

ОСЛАБЛЕННАЯ РЕАЛЬНОСТЬ ПРАВА*



Л. КЭЛЕР,

доктор права, профессор
юридического факультета
Бременского университета
(Бремен, Германия),
email: lkaehler@uni-bremen.de

Реальность права может восприниматься по-разному. Если она основана на эмпирически подтверждённых событиях, таких как законодательные акты, то придется столкнуться с проблемой, что эти акты могут оказаться принятыми очень давно и не соответствовать имеющейся практике. Такая практика исходит из того, что конкретное содержание более важно, чем его эпистемологические свойства. А значит, реальность права является ослабленной. Аналогичная картина возникает, если обосновать реальность права путём его онтологически идеального существования. Такое существование действительно можно допустить, и право в этом отношении можно сравнить с другими онтологически идеальными сущностями, такими как числа или рассказы. Однако и они будут лишь ослабленной формой реальности, поскольку то же самое можно сказать и о законах, которые существуют лишь в фантазиях или давно отменены. Онтологическая идеальность норм, таким образом, не является достаточным основанием для разработки реалистской теории права. Всё

это заставляет усомниться в том, является ли реальность подходящей категорией для описания права. Поэтому в статье утверждается, что реальность права в лучшем случае является ослабленной.

Ключевые слова: реальность, существование, онтология права, правовой реализм, пропозициональное содержание, идеальные сущности, абстрактные объекты, эмпирические факты, нормы права, законодательные акты.

Введение

Если право не является реальным, о нём не стоит беспокоиться. Нереальному праву нет места в «реальном мире», и тогда необходимость права утрачивает всякий смысл. Эта идея, будучи реалистской по своей природе, была популярна в юриспруденции XX века.¹ Но и сегодня она по-прежнему привлекает внимание многих пра-

© Л. Кэлер, 2023

*Перевод с англ. Оглезнева В.В. выполнен по изданию: Kähler L. The Attenuated Reality of Law // Law and Realism / ed. André Ferreira Leite de Paula & Andrés Santacoloma Santacoloma. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2021. – P. 23-42.

¹См.: Holmes O.W. The Path of the Law // Harvard Law Review. 1897. Vol. 10. P. 457; Llewellyn K.N. The Bramble Bush. Oxford: Oxford University Press, 2008. P 5; Fisher W., Horwitz M., Reed T. American Legal Realism. Oxford: Oxford University Press, 1993.

воведов.² И хотя реализм принимал самые разнообразные формы, основная его цель была направлена на создание юриспруденции, которая уделяла бы внимание юридической практике и практическому пониманию права, а не рассмотрению абстрактных понятий и правил. Понимание права как практической деятельности временами было настолько влиятельным, что название «реализм» стало восприниматься как само собой разумеющееся, а объяснение определяемой им реальности отходило на второй план.

В философской традиции понятие «реализм», как правило, используется для обозначения позиции, что идеи существуют автономно³ и являются лишь именами явлений физической реальности. Реализм в этом смысле противопоставлялся не далёкому миру абстрактных идей, а номинализму, который исходил из того, что право является онтологически идеальной сущностью, независимой ни от мышления, ни от физических объектов. Многие правовые реалисты, напротив, стремились избавиться от подобного рода утверждений,⁴ иронически называя их «трансцендентальной бессмыслицей».⁵ Правовой реализм по этой причине выступал скорее радикальной версией номинализма, нежели традиционного реализма.

Хуже того, правовые реалисты усердно пытались объяснить, какие именно утверждения, по их мнению, являются реальными, а какие – фантастическими, вымышленными или спекулятивными. Но даже среди их оппонентов не было почти никого, кто считал бы, что право нереально и что оно не влечёт для людей ему подчиняющихся никаких социальных последствий. Ганс Кельзен в своих поздних работах почти приблизился к антиреалистской позиции, утверждая, что основная норма – это фикция, противоречащая реальности.⁶ Но он не пошёл дальше и не сделал вывод, что всё право есть фикция, противоречащая реальности, и в этом смысле оно нереально. Напротив, он трактовал право как значение «имеющих место реальных актов воли».⁷ И чтобы избежать «ненаучных» спекуляций, пытался установить тесную связь между правом и физической реальностью, допуская, что нормы – это концептуальные схемы, позволяющие трактовать эмпирические акты в качестве юридических.⁸ Как и реалисты, Кельзен хотел воздвигнуть право на «реальных» актах, а не на иллюзорной или спекулятивной морали. Поэтому неудивительно, что он считал право реальным.

