



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-3-396-414

ПРОБЛЕМА ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ ПРАВА В АНТИМЕТАФИЗИЧЕСКОЙ ТРАДИЦИИ (КОНЦЕПЦИЯ АЛЬФА РОССА)

Н.С. Васильева

Санкт-Петербургский государственный университет
Юридический факультет
199034, Санкт-Петербург, Россия, Университетская наб., 7/9

В статье проводится анализ основных подходов к проблеме действительности права, на основе которого выделяется ряд аспектов феномена, обозначаемого термином «действительность права»: нормативная значимость, социальная и (или) психологическая эффективность, объективная данность, обязывающая сила. В связи с отсутствием определения понятия действительности права формулируется авторское определение данного понятия, свободное от ограничений, зависящих от принимаемого подхода к праву. Действительность права определяется как специфический механизм (особая сила) нормативного воздействия на поведение людей. Соответственно, обязывающая сила права трактуется не как обязанность повиноваться праву, а как механизм возникновения правовых обязанностей. Также в статье предлагается классификация подходов к обоснованию действительности права, а один из подходов — антиметафизический — рассматривается на примере концепции действительности права, сконструированной датским правоведом Альфом Россом, представителем скандинавского правового реализма. Указанная концепция реконструируется с учетом анализа терминологических проблем, характерных для переводов его работ на английский язык и исследований его творчества. Автор приходит к выводу, что ключом к надлежащему осмыслению концепции А. Росса является адекватное терминологическое разграничение двух основополагающих понятий, отражающих позицию ученого относительно проблемы действительности права в контексте соотношения Должного и Сущего в праве. Предлагается переводить датский термин *«gælden»* как «действенность», поскольку речь идет о действующем и эффективном праве, а *«gylldighet»* — как «действительность», поскольку подразумевается обязывающая сила права, связанная с долженствованием. В концепции А. Росса действительность проявляется в реальности и доступна непосредственному наблюдению и научному исследованию в рамках юриспруденции через действенность. Выявив действенное право в ходе исследования фактов реальности — поведения людей — можно сделать предположение о том, что переживается и рационализируется людьми как действительное право. Автор статьи приходит к выводу о том, что несмотря на свои предубеждения против действительности права как обязывающей силы А. Росс предлагает собственную, весьма гармоничную интерпретацию «обязывающей силы», отвечающую выбранному им методологическим предпосылкам (таким, как строгий эмпиризм, нонкогнитивизм, когерентизм).

Ключевые слова: действительность права; природа права; действенность права; эффективность права; нормативность права; обязывающая сила; Альф Росс; скандинавский правовой реализм

I. ВВЕДЕНИЕ

Проблема действительности права является одной из важнейших в онтологии права, связанной с целой группой проблем: принуждение в праве, принудительная или обязывающая сила права, эффективность и нормативность права, отграничение права от иных нормативных порядков, соотношение морали и права, идентификация действительных правовых норм. В том или ином виде проблеме действительности затрагивали все исследователи природы права, обосновывая действительность права с точки зрения разделяемых ими теоретико-правовых подходов. На комплексный характер проблематики действительности права обращает внимание в своей монографии Стивен Мюнцер (Munzer, 1972:1). Нередко, когда речь идет о понятии действительности права, наряду с термином «действительность» используются такие термины, как «нормативность», «действенность», «эффективность», «валидность», «обязывающая сила». Современную терминологию и формулировку проблемы обусловила бурная дискуссия о действительности права, развернувшаяся в XX в., главными участниками которой стали Г. Кельзен, Г.Л.А. Харт и А. Росс. К настоящему времени термин «действительность права» можно признать устоявшимся, наиболее пригодным для обозначения указанной выше группы проблем. Однако что обозначает данный термин? В теории права предлагается множество подходов к обоснованию действительности права, но существует ли определение *понятия* действительности права?

II. ПОНЯТИЕ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ ПРАВА

В рамках конкретного исследования выбор ученым определенной терминологии и отдельных вопросов, относящихся к проблеме действительности права, во многом обусловлен типом правопонимания. Как показывает анализ трудов представителей различных теоретико-правовых подходов, юснатуралисты охотно используют термин «действительность права», подчеркивая идеальную природу права; юспозитивисты склонны исследовать «нормативность» и формальный аспект права; психологические направления изучают «обязывающую силу» и даже чувство «связанности» правом, правовые реалисты стремятся обнаружить «эффективность» права.

Очевидно, что все это подразумевает наличие некоего феномена, который может быть рассмотрен в рамках теоретического исследования права. Что можно сказать с уверенностью об этом феномене? Он так или иначе связан с описанием того, что отличает право от других явлений. В конечном счете можно свести эту проблематику к особенностям влияния права на поведение людей, что

обусловлено особой обязывающей силой права, которая является основанием действительности права. Это специфическое понимание действительности, характерное только для науки о праве в силу особенностей ее предмета: оно обусловлено нормативной природой права как системы правил поведения, создающих права и обязанности. Исходя из этого, если право существует, то оно непременно обязывает (и управомочивает). Все остальное или история права, или проект права.

Подобный механизм обязывания представляет особый интерес. Можно предположить наличие специфической силы права, которая характеризует особенности влияния права на человеческое поведение, и сформулировать широкое определение понятия действительности права, свободное от ограничений, зависящих от принимаемого подхода к праву. *Действительность права* — это существенный признак права, который представляет собой специфический механизм (особую силу) нормативного воздействия на поведение людей. Обоснование действительности права, т.е. описание указанного механизма — это уже иной вопрос, решение которого неразрывно связано с выбором определенного подхода к праву. Предложенное определение может служить отправной точкой для исследования проблемы действительности права, а также, что, возможно, даже более важно, служить общей основой для дискуссий на эту тему, поскольку позволяет избежать недопонимания между исследователями, руководствующимися различными подходами к праву.

