p.

Ross A. On Law and Justice. Berkeley: University of California Press, 1959. 383 p.

Ross A. Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law / transl. from the Danish by A. I. Fausbell. Copenhagen: E. Munksgaard, 1946. 304 p.

Ross A. Virkelighed og gyldighed i retslæren. En kritik af den teoretiske retsvidenskabs grundbegreber. Copenhagen: Levin & Munksgaard, 1934. 390 p.

Schauer F. Editor’s Introduction // The Theory of Rules / eds. K. N. Llewellyn, F. Schauer. Chicago: The University of Chicago Press, 2011. P. 1–28.

Schauer F., Wise V. J. Legal Positivism as Legal Information // Cornell Law Review. 1997. N 82. P. 1080–1110.

Shapiro S. J. What is the internal point of view? // Yale Law School Faculty Scholarship. Faculty Scholarship Series. 2006. Paper 1336. URL: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1336 (дата обращения: 10.01.2018).

Strang J. Two Generations of Scandinavian Legal Realists // Retfærd Årgang 32. 2009. N 1/124. P. 61–82.

References

Aarnio A. *Essays on the Doctrinal Study of Law*. Springer Netherlands, 2011. XIV, 222 p.

Antonov M. V. Al’f Ross o probleme deistvitel’nosti (validnosti) prava [Alf Ross on the Problem of the Validity of Law]. *Russian Yearbook of Legal Theory*, 2009, no. 2, pp. 454–457. (In Russian)

Antonov M. V. Skandinavskaja shkola pravovogo realizma [Scandinavian School of Legal Realism]. *Russian Yearbook of Legal Theory*, 2008, no. 1, pp. 645–668. (In Russian)

Bix B. H. L. A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory. *SMU Law Review*, 1999, no. 52, pp. 167–199.

Bulygin E. Valid Law and Law in Force (1999). Bulygin E. *Essays in Legal Philosophy*. Oxford University Press UK, 2015, pp. 284–292.

Bulygin E. V. [Valid Law and Law in Force]. Bulygin E. *Izbrannye raboty po teorii i filosofii prava [The Selected Writings in Theory and Philosophy of Law]*. Eds. M. V. Antonov, E. N. Lisanyuk, S. I. Maksimova. St. Petersburg, Alef-press, 2016, pp. 209–221. (In Russian)

Bulygin E. V. Poniatie deistvennosti [The Concept of Effectiveness]. Translated from German by M. V. Antonov. *Izvestiia vuzov. Pravovedenie*, 2016, no. 4, pp. 16–33. (In Russian)

Elias K., Jakubiec M. The Vienna Circle and the Uppsala School as philosophical inspirations for the Scandinavian Legal Realism. *Semina Scientiarum*, 2016, no. 15, pp. 107–123.

Eng S. Lost in the System or Lost in Translation? The Exchanges between Hart and Ross. *Ratio Juris*, 2011, vol. 24, iss. 1, pp. 112–246.

Fittipaldi E. Chapter 12. Introduction: Continental Legal Realism. *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 12. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Tome 2. Main Orientations and Topics*. Eds. E. Pattaro, C. Roversi. Dordrecht, Springer, 2016, pp. 297–318.

Hart H. L. A. [Scandinavian Realism]. Translated from English by V. V. Ogleznev. Hart H. L. A. *Filosofia i iazyk prava [Philosophy and Language of Law]*. Moscow, Kanon+ROOI “Reabilitaciya” Publ., 2017, pp. 230–240. (In Russian)

Hart H. L. A. Scandinavian Realism. *The Cambridge Law Journal*, vol. 17, no. 2. November 1959, pp. 233–240.

Holtermann J. v. H. “This Cannot Be its Meaning in the Mouth of the Judge”: The Case for the New English Language Translation of Alf Ross’s On Law and Justice, Forthcoming on Oxford University Press. *Utopía y praxis latinoamericana: revista internacional de filosofía iberoamericana y teoría social*. 2016, vol. 20, no. 71. iCourts Working Paper Series N 53. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2770464> (accessed: 19.11.2017).