²Leiter B. *Naturalizing Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 2007. P. 59; Tamanaha B.A. *Realistic Theory of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. P. 194; Dagan H. *Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 14.

³Miller A. *Realism*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy. 2016 // URL: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/realism/> (05.06.2019).

⁴Holmes O.W. *The Path of the Law*. P. 460-461.

⁵Cohen F. *Transcendental Nonsense and the Functional Approach* // *Columbia Law Review*. 1935. Vol. 35. P. 809.

⁶Kelsen H. *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manz, 1990. P. 206.

⁷Ibid. P. 202.

⁸Ibid. P. 3.

Реалисты выступают основными оппонентами формалистов и сторонников механической или концептуальной юриспруденции.⁹ Абстрактный характер названий этих течений заслонял собой то, против чего именно выступал реализм. Так уж ли сильно формалисты отрицали реальность права, что реалистам пришлось вступить за его существование? Был ли юридический нигилизм настолько распространённым, что требовалось бы вмешательство? Конечно, можно попробовать поискать нигилистские позиции в теориях права рубежа XIX–XX вв. (благодаря влиянию Ницше), но вряд ли что-то удастся найти даже в работах таких формалистов, как, например, Кристофер Лэнгдейл¹⁰ или Бернхард Виндшейд¹¹, оба из которых допускали существование права. Напротив, то, что они настаивали на рациональном решении юридических вопросов, было далеко не отрицанием права. Скорее, их взгляды относились к правовому реализму и юриспруденции интересов, которая считалась континентальным родственником правового реализма, поставившая под сомнение идею о том, что для решения судебных дел достаточно воспользоваться правовыми нормами, и что право существует до принятия таких решений.¹²

Некоторые утверждения реалистов были даже более метафизическими, чем утверждения критикуемого ими формализма. Скандинавские реалисты, например, считали, что право есть не что иное как эмпирически установленные факты, вроде мыслей, с точки зрения психологии.¹³ В частности, они полагали, что нормы права не могут существовать вне человеческого мышления. Но даже если это допустить, такая гипотеза влечёт весьма смелые предположения о существовании онтологических вопросов. Напротив, формалисты, вроде Лэнгдейла или Виндшейда, онтологические вопросы просто игнорировали, ограничиваясь лишь вопросами догматическими и методологическими.

Упорное отрицание реальности права американскими реалистами¹⁴ не получило широкой поддержки. Вместо обсуждения онтологических вопросов, они сосредоточились на другом взгляде на право и сопутствующей методологии. Правовой реализм трактовал право как социальное явление и стремился оспорить тезис формализма, что юридические решения можно принимать исключительно с помощью юридических методов, например, указания на закон или на другое судебное решение. Американские реалисты считали, что этого недостаточно, надо принимать во внимание и другие факторы, именно поэтому они придавали важное значение социо-

⁹Llewellyn K. *The Bramble Bush*. P. 5; Dagan H. *Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory*. P. 17. Подробнее см.: Schauer F. *Foreword // Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Second Edition / ed. William Twining. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. P. IX-X.

¹⁰Langdell C.C. *A Brief Survey of Equity Jurisdiction*, Second Edition. Cambridge: Harvard Law Association, 1908. P. 19: «Именно потому, что права существуют и иногда нарушаются, нужны средства правовой защиты».

¹¹Windscheid B. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Vol. 1. 9th Edition. Aalen: Scientia, 1963. P. 272, где тоже подтверждается существование прав.