Попытки внести ясность в вопрос об определении понятия действительности права уже предпринимались исследователями.

Р. Алекси посвятил этой проблематике свою книгу «Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму)». Согласно правовой концепции Алекси, «трем элементам понятия права: социальной действительности, правильности содержания и надлежащему установлению — соответствуют три понятия действительности: социологическое, этическое, юридическое» (Alexy, 2011:105). *Социальная действительность* (социологическое понятие действительности) понимается как действенность, эффективность (*Wirksamkeit*): норма соблюдается, а ее несоблюдение влечет за собой применение санкций. *Моральная действительность* (этическое понятие действительности) рассматривается как свойство морально оправданных норм (*Richtigkeit*). *Правовая действительность* (юридическое понятие действительности) в узком смысле понимается как указание на надлежащее установление нормы (*Gesetztheit*), а в широком — либо как социальная действительность (позитивистское понятие), либо как сочетание социальной и моральной действительности (непозитивистское понятие). Р. Алекси полагает, что основанием действительности права в конечном счете следует считать «притязание на правильность» (Alexy, 2011:41–42).

Н.В. Варламова в обстоятельной статье, посвященной непосредственно проблемам интерпретации понятия действительности права (Varlamova, 2013), предлагает использовать для описания правопорядка два понятия — «действи-

тельность» и «действенность». Действительность отделена от действенности и определяется формальными (создание норм в надлежащем порядке) и материальными (соответствие основному принципу, лежащему в основе правопорядка) основаниями (Varlamova, 2013:114–115). В свою очередь, действенность понимается как фактическая реализуемость, обеспечиваемая санкциями и обусловленная в итоге действенностью (легитимностью) правопорядка в целом (Varlamova, 2013:115). В связи с особенностями соотношения Сущего и Должного применение принуждения признается необходимым условием действенности, а основанием действительности признается легитимация (Varlamova, 2013:102) как признание значимости правопорядка и стремление избежать предельной санкции (выход за рамки данного нормативного порядка, его разрушение).

Е.В. Булыгин предлагает еще один четко сформулированный подход к пониманию действительности права. На основе предложенного Ежи Вроблевским (*Jerzy Wróblewski*)¹ подхода он выделяет нормативную (обязывающая сила, *binding force*), фактическую (эффективность, действенность, *efficacy*) и системную (отграничение норм права от иных социальных норм, *validity*) действительность/валидность права (Bulygin, 2015:285–287).² *Системная валидность* рассматривается как дескриптивная концепция, подразумевающая, что норма валидна внутри определенной правовой системы, только если принадлежит к этой системе, является ее частью (*membership*), в связи с 1) надлежащим установлением в соответствии с нормами компетенции, либо 2) эффективностью нормы, либо 3) логической выводимостью из набора действенных норм. *Нормативная валидность* как обязывающая сила подразумевает, что указание на валидность нормы предписывает обязанность ей повиноваться. *Фактическая валидность* рассматривается как эффективность, указывающая на соотношение между нормами и фактическим поведением их адресатов (аналогично понятию *Wirksamkeit* у Г. Кельзена). Набор эффективных норм права составляет действующее право (*law in force*).

В Стэнфордской энциклопедии философии, одном из наиболее влиятельных (особенно для англо-американской правовой науки) современных изданий, справедливо отмечается, что проблема действительности права подразумевает интерес к праву как к нормативной социальной практике, направленной на управление человеческим поведением с помощью создания мотивов действий. С учетом наличия иных нормативных порядков исследование природы права разделяется на две части (Marmor, Sarch, 2015):

¹ Е. Вроблевский предложил следующую концепцию аспектов действительности права: системная действительность, фактическая действительность, аксиологическая действительность (Wróblewski, 1982; Wróblewski, 1986).

² Аулис Аарнио (*Aulis Aarnio*) (1987) также придерживается предложенного Вроблевским разграничения и предлагает следующее соотношение терминов: системная валидность = валидность, фактическая валидность = эффективность, аксиологическая валидность = приемлемость (*acceptability*).

1) основания действительности права: исследование отличия права от других нормативных порядков и проблемы определения того, является ли конкретная норма правовой;

2) нормативность права — двойная задача объяснения и обоснования нормативного аспекта права: объяснение того, как нормы права влияют на поведение человека, и обоснование того, почему люди *должны* следовать требованиям права.

При этом отмечается, что существуют направления в теории права, которые концентрируются только на первой задаче объяснения, и концепции, согласно которым эти два аспекта нормативности права не могут быть разделены. С нашей же точки зрения, не могут быть разделены не только аспекты нормативности, но и нормативность права и основания действительности права — иначе невозможно целостное и непротиворечивое исследование проблемы действительности права.

В рамках рассмотрения *оснований действительности права* в Энциклопедии особо отмечается вклад юридического позитивизма, который может быть выражен в нескольких так называемых «тезисах»:

– *социальный тезис, или тезис о происхождении (Pedigree Thesis)*, подразумевающий, что основание действительности права заключается в социальных (ненормативных) фактах, т.е. фактах, касающихся поведения, верований и взглядов людей; таким фактом может быть политический суверенитет (право как команда суверена) или социальные правила (правило признания);

– *тезис конвенциональности*³, который подчеркивает, что социальные факты, обосновывающие действительность права, приобретают силу за счет социального соглашения определенного рода;

– *разделительный тезис*, заключающийся в концептуальном разделении права и морали, разделении того, что *есть* право и каким оно *должно* быть, разграничении действительности права и его моральной обоснованности.