Lapaeva V. V. [Legal Principle of Formal Equality as a Triune of Equal Measure, Freedom and Justice]. *Priznanie prava i printsip formal'nogo ravenstva: sb. trudov mezhdunar. nauch. konf. (Voronezh, 10–11 iyunia 2015 g.) [Recognition of Law and the Principle of Formal Equality: Proceedings of an International Science Conference (Voronezh, 10–11 June 2015)]*. Eds. V. V. Denisenco, M. A. Belyaev. Moscow, Sovremennaya ehkonomika i pravo Publ., 2015, pp. 8–14. (In Russian)

Pattaro E. *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 1. The Law and the Right: A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*. Springer Netherlands, 2007. XXXIV, 458 p.

Peczenik A. *On Law and Reason*. Springer Netherlands, 2008. XVIII, 364 p.

Ross A. *A Textbook of International Law: General Part*. London, Longmans, Green and Co., 1947. 313 p.

Ross A. *Directives and norms*. New York, Humanities Press, 1968. ix, 188 p.

Ross A. O samoreferentsii i zagadke v konstitutsionnom prave [On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law]. Translated from English by A. A. Kraevsky. *Izvestiia vuzov. Pravovedenie*. 2012, no. 3, pp. 53–73. (In Russian)

Ross A. *On Law and Justice*. Berkeley, University of California Press, 1959. 383 p.

Ross A. *Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law*. Translated from the Danish by Annie I. Fausbell. Copenhagen, E. Munksgaard, 1946. 304 p.

Ross A. Validnost' i konflikt mezhdu pravovym pozitivizmom i estestvennym pravom [Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law]. Translated from English by M. V. Antonov. *Russian Yearbook of Legal Theory*. 2009, no. 2, pp. 458–473. (In Russian)

Ross A. *Virkelighed og gyldighed i retslæren. En kritik af den teoretiske retsvidenskabs grundbegreber [Reality and Validity in Jurisprudence. A Critique of the Basic Concepts of Theoretical Legal Science]*. Copenhagen, Levin & Munksgaard, 1934. 390 p.

Schauer F. Editor’s Introduction. *The Theory of Rules*. Eds. K. N. Llewellyn & F. Schauer. Chicago, The University of Chicago Press, 2011, pp. 1–28.

Schauer F., Wise V. J. Legal Positivism as Legal Information. *Cornell Law Review*. 1997, no. 82, pp. 1080–1110.

Shapiro S. J. What is the internal point of view? *Yale Law School Faculty Scholarship. Faculty Scholarship Series. 2006. Paper 1336*. Available at: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1336 (accessed: 10.01.2018).

Strang J. Two Generations of Scandinavian Legal Realists. *Retfærd Årgang* 32. 2009, no. 1/124, pp. 61–82.

Timoshina E. V. *Teoriia i sotsiologiya prava L. I. Petrazhitskogo v kontekste klassicheskogo i postklassicheskogo pravoponimaniia. Dis. d-ra iurid. nauk [Petražyckis Theory and Sociology of Law in the Context of Classical and Postclassical Legal Theory. Dr. Sc. Thesis]*. Moscow, 2013. 556 p. (In Russian)

Varlamova N. V. [Formal Equality as a Fundamental Principle of Law in Action]. *Priznanie prava i printsip formal'nogo ravenstva: sb. trudov mezhdunar. nauch. konf. (Voronezh, 10–11 iunija 2015 g.) [Recognition of Law and the Principle of Formal Equality: Proceedings of an International Science Conference (Voronezh, 10–11 June 2015)]*. Eds. V. V. Denisenco, M. A. Belyaev. Moscow, *Sovremennaia ehkonomika i pravo Publ.*, 2015, pp. 35–40. (In Russian)

Varlamova N. V. [Law and Morals: Correlation in the Context of Different Legal Theories]. *Vzaimodeistvie prava i morali: materialy Mezhdunarodnoi nauchnoi konferentsii [Interaction of Law and Morals: Proceedings of an International Science Conference]*. Ed. by T. A. Soshnikova. Moscow, *Moscow University for the Humanities*, 2014, pp. 56–62. (In Russian)

Vasilyeva N. S. Problema deistvitel'nosti prava v antimetafizicheskoi traditsii (kontseptsiiia Al'fa Rossa) [The Problem of Legal Validity in the Anti-Metaphysical Approach (Alf Ross's Conception)]. *Vestnik Rossiiskogo universiteta družby narodov. Seriya: Iuridicheskie nauki [RUDN Journal of Law]*. 2017, vol. 21, no. 3, pp. 396–414. (In Russian)