¹²См., напр.: Frank J. *Law and the Modern Mind*. New York: Routledge, 2009. P. 50, где утверждается, с точки зрения «обычного человека», что «до тех пор, пока не вынес решения на основании имеющихся фактов, никакого права не существует; до принятия такого решения единственным доступным правом является мнение юристов...».

¹³Olivecrona K. *Law as Fact*. Ejnar Munksgaard, 1939. P. 47-48.

¹⁴См.: Schauer F. *Foreword // Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Second Edition / ed. William Twining. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. P. IX.

логии и другим наукам,¹⁵ упустив тем самым из виду онтологический вопрос о том, реально ли право и в каком смысле.

Даже сегодня многие правоведы избегают объяснения онтологии, несмотря на частые отсылки к реализму.¹⁶ Поэтому рассмотрение того, как реалисты и представители других юридических теорий это объясняют, представляется вполне оправданным. Что значит придавать значение реальности права? В каком смысле право реально? Далее я постараюсь прояснить эти вопросы путём обсуждения двух основных значений, которыми, как мне кажется, понятие «реальность права» обладает – эмпирическое и онтологически идеальное значения.

Эмпирическая реальность

1. Недостаточность эмпирических фактов

Доступность эмпирической реальности многим правоведам позитивистского толка казалась настолько огромным преимуществом, что они пытались рассматривать право исключительно в её контексте. С этой точки зрения, право так же реально, как и эмпирические явления. Как уже было сказано, наиболее простой теорией, объясняющей право в этом ключе, был скандинавский правовой реализм, трактующий «право как факт». Это было не только названием трактата Карла Оливекрона,¹⁷ но и его программой, согласно которой реальность права обусловлена его существованием в физической реальности, а нормы права являются ни чем иным, как психологическими или социологическими фактами. Основная его идея заключалась в том, что чтобы придать праву научный характер, его надо рассматривать как то, что можно исследовать с помощью методов естественных наук. Отсюда, как выразился американский реалист Оливер Уэнделл Холмс, человеком будущего должен стать «специалист в области статистики и экономики».¹⁸

Однако сразу же возникли сомнения, а может ли такой подход стать убедительным объяснением права. Одно из естественных возражений может состоять в том, что закон содержит такие нормативные сущности, как права и обязанности, которые существенно отличаются от эмпирически установленных фактов. Ведь права и обязанности предписывают, что надо сделать или какого положения дел следует придерживаться. Такие предписания отличаются от описаний фактов. Сущее и должное – это разные категории.¹⁹ А значит, реальность права не может, по крайней мере, полностью состоять из описаний фактов.

Коль скоро право отличается от эмпирических фактов внешнего мира, возникает соблазн рассматривать его в контексте внутреннего мира мыслей и отношений. Многие позитивисты, помимо правовых реалистов, шли именно таким путём. Наиболее удачным примером является идея Герберта Харта о внутренней точке зре-

¹⁵Holmes O.W. The Path of the Law. P. 469; Llewellyn K. The Bramble Bush. P. 41; Frank J. Law and the Modern Mind. P. 100-107.

¹⁶Tamanaha B. A Realistic Theory of Law; Dagan H. Reconstructing American Legal Realism & Re-thinking Private Law Theory.

¹⁷Olivecrona K. Law as Fact. Ejnar Munksgaard, 1939.

¹⁸Holmes O.W. The Path of the Law. P. 469.

¹⁹Hume D. A Treatise of Human Nature. Oxford: Oxford University Press, 2000. P. 469; Kant I. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Vol. IV. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1963. P. 427. Другой подход см.: Searle J. How to Derive "Ought" From "Is" // The Philosophical Review. 1964. Vol. 73. P. 43-58.

ния на право. С её помощью он описывал отношения к праву человека или группы людей, разделяющих юридические правила и использующих их как руководство к действию.²⁰ Но отношения и мысли принадлежат области сущего, по крайней мере, если их рассматривать не в качестве объективных сущностей, независимых от мышления (как это делал Фреге²¹), а как психологические факты. И тогда мысль будет представлять собой реальное положение дел определённого человека в определённый момент времени и в определённом месте. Её можно будет исследовать, в соответствии с программой Харта,²² с помощью дескриптивной социологии. Мысли и отношения, с этой точки зрения, будут не предписаниями о том, что должно произойти, а фактами об определённом человеке или группе людей.