И.Л. Честнов обсуждает вопрос о действительности права при рассмотрении вопроса о признаках права, в качестве которых он рассматривает общеобязательность и обусловленную ею нормативность. Нормативность, по мнению ученого, означает, что «право представляет собой прежде всего совокупность социальных норм — правил поведения, регулирующих отношения между людьми», и проявляется в коммуникативности, т.е. «взаимодействиях людей, объединенных вырабатываемым в ходе этих интеракций согласием, разделяемым участниками коммуникации общим знанием о правильном поведении в такого рода ситуации» (Chestnov, 2012:298–299). И.Л. Честнов отмечает, что для обозначения нормативности права используются термины «действительность»,

³ Энциклопедия не называет его прямо, но это распространенное использование терминологии (Coleman, 2001; Nimma, 2004).

«действенность», «валидность», и предлагает следующие способы их разграничения и употребления (Chestnov, 2012:299):

1) термин «действенность» — самый удачный вариант, так как «указывает на социальное действие или эффект, производимый правом»;

2) термин «действительность» более подходит для указания на существование нормы, но по сути означает то же, что и действенность: «существование права как раз и проявляется в его действенности, в производимом эффекте»;

3) термин «валидность» акцентируется с точки зрения юридической силы нормы права, что относится к другому ее аспекту — формальному.

Этот критерий дополняется оценочным критерием — «притязанием на значимость» (Chestnov, 2012:301–302), который, в отличие от «притязания на правильность» Р. Алекси, не основывается на морали. Нормативность предстает как эмпирически наблюдаемое проявление и конкретизация общеобязательности, которая трактуется как наибольшая социальная значимость с точки зрения целостности социума: правовые нормы способны эффективно поддерживать функционирование и целостность общества, а их нарушение ставит существование общества под угрозу (Chestnov, 2012:308–316).

Нетрудно заметить, что все представленные позиции перечисляют и раскрывают отдельные аспекты действительности права, однако не в полной мере объясняют, почему различные аспекты онтологии права обозначаются одним и тем же термином и столь взаимосвязаны. Можно также сделать следующий вывод: независимо от методологических оснований ученые признают, что существует несколько аспектов феномена действительности права, несколько возможных значений этого понятия: нормативная значимость, социальная и/или психологическая эффективность, объективная данность, обязывающая сила. Данные аспекты могут быть исследованы и объяснены с помощью предлагаемого нами широкого определения понятия действительности права, поскольку являются различными проявлениями особенностей механизма нормативного воздействия права на поведение людей.

III. ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ ПРАВА В АНТИМЕТАФИЗИЧЕСКОЙ ТРАДИЦИИ

Анализ существующих вариантов обоснования действительности права позволяет выделить два основных подхода: метафизический и антиметафизический. Первый характерен для всех направлений естественно-правового подхода, а второй — для всех вариантов юридического позитивизма, от этатизма и формализма до аналитической юриспруденции, чистого учения о праве и психологического реализма. Для метафизического подхода характерно обоснование действительности права с использованием ссылки на соответствие права морали в широком смысле: в конечном счете правом признается только то, что соответствует определенным объективным «моральным» принципам, априорному

метафизическому стандарту. Для антиметафизического подхода характерно прямое или косвенное обоснование действительности права через признак принуждения в широком смысле. Подобно тому как в рамках метафизического подхода для обоснования используются различные принципы и стандарты, в рамках антиметафизического подхода можно встретить разнообразные вариации признака принуждения: например, физическое принуждение со стороны суверена; комбинации физического и психического принуждения; признание, необходимое для принуждения; влияющее на сознание людей существование и действие организованной общественной силы, обладающей монополией на насилие. Именно в рамках антиметафизического подхода к обоснованию действительности права появился разделительный тезис, а действительность права стала одним из ключевых понятий и предметом плодотворных дискуссий.

Первоначально антиметафизический подход развивался в рамках юридического позитивизма. И. Бентам и Дж. Остин сформулировали разделительный тезис, призвали к отказу от метафизики при исследовании позитивного права, утвердили ключевую роль принуждения в обосновании действительности права. Г. Кельзен поддержал и развил разделительный тезис и призыв к «очищению» от метафизики; ввел понятие основной нормы, совершенствуя обоснование действительности через принуждение для преодоления недостатков более ранних концепций; выдвинул утверждение о том, что право предстает как система предписаний правоприменительным органам по применению принуждения; рассмотрел с позитивистской точки зрения проблему действительности права в контексте дуализма Должного и Сущего; предложил концепцию соотношения действительности и действительности. Г. Харт, обосновывая действительность права, связал принуждение в праве с признанием и принятием авторитета права, введя такие понятия как «правило признания», «внутренняя точка зрения», «критическая рефлексивная установка»; отметил, что, несмотря на физический характер принуждения, характерный для права, достаточно и непрерывного убеждения в возможности такого принуждения; признал, что такое принуждение не обязательно осуществляется государством.

В XX в. проблема действительности права в рамках антиметафизической традиции рассматривалась также скандинавскими правовыми реалистами. Стремление к эмпиризму в рамках этого направления приобрело радикальные черты. Концентрируясь на внутреннем мире индивидов и их деятельности в сфере права, скандинавский реализм рассматривал традиционные юспозитивистские теоретические конструкции как основанные на эмпирически неверифицируемых метафизических понятиях. Наряду с прочими понятие действительности права в его прежнем виде было признано иллюзией и объяснено с точки зрения социально-психических фактов. При этом в основном скандинавский реализм концентрировался на исследовании психических явлений, состояний, верований, идей, переживаний. Это позволяет отдельным исследователям

(Fittipaldi, 2016) рассматривать данное направление вместе с психологической школой Л.И. Петражицкого под общим названием «психологический реализм».

Характеризуя эволюцию обоснования действительности права с помощью признака принуждения в рамках антиметафизической традиции, можно сделать следующий вывод: произошел переход от представления о том, что нормы права обеспечиваются принуждением (как это было в классическом юридическом позитивизме), к представлению о праве как о системе норм о принуждении (применении принуждения)⁴.

IV. КОНЦЕПЦИЯ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ ПРАВА АЛЬФА РОССА

Реалистическая концепция действительности права, созданная датским правоведом А. Россом, соединяет в себе основные достоинства различных вариантов обоснования действительности права, характерных для антиметафизического подхода.

Но прежде всего необходимо сказать о проблемах терминологии, вызывающих путаницу, заблуждения и необоснованную критику при исследовании концепции А. Росса. В своих работах на датском языке А. Росс использовал два понятия «*gælden*» и «*gyldighet*», которые в английских переводах его работ (и в работах, написанных самим А. Россом на английском языке) переведены одним и тем же термином «*validity*», а в немногочисленных русских переводах и исследованиях также обозначаются каким-либо одним термином — чаще всего «валидность» или «действительность». Такое положение дел значительно искажает содержание представлений А. Росса о действительности права и его правовой концепции в целом. На эту проблему, в частности, указывают такие современные скандинавские исследователи, как Свен Энг (Eng, 2011:6) и Якоб Холтерман (Holtermann, 2016:196), которые при этом полагают, что трудности перевода лишь частично ответственны за недопонимание наравне с невнимательностью исследователей и логическими ошибками критиков А. Росса. В русском языке в отличие от английского можно адекватно отразить различие между датскими «*gælden*» и «*gyldighet*», являющееся ключом к представлениям А. Росса о действительности права. Мы предлагаем использовать следующие термины:

1) «действенность» (*gælden*), когда речь идет о действующем и эффективном праве, о действенном праве, об имеющем силу праве;

⁴ Причины такой эволюции во многом связаны с преодолением логического круга *definitio per idem*, возникшего вследствие отказа от идеи персонифицированного суверена в качестве власти, фундирующей правопорядок, отмечает Е.В. Тимошина (Timoshina, 2011:53).

2) «действительность» (*gyldighet*), когда речь идет непосредственно о действительности (которая находится в сложной связи с действительностью).

Правовая концепция А. Росса основывается на предлагаемом датским ученым соотношении понятий действительности и действительности, которое необходимо для преодоления сложностей, связанных с проблемой дуализма Должного (действительности) и Сущего (реальности, фактичности). Свой взгляд на данную проблему А. Росс выражает следующим образом: «Право, в отличие от морали, не является чистым идеалом (*ideality*). Но также и не является, в отличие от тирании грубой силы, исключительно эмпирической социальной реальностью. Право одновременно действительное и фактическое, идеальное и реальное, метафизическое и физическое — но, однако, не как соединение этих двух вещей, а как манифестация действительности в реальности, которая только таким образом квалифицируется как право» (Ross, 1946:20). Это обуславливает предлагаемое датским правоведом решение проблемы дуализма: «суперэмпирическая» действительность проявляется в реальности и только так может быть рассмотрена как сущностный признак права (Ross, 1946:32). В концепции А. Росса действительность проявляется в реальности и доступна непосредственному наблюдению и научному исследованию в рамках юриспруденции через действительность; вопреки существующему заблуждению эти два понятия не рассматриваются как тождественные.

Действительность права. А. Росс признает пришедшим из юснатурализма заблуждением традиционные концепции действительности права, которые рассматривают ее как априорное свойство права, имеющее метафизический характер и не отвечающее критериям эмпиризма (не имеющее соответствия в социальных фактах). Однако ученый не отвергает концепцию действительности права вообще: он полагает, что действительность права и реальность права не являются несовместимыми понятиями и составляют два аспекта одного и того же феномена, а концепция действительности может быть представлена без отсылок к метафизике. При этом монистические концепции Г. Кельзена и американских реалистов отвергаются А. Россом, он полагает, что нельзя сводить право только к действительности, как Г. Кельзен, или только к факту, как американские реалисты. Действительность, по мнению А. Росса, должна быть объяснена через реальность, через факт: не существует объективной действительности, есть лишь концептуально рационализированные переживания индивидов. Исходя из этого, высказывания о действительности имеют ценность только как обозначения определенного психофизического феномена, определенных эмоций. Действительность служит для обозначения эмоций, проявляющихся в определенных поведенческих позициях (Ross, 1959:61–62, 364–368), не обусловленных интересами (*disinterested*). Таким образом, понятие действительности права в концепции А. Росса очищается от метафизики и реинтерпретируется через факты — определенные психофизические переживания (эмоции), признаваемые основой правового феномена. Действительность права предстает как

концептуальная рационализация таких переживаний. Датский правовед вводит понятие «переживания (опыта) действительности». По мнению А. Росса, именно наличие подобных переживаний породило веру в объективное существование такого свойства права, как действительность (Ross, 1968:104). Согласно его концепции, изучая факты реальности, можно сделать вывод о том, на чем основывается возникновение и рационализация переживаний действительности, т.е. об основаниях действительности права. Переживание (опыт) действительности обусловлено наблюдением за систематическим соблюдением права в сочетании со знанием о возможных неблагоприятных последствиях нарушения и внушает индивиду представление о праве как о некоем объективно существующем явлении (Ross, 1968:86). В результате в сознании людей в соответствующих ситуациях возникает импульс осуществлять требуемое правом поведение. Возникает ситуация, при которой нет никаких препятствий для нарушения правила, и более того, интересы могут побуждать действовать иначе, чем предписывает правило, однако человек не чувствует себя свободным вести себя таким образом. Это отличается и от внешнего принуждения, и от внутреннего желания: импульс не воспринимается как проявление собственных нужд и интересов, не укоренен ни в страхе неблагоприятных последствий, ни в желании некоего блага (Ross, 1968:85).