Но мысли и отношения могут ещё указывать и на то, что должно произойти. И в этом отношении они нормативны. Однако мысль, указывающая на нормативное предложение, не становится этим предложением, она остаётся психологическим фактом, показывающим, что человек мыслит. Предмет мысли есть исключительно нормативный вопрос. Например, когда *A* думает, что *B* должен ему 10 €, психологическим фактом будет то, что *A* так думает. Но здесь ничего не говорится о том, а должен ли вообще *B* платить *A*. *B* может от этого отказаться, признавая при этом, что *A* думает, что *B* должен ему 10 €. Отрицание нормативного предложения (*B* должен деньги *A*) не влечёт по большому счёту отрицания дескриптивного предложения (*A* думает, что...). Наоборот, мысль о том, что *B* должен нечто сделать, просто не влечёт того, что *B* обязан это сделать. Таким образом, даже если мысль и норма права и имеют одинаковое пропозициональное содержание, их предметы существенно различаются. Мнение о том, что должно произойти, и норма о том, что должно произойти, принадлежат разным категориям и поэтому не способны объяснить друг друга.

Таким образом, реальность права не может основываться исключительно на психологических фактах. В противном случае свойство нормативности права исчезло бы. Но это не означает, что эмпирическая реальность не имеет отношения к праву, а только то, что для права её недостаточно.

2. Связана ли реальность права с нормотворчеством?

Даже если не принимать во внимание принципиальное различие между фактами и нормами, всё же сложно понять, на каких именно фактах реальность права основана. А поскольку нормы права возникают при определённых обстоятельствах, то реальность права можно попытаться обнаружить в этих обстоятельствах. Для этого можно было бы описать акты, необходимые для принятия закона в парламенте, и допустить, что они состоят из эмпирических фактов, включая те, что определённые люди собрались в определённом месте, голосуют определённым образом и определённым образом публикуют свои решения. Но даже при таком описании нормы являются результатом чёткой процедуры, а не самой этой процедурой. Поэтому всё же следует отличать факты, согласно которым возникает определённая норма, от норм как их результата. Очень важно различать, создаётся ли право определённым актом, или же сам акт рассматривается в качестве права.

²⁰Hart H.L.A. The Concept of Law. Oxford: Clarendon Press, 1961. P. 86.

²¹Frege G. Der Gedanke // Logische Untersuchungen / ed. Günther Patzig. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1966. P. 43.

²²Hart H.L.A. The Concept of Law. P. V.

Например, не норма как таковая является юридическим актом, но то, что она принята парламентом. Иначе она престанет быть юридически значимой, как только закон будет принят. Норма продолжает существовать даже тогда, когда завершилось нормотворческое действие. Таким образом, чтобы понять, что такое норма права, не стоит ограничиваться лишь описанием нормотворческого действия. То же самое относится и к другим юридическим действиям. Например, судопроизводство является важной процедурой, в рамках которой могут создаваться новые нормы, если суды на это уполномочены. Однако судебные нормотворческие действия тоже отличаются от самих норм. Даже если можно было бы проследить происхождение каждой нормы до определённых эмпирических фактов, таких как акты парламента или суда, всё же их было бы недостаточно, чтобы понять, что такое право.

Различие между правом и правотворческими действиями приводит к тому, что нормы становятся нормативно значимыми помимо действий по их созданию. Они могут действовать (и обычно так и происходит) неопределённое время. Однажды возникнув, их применение не нуждается в эмпирических актах. Чтобы нормативное предписание оставалось юридически действительным, нет нужды в фактическом основании (только если условия его действительности не ограничены таким основанием). Причина всего этого в том, что нормы распространяются на всех людей, они действуют в пространстве и во времени, что закреплено либо в условиях самих норм, либо в нормах, определяющих их применение. Например, обязанности собственника недвижимости не зависят от срока заключённого им договора аренды, они могут утратить силу только в случае их законодательной отмены. И пока они остаются юридически действительными, они должны исполняться без учёта эмпирических актов. Именно эта юридическая ограниченность наделяет акт создания права определённой нормативной силой. Принятая правовая норма обычно применяется без каких-либо ограничительных условий. Правоприменителям не нужно спрашивать согласия на её применение. И благодаря этому норма вполне может оказывать влияние на реальность, даже если она была создана много лет назад.