Проанализируем позицию А. Росса с помощью предлагаемого нами в данной статье определения понятия действительности: специфический механизм воздействия права на поведение людей заключается в возникновении и концептуальной рационализации переживаний действительности в сознании индивидов. Специфика этого механизма связана с тем, что индивиды могут наблюдать систематическое соблюдение права и неблагоприятные последствия его нарушения — а это в конечном счете обосновывается через признак принуждения (силы), отраженный в следующих сущностных признаках права, выделяемых А. Россом (Ross, 1959:59).

1. Право состоит из правил, связанных с применением силы. Сила (*force*), рассматриваемая относительно фигуративных норм права (нормы для частных субъектов, производные от норм, адресованных правоприменителям), предстает как санкция, т. е. давление с целью обеспечить желаемое поведение.

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, т. е. право имеет институциональный характер. Поэтому право воспринимается индивидами как нечто объективное и имеющее внешнее происхождение: так проявляется надындивидуальное чувство общности, социальный порядок, укорененный в формальном правосознании (формальное правосознание в концепции А. Росса подразумевает уважение к праву в его институциональном аспекте, а также обуславливает то, что применение силы предстает не как грубое насилие, а как правомерное принуждение).

А. Росс утверждает, что право в его целостности определяет, при каких условиях осуществляется применение принуждения (силы), а также определяет и органы власти, учрежденные для того, чтобы принимать решения о применении силы. В этом вопросе датский ученый разделяет взгляды Г. Кельзена и К. Оливекроны: право рассматривается как система норм о применении принуждения, а не как система норм, поддерживаемая принуждением. По мнению А. Росса, особое значение и эффект публичному применению силы придает то, что применение физической силы во всех своих проявлениях является в настоящее время монополией органов власти: «Национальная правовая система это правила построения и функционирования государственного механизма насилия» (Ross, 1959:34).

Как полагает датский правовед, этих признаков достаточно, чтобы отличать право от других нормативных систем, хотя он и не считает этот вопрос достойным особого внимания: «если отбросить эти метафизические предпосылки [априорные метафизические стандарты действительности права, позволяющие присваивать нормативным порядкам «почетный титул» права. — *Н.В.*] и эмоции, связанные с ними, проблема определения становится неинтересной» (Ross, 1959:31).

А. Росс предлагает в рамках юриспруденции описывать конкретную национальную систему норм и другие похожие на нее системы, например другие национальные системы, международное право, социальные порядки примитивных сообществ, в которых нет организации для установления или поддержания этих порядков, порядки в бандитских сообществах, порядки, поддерживаемые оккупирующей силой на оккупируемых территориях и т.д. Ученый отмечает, что такие системы являются фактами, нравится нам это или нет; для 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, *gang law*), это в научном плане — то есть, когда слово “право” освобождено от эмоционально-моральной нагрузки — произвольный вопрос определения» (Ross, 1959:31).

Действенность права. Под действенным правом А. Росс понимает реально действующее право (Ross, 2009:469), 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 права. Ученый особо отмечает, что это «не имеет ничего общего с нормативным утверждением об обязанности (в моральном смысле) повиноваться праву» (Ross, 2009:470) — с тем, что он называет «нормативное понятие действительности» (т.е. имеется в виду *gyldighet*). При этом А. Росс неоднократно связывает нали-

чие такой обязанности (которая, как он показывает, должна быть именно моральной, внешней по отношению к праву) с понятием «обязывающей силы».

Представляется, что это не единственное возможное толкование обязывающей силы права, хотя и распространенное. Можно трактовать эту силу в соответствии с предлагаемым нами определением понятия действительности права не как источник возникновения некоей обязанности перед системой, не как «особое априорное нравственное качество» права, а как особый механизм бытия права, который может быть объяснен через социальные факты. Этот механизм описывает не возникновение «обязанности повиноваться праву» вообще, он описывает влияние норм права на человеческое поведение и психику — то, как люди в действительности ведут себя (и почему) в ситуациях, на которые распространяется действие конкретных норм в рамках правовой системы. На наш взгляд, нет никаких оснований отказать этому механизму в возможности именоваться «обязывающей силой права». Не вполне понятно, почему некоторыми учеными предлагается называть обязывающей силой *права* источник возникновения *нравственной* обязанности.

С нашей точки зрения, можно сделать вывод, что несмотря на свои предубеждения против действительности права и обязывающей силы, А. Росс предлагает свою собственную и весьма гармоничную интерпретацию «обязывающей силы», отвечающую выбранным им методологическим предпосылкам (таким, как строгий эмпиризм, нонкогнитивизм, когерентизм).

Переживания действительности, о которых говорилось выше, согласно концепции А. Росса, приводят к чувству связанности правом. Датский правовед утверждает, что право является (социально) обязывающим, связывающим (*binding*) и воспринимается как таковое теми, к кому оно обращено. При этом очевидно, что здесь подразумевается отнюдь не нравственное чувство связанности правом. Ученый включает это положение в свою концепцию действенной правовой системы, предназначенную для доктринального исследования права и основанную на эмпирических фактах.

Несмотря на то что А. Росс критикует традиционное представление о действительности как обязывающей силе, 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 им философско-методологическими предпосылками. В доктринальном исследовании права (исследовании реальности) понятию действительности права корреспондирует понятие действенности права. Выявив действенное право в ходе исследования фактов реальности — поведения людей — можно сделать предположение о том, *что* переживается и рационализируется людьми как действительное право.

Рассматривая понятие действенности права, А. Росс основывается на эмпиризме и ищет основания такой действенности в социальных фактах в широком смысле, включая психологические условия. Ученый пишет: «необходимо вос-

принимать 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» (Ross, 2009:472). 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» (Ross, 1959:34)), то такие правовые феномены — это правоприменительные решения (в основном решения судов).

Именно здесь — в правоприменительной практике — датский правовед призывает искать эффективность, определяющую действенность права. На основании этого А. Росс утверждает, что право (правовая система) содержит нормы поведения для судов (и других правоприменителей), а не для отдельных индивидов. «Инструкция для частного лица уже опосредовано 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» (Ross, 1959:33).

А. Росс рассматривает действенность (*gælden*, в значении указания на существование, эффективность) как качество, относящееся к правовой системе как целому. Ученый обращает внимание на то, что конкретную правовую систему можно рассматривать как индивидуальный набор норм, которые составляют значимое когерентное целое (*a significant coherent whole*), т.е. можно указать на правовую систему, не давая определение понятию «правовая система» или «право» (Ross, 1959:30).

В соответствии с намерением ограничить юриспруденцию исследованием понятий, которые предполагаются в доктринальном исследовании права, вопрос определения «права» («правовой системы») не относится к юриспруденции. А. Росс полагает, что для определения сферы работы юристов не является необходимым определение понятия права, позволяющее отграничить его от других видов социальных норм: достаточно рассматривать действенное национальное право как индивидуальное целое (*individual whole*), и то, что включается в это целое, зависит от непротиворечивости (*coherence of meaning*) его внутреннего содержания (Ross, 1959:30). Как определить непротиворечивость правовой системы как целого? Для этого А. Росс рассматривает правовую систему как схему интерпретации. Действенная (существующая, эффективная) правовая система состоит из норм, действующих в данный момент в сознании правоприме-

нителей, поскольку они воспринимаются ими как социально обязывающие и потому соблюдаются. Необходимо исследовать действия правоприменителей, понимаемые как отклик на определенные нормы права условия. Используя правовую систему как схему интерпретации, мы можем:

- понимать действия правоприменителей (например, судебные решения) как осмысленный отклик на конкретные условия;
- в определенных пределах предсказывать эти действия;
- понимать, что правоприменители действуют именно в качестве правоприменителей.

Если правовая система рассматривается как схема интерпретации, то тест на действенность состоит в том, что мы можем понимать и предсказывать действия правоприменителей.

Нет ли логического круга в определении действенности права через решения правоприменителей (определение их квалификации через ссылку на действительное право, особенно публичное)? Рассмотрение действенности как свойства системы в целом, представляющей собой единство публичного и частного права, позволяет, по мнению А. Росса, избежать этой проблемы. «Не существует никакой архимедовой точки для верификации, некоей части права, которая верифицируется прежде любой другой» (Ross, 1959:36). А вот действенность отдельных норм права можно определить только через ссылку на действенность правовой системы в целом.

Датский ученый формулирует вышеизложенное в кратком виде следующим образом: «...правовая система является действенной, если она способна быть схемой интерпретации соответствующего набора социальных действий таким образом, чтобы мы могли осознать этот набор действий как когерентное целое смысла и мотивации, и в определенных пределах эти действия предсказывать. Эта возможность основана на том факте, что нормы эффективно соблюдаются, так как они воспринимаются как общественно обязательные» (Ross, 1959:34). Для действенности, таким образом, важны два аспекта: внешне наблюдаемое и регулярное следование определенному паттерну поведения и переживание такого паттерна поведения как социально обязывающей нормы.

Первый аспект можно исследовать с помощью бихевиористского подхода, стремясь обнаружить постоянство и предсказуемость в поведении. Для исследования внутреннего мира правоприменителей предлагается психологический подход, который реализован в концепции А. Росса под названием «идеологический подход». Предполагается, что упомянутые постоянство и предсказуемость следует рассматривать как когерентное целое смысла и мотивации (*coherent whole of meaning and motivation*), возможность существования которого основывается на гипотезе о том, что духовная жизнь правоприменителей управляется и мотивируется определенной *нормативной идеологией* (Ross, 1959:73–74). Знание об этой идеологии позволяет понимать и предсказывать судебные (и иные правоприменительные) решения, т.е., согласно концепции А. Росса, делать

утверждения о действенном праве, которые составляют содержание доктринального исследования права. Таким образом, с помощью сочетания характерных для разных ветвей реализма бихевиористского и психологического подходов предлагается определить, каким нормам правоприменители следуют сознательно и при этом ощущают их как социально обязывающие.

Чувство связанности правом, проявляющееся в нормативной идеологии правоприменителей (и даже в правопослушном поведении обычных граждан), обосновывается не столько страхом санкций (хотя такой страх признается сильным мотивом) или какими-либо иными интересами, сколько особым мотивом, не обусловленным интересами, который А. Росс описывает как формальное (институциональное) правосознание. Формальное правосознание подразумевает уважение к праву в его институциональном аспекте независимо от его содержания, чистое чувство долга как мотив, не обусловленный интересами. При этом оно отделяется от отражающего культурную традицию, мировоззрение, убеждения и ценности материального (морального) правосознания, которое также в некоторой степени влияет на нормативную идеологию (Ross, 1959:55). Ученый отмечает, что расхождение между формальным и материальным правосознанием не должно быть слишком значительным, иначе на смену формальному придет революционное сознание. Однако датский правовед настаивает на утверждении, что в рамках дескриптивной теории права невозможно отграничить правовой порядок от режима насилия.