Такая независимость норм от фактов накладывает серьёзные ограничения на то, а можно ли рассматривать реальность правовых норм в контексте эмпирических актов, связанных с их созданием. Ибо чтобы обнаружить право, одних таких фактов явно недостаточно. Более того, нормы могут быть приняты довольно давно, а потому могут иметь слабое значение для текущего положения дел. По этой причине, например, гражданский кодекс Франции, который хотя и был принят много лет назад и при определённых исторических обстоятельствах, продолжает оставаться юридически и социологически значимым. Чтобы говорить о реальности норм права, одними лишь историческими фактами их создания не обойтись. Хотя они и представляют интерес, всё же они не раскрывают значения норм. Они могут лишь объяснить, как норма была создана, но не почему она до сих пор действует. Факты создания нормы не изменятся даже тогда, когда эта норма будет формально отменена или же от неё просто откажутся.

Поэтому помимо актов создания норм нужны ещё и критерии, позволяющие отличить историческое право от современного. Для этого надо, как минимум, установить, каким образом акты прошлого связаны с настоящим. Или словами Томаса Гоббса, «законодателем является не тот, чьей властью закон впервые издан, а тот,

чьей волей он продолжает оставаться законом».²³ Вот почему с помощью одних лишь фактов создания норм сложно объяснить реальность самого права. Нужны ещё факты о настоящем.

3. Связана ли реальность права с действующими законодательными актами?

Ссылка Гоббса на волю законодателя обладает тем преимуществом, что законодатель принимает законы, руководствуясь не предыдущими актами, а текущей ситуацией. Гоббс полагал, что законы зависят, по большому счёту, от нынешнего суверена. Чтобы норма была признана сувереном, мало наличия у неё морали и исторического происхождения. Но предложенного Гоббсом различия исторического законодателя и нынешнего суверена недостаточно, потому что и тому, и другому приходится полагаться на акты, принятые до него и которые он должен признать. Однако в признании всех ранее принятых законов нет никакой необходимости. Они будут действовать до их формальной отмены.

Поэтому важно понимать, какие именно акты законодателя гарантируют, что старые законы «продолжают оставаться законами». Откуда мы знаем, что предыдущие акты получили юридическое признание? Особенно это касается тех норм, которые применяются крайне редко. Как понять, признал ли их нынешний законодатель и как он это сделал? Общепринятой практики такого признания нет. Возможно даже такое, что законодатель их не признаёт, но они продолжают применяться. Подобная ситуация может возникнуть, в частности, тогда, когда на смену старого политического большинства приходит новое, которое ещё не приступило к обещанным реформам. И неважно, насколько негативно новое большинство относится к старым законам, они продолжают действовать, пока не будут отменены новым законодателем.

Иногда старые законы могут признаваться законодателем с молчаливого согласия. Но это не объясняет, почему эти законы должны действовать и применяться на практике. Пока господствует верховенство закона, главный вопрос правоприменения заключается не в том, какие законы наилучшим образом соответствуют политическим предпочтениям нынешнего законодателя, а в том, какие законы являются юридически действительными. Его отношение к ранее принятым законам не имеет особого значения для действующего права. Принятые законы, пока они не отменены, являются частью правовой системы, которая не должна зависеть от политических изменений или предпочтений законодателя. Всё это, определённо, есть следствие континуитета правовой системы, а не эмпирического акта. То, что нормы продолжают действовать до их отмены, является неэмпирическим свойством правовой системы. Но если правоприменители рассматривают право всерьёз, то это свойство вполне может оказывать влияние на эмпирическую реальность. И хотя их действия являются эмпирически воспринимаемыми, их вряд ли следует рассматривать в том же ключе, что и действия законодателя. В противном случае любой районный судья стал бы законодательствовать, и тогда понятие законодателя утратило бы смысл.

Теорию Гоббса можно было бы реабилитировать следующим образом. Во-первых, сказать, что правовая система основана главным образом на воле нынешнего законодателя и, во-вторых, что такая система состоит из всех когда-либо приня-

²³Hobbes T. Leviathan. Cambridge: Cambridge University Press, 1991. P. 139.

тых и неотменённых норм. Поэтому следует рассматривать не отдельные законы, а правовую систему в целом, действенность которой объясняется её относительным признанием законодателя. И тогда с помощью воли нынешнего законодателя можно было бы показать, почему нормы, принятые много лет назад, всё ещё действуют и потому являются реальными.

Но такое эмпирическое описание права сразу же сталкивается с серьёзными трудностями. Ибо придётся объяснить, почему правовая система базируется на определённых действиях нынешнего законодателя. На основании каких эмпирических актов это можно сделать? Достаточно ли того, что законодатель постоянно принимает новые законы и рассчитывает на их исполнение? Но этого вряд ли хватит, чтобы сохранить в силе другие законы, потому что правотворческие акты не обязательно должны быть связаны с существующими нормами. Правотворческие акты могут лишь предполагать существование других норм, например, если они ограничивают действие определенного субъективного права, допуская тем самым их существование. Но это только одна из возможностей, которая не свидетельствует о том, что нет таких законов, которые не признаны актами нынешнего законодателя. Особенно это характерно для современных правовых систем, которые содержат огромное количество законов, слабо связанных друг с другом. Маловероятно, чтобы отдельная норма предполагала существование всех действующих норм и без них не имела бы юридической силы. Нет такого действия, которое придавало бы юридическую силу всей правовой системе.

Чтобы из действий законодателя вывести имплицитное допущение о существовании нынешней правовой системы, нужен аргумент, способный показать, почему его действия не следует трактовать иначе. Но такой аргумент сложно проверить, ибо законодатель может ограничиться лишь выборочным вмешательством в правовую систему, не затрагивая юридической действительности всей системы. А значит, может осуществлять отдельные законодательные проекты без признания всей правовой системы.

Более того признание всей правовой системы уже предполагает знание о том, что такая система состоит из существующих норм. Такое знание не может быть основано на отдельном действии, но только на совокупности предыдущих действий. Следовательно, нужна теория, которая показала бы, что правовая система происходит из этих актов. В основании такой теории должны лежать аргументы, как объединить несколько таких актов и как их понимать. Она должна объяснить, среди прочего, при каких условиях нормы приобретают и теряют свою силу и какими нормами руководствоваться в случае их коллизии. И хотя предыдущие акты могут иметь значение для такой теории, она не может быть построена только на них. Ибо она должна исходить из того, что разумно, а не из того, что действительно. Следовательно, реальность права не может опираться лишь на действующие акты законодателя. Их недостаточно, чтобы объяснить, как право формируется из нескольких законодательных актов.

Аналогичное возражение можно выдвинуть против второй части аргументации Гоббса, а именно против того, что когда-то принятые и ещё неотменённые нормы являются частью существующей правовой системы. Как акт нынешнего законодателя может объяснить, что некая старая норма всё ещё обладает юридической силой? Как уже отмечалось, нет ни практики, ни необходимости признавать все предыдущие законы. И хотя в такие законы иногда могут вноситься изменения, чтобы прояснить отдельные их положения, всё же это делается лишь из соображений

удобства, а не из-за того, что иначе старый закон утратит силу. Следовательно, нет такого действенного эмпирического акта, который мог бы надёжно подтвердить, что однажды принятые нормы всё ещё являются частью правовой системы.