Таким образом, предлагаемое А. Россом понятие действенного права необходимо для доктринального исследования права, исследования реально существующих правовых систем — для определения того, что есть право (действительное, действенное, эффективное) в конкретном обществе в конкретный период.

V. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Концепция действительности права А. Росса — одна из наиболее удачных в рамках антиметафизической традиции обоснования действительности права — предоставляет инструментарий, позволяющий учесть исторические, социальные, культурные особенности конкретного правопорядка. Датский ученый предлагает такой проект построения доктринального исследования любой правовой системы, который опирается не на жесткие теоретические догмы или идеологически обусловленные принципы метафизического свойства, а на исследование правовой реальности такой, какова она есть в конкретном правопорядке в конкретный момент времени, с учетом фактических представлений о праве, существующих в сознании людей, влияющих на их поведение, и в конечном счете формирующих то, что мы называем правом.

При этом концепция А. Росса уходит от крайностей как формалистических, так и реалистических концепций, традиционных для антиметафизического под-

хода, поскольку учитывает взаимосвязь и взаимообусловленность внутренних и внешних факторов человеческого поведения в сфере права. Следует особо отметить, что А. Росс избегает таких недостатков реалистических концепций, как судебный волюнтаризм, предлагая средства для достижения правовой определенности и признавая значимость индивидуального и общественного в праве⁵.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А.Н. Лаптевой, Ф. Кальшойера. М. : Инфотропик Медиа, 2011.

Варламова Н.В. Нормативность права: проблемы интерпретации // Труды Института государства и права РАН. 2013. № 4. С. 76–115.

Васильева Н.С., Тимошина Е.В. Общая теория судебного метода Альфа Росса // Парадигмы юридической герменевтики / под общ. ред. Е.Н. Тонкова, И.Л. Честнова. СПб. : Алетейя, 2017. С. 284–309.

Росс А. Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом / пер. с англ. М.В. Антонова // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. С. 458–473.

Тимошина Е.В. Концепция нормативности Л.И. Петражицкого и проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2011. № 5. С. 46–71.

Честнов И.Л. Постклассическая теория права. СПб. : Алетейя-пресс, 2012.

Aarnio A. The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification. Dordrecht ; Boston ; Lancaster ; Tokyo : D. Reidel Publ. Comp., 1987.

Bulygin E. Valid law and law in force // Essays in Legal Philosophy / Bernal C., Huerta C., Mazzarese T., Moreso J. J., Navarro P. E., Paulson S.L., editors. Oxford : Oxford University Press, 2015. P. 284–292.

Coleman J.L. The Conventionality Thesis // Philosophical Issues. 2001. Vol. 11. N 1. P. 354–387.

Eng S. Lost in the System or Lost in Translation? The Exchanges between Hart and Ross // Ratio Juris. 2011. Vol. 24. № 2. P. 194–246.

Fittipaldi E. Introduction: Continental Legal Realism // Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World / Pattaro E., Roversi C., editors. Vol. 12 Netherlands : Springer 2016. P. 1361–1382.

Himma K.E. Inclusive Legal Positivism // The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law / Coleman J.L., Himma K.E., Shapiro S.J., editors. Oxford: Oxford University Press, 2004. P. 125–165.

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. 2016. Año 20. № 71. P. 19–30.

⁵ Это достигается за счет рассмотрения теории источников права и теории судебного метода с точки зрения нормативной идеологии. Данный вопрос подробно исследуется нами в другой работе (Vasilyeva, Timoshina, 2017).

Marmor A., Sarch A. The Nature of Law // The Stanford Encyclopedia of Philosophy / Zalta E.N., editor. Режим доступа: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/lawphil-nature/>. Дата обращения: 15.05.2017.

Munzer S. Legal Validity. Netherlands : Springer 1972.

Ross A. Directives and Norms. New York : Humanities Press, 1968.

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

Ross A. Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law. Copenhagen: E. Munksgaard, 1946.

Wróblewski J. Concepts of Legal System and Conceptions of Validity // Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica. 1986. Tom 24. P. 3–22.

Wróblewski J. Three concepts of validity of law // Särtryck ur Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland. 1982. № 5–6. P. 406–419.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Васильева Наталия Сергеевна — аспирант по направлению подготовки «Юриспруденция», Юридический факультет, Санкт-Петербургский государственный университет.

Контактная информация:

e-mail: st212804@student.spbu.ru

Для цитирования:

Васильева Н.С. Проблема действительности права в антиметафизической традиции (концепция Альфа Росса) // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2017. Т. 21. № 3. С. 396–414, doi: 10.22363/2313-2337-2017-21-3-396-414.

THE PROBLEM OF LEGAL VALIDITY IN THE ANTI-METAPHYSICAL APPROACH (ALF ROSS'S CONCEPTION)

Natalia S. Vasilyeva

Saint Petersburg State University

Faculty of Law

7/9, Universitetskaya nab., St. Petersburg 199034, Russia

The article analyzes the main approaches to the problem of the validity of law. As a result a number of aspects of the phenomenon designated as “the validity of law” are distinguished: normative significance, social and (or) psychological efficiency, objective givenness, a binding force. To fill the gap in the theoretical constructions the author proposes such a notion of the validity of law that is independent of philosophical approaches. Legal validity is defined as a specific mechanism (force) of normative influence on people’s conduct. Therefore, the binding force of law is considered not as an obligation to obey the law, but as a mechanism of giving rise to legal obligations. Moreover in this article all existing variations of providing a rationale for the validity of law are classified into two main approaches: metaphysical and anti-metaphysical. Alf Ross’s (Danish legal philosopher, one of the most prominent representatives of Scandinavian legal realism) concept of legal validity is considered as a perfect example of the anti-metaphysical approach and is reconstructed along with the analysis of major terminological issues, which occur in translations and studies of his legacy. The author concludes that a key to a proper

understanding of Ross's concept is an appropriate terminological division between the two basic concepts, which reflect his viewpoint regarding the validity of law in the context of Is-Ought problem in law. The author proposes to translate the Danish term «*gælden*» into Russian as «*deistvennost'*», since it concerns law in force and its effectiveness, and «*gyldighet*» as «*deistvitel'nost'*», since it implies a binding force of law related to oughtness. Ross considers the former as a revelation of the latter in the reality and as a proper subject of jurisprudence (doctrinal study of law, based on strict empiricism, non-cognitivism, coherentism).

Key words: legal validity; validity of law; nature of law; efficiency (effectiveness) of law; normativity of law; binding force; Alf Ross; Scandinavian legal realism

REFERENCES

Aarnio, A. (1987) *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht, Boston, Lancaster, Tokyo, D. Reidel Publ. Comp. Available from: doi: 10.1007/978-94-009-4700-9.

Alexy, R. (1992) *Ponyatie i deistvitel'nost' prava (otvet yuridicheskomu pozitivizmu)* [Begriff und Geltung des Rechts]. Translated from German by Lapteva, A. N., Kal'shojera, F. (2011) Moscow, Infotropic Media. (in Russian)

Bulygin, E. (2015) Valid Law and Law in Force. In Bernal, C., Huerta, C., Mazzaresse, T., Moreso, J.J., Navarro, P.E. & Paulson, S.L. (eds.) *Essays in Legal Philosophy*. Oxford, Oxford University Press, pp. 284–292. Available from: doi:10.1093/acprof:oso/9780198729365.003.0019.

Chestnov, I. L. (2012) *Postclassical Theory of Law*. Saint Petersburg, Alef-press. (in Russian)

Coleman, J. L. (2001) The Conventionality Thesis. *Philosophical Issues*. 11 (1), 354–387. Available from: doi:10.1111/j.1758-2237.2001.tb00050.x.

Eng, S. (2011) Lost in the System or Lost in Translation? The Exchanges between Hart and Ross. *Ratio Juris*. 24 (2), 194–246. Available from: doi:10.1111/j.1467-9337.2011.00482.x.

Fittipaldi, E. (2016) Introduction: Continental Legal Realism. In: Pattaro, E. Roversi, C. (eds.) *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*. Vol. 12. Netherlands, Springer, pp. 1361–1382. Available from: doi:10.1007/978-94-007-1479-3-40.

Himma, K.E. (2004) Inclusive Legal Positivism. In: Coleman, J. L., Himma, K. E. & Shapiro, S. J. (eds.) *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford, Oxford University Press, pp. 125–165. Available from: doi:10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0004.

Holtermann, J. V. H. (2016) “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*. 20 (71), 19–30.

Marmor, A., Sarch, A. (2015) The Nature of Law. In: Zalta E. N. (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Available from: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/lawphil-nature/>. [Accessed 15th May 2017].

Munzer, S. (1972) *Legal Validity*. Netherlands, Springer. Available from: doi:10.1007/978-94-011-9271-2.

Ross, A. (1946) *Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law*. Copenhagen, E. Munksgaard.

Ross, A. (1959) *On Law and Justice*. Berkeley, University of California Press.

Ross, A. (1961) Validnost' i konflikt mezhdru pravovym pozitivizmom i tvennym pravom [Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law]. Translated from English by Antonov, M. V. (2009) *Russian Yearbook of Legal Theory*. (2), 458–473. (in Russian)

Ross, A. (1968) *Directives and Norms*. New York, Humanities Press.

Timoshina, E. V. (2011) Kontsepsiya normativnosti L.I. Petrazhitskogo i problema deistvitel'nosti prava v yuridicheskom pozitivizme XX v. [Petražyckis Concept of Normativity and the Problem of Legal Validity of the Twentieth Century Legal Positivism]. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenii. Pravovedenie. [Proceedings of Higher Education Institutions. Pravovedenie]*. (5), 46–71. (in Russian)

Varlamova, N. V. (2013) Normativnost' prava: problemy interpretatsii [The Normative Substance of Law: Problems of Interpretation]. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN. [Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS]*. (4), 76–115. (in Russian)

Vasilyeva, N. S., Timoshina, E. V. (2017) Obshchaya teoriya sudebnogo metoda Al'fa Rossa [Alf Ross's General Theory of Judicial Method]. In: Tonkov, E. N., Chestnov, I. L. (eds.) *Paradigmy yuridicheskoi germenevtiki [Paradigms of Legal Hermeneutics]*. Saint Petersburg, Aleteiya, pp. 284–309. (in Russian)

Wróblewski J. (1982) Three concepts of validity of law. *Särtryck ur Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*. (5-6), 406–419.

Wróblewski J. (1986) Concepts of Legal System and Conceptions of Validity. *Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica*. 24, 3–22.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Vasilyeva Natalia S. — Postgraduate Student, Faculty of Law, Saint Petersburg State University.

Contact information:

e-mail: st212804@student.spbu.ru

For citation:

Vasilyeva, N. S. (2017) Problema deistvitel'nosti prava v antimetafizicheskoi traditsii (kontsepsiya Al'fa Rossa) [The Problem of Legal Validity in the Anti-Metaphysical Approach (Alf Ross's Conception)]. *Vestnik Rossiiskogo universiteta druzhby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki [RUDN Journal of Law]*. 21 (3), pp. 396–414. Available from: doi: 10.22363/2313-2337-2017-21-3-396-414.