Чтобы понять, применяется ли по-прежнему определённая норма или же она заменена новым законом, надо рассматривать нормы в их совокупности. Это сложная процедура, поскольку включает в себя не только поиск оснований для их формальной отмены, но и скрытых изменений, обусловленных более поздними законами. Такие изменения имеют место тогда, когда норма полностью или частично противоречит более современным законам. Например, когда последующие законы изменяют определение какого-то понятия, содержащегося в норме, или же ограничивают область его применения. Следовательно, вопрос о том, является ли определённая норма по-прежнему «хорошим законом» и в какой степени, зависит от совокупности предыдущих актов.

Установить реальность права только на действующих актах законодателя кажется невозможным. В значительной степени эта реальность формируется предыдущими актами и теорией о том, как они взаимодействуют. Ни то, ни другое не зависит от действующих актов. Закон остаётся реальным, даже если нынешний законодатель на мгновение умолкает.

4. Связана ли реальность права с практикой?

В виду описанных выше трудностей, связанных с объяснением реальности права с помощью предыдущих или нынешних актов законодателя, более перспективным представляется объяснение с помощью действующей практики правоприменения. Такая практика имеет более широкую основу и поэтому является более реальной, ибо связана не только с действиями законодателя, но и со всеми действиями по применению права. А значит, она охватывает как повседневные решения судей и органов исполнительной власти, так и физических и юридических лиц. Поэтому если законы прошлого до сих пор применяются на практике, они вполне могут рассматриваться в качестве реального права. И тогда были ли законы приняты недавно или давным-давно – особого значения не имеет.

По сравнению с моделью прямого указания на акты, связанные с созданием норм, модель практики обладает тем преимуществом, что она не объясняет реальность старых законов при помощи актов, принятых много лет назад. Она способна объяснить важность старых законов путём их включения в действующее законодательство через существующую практику правоприменения. Именно эта практика, а не акты прошлого, является в таком случае более важной.

Указание на существующую практику обладает преимуществом и в отношении объяснения, когда реальность права обосновывается актами нынешнего законодателя. Модель практики правоприменения не обязательно предполагает, что нынешний законодатель всегда признаёт правовую систему. Он вполне может возложить эту задачу на правоприменителя. Кажется, проще объяснить существование этой практики, чем пытаться объяснить, как с помощью конкретного акта признаётся или образуется правовая система. Участники такой практики не должны обладать намерением признавать или создавать право. Достаточно более приземлённого намерения его применять.

Право без действий по его применению действительно будет оставаться в области идей и не сможет иметь практического значения. Оно не сможет формировать реальность и будет иметь дело лишь с теоретическими вопросами. Поэтому

акты правоприменения играют важную роль в понимании реальности права. Модель практики кажется более подходящей для объяснения ещё и того, почему право – это не просто теоретическая сущность, а нечто реальное и важное для нынешней, а не только для прошлой социальной жизни.

Однако ссылка на практику правоприменения, как и на другие модели, неспособно преодолеть принципиального разрыва между сущим и должным. Действия по применению норм – это социальные факты, характерные для конкретной ситуации. Они базируются на том, что о праве думают судьи, адвокаты и другие практикующие юристы, и лишь до тех пор, пока их мнение с правом совпадает. Эти действия указывают только на то, что на самом деле произошло, а не на то, что должно было произойти в прошлом или произойдёт в будущем.

Именно это нормативное измерение должно быть частью реальности права, поскольку оно составляет основу его значения. Нормативные требования не могут сводиться к тому, что люди на самом деле делают или делали. Они скорее выступают причинами, почему люди ведут себя определённым образом. Нельзя понять практику правоприменения, не признавая при этом, что право имеет дело с тем, что люди должны делать, а не с тем, что они делают. Люди должны, как правило, воздерживаться от совершения действий, запрещённых законом. Различие между тем, что они хотели бы сделать, и тем, что от них юридически требуется сделать, исчезает, если сосредотачиваться на том, как они в итоге поступят. Аналогичным образом, правоприменитель может неправильно истолковать норму или просто её проглядеть, в результате чего его правоприменительное действие может с правом разойтись. Но такое расхождение сложно объяснить, если право отождествляется с его применением. Такие действия иногда могут корректироваться, например, если они являются предметом судебного рассмотрения. Но не все действия проходят такую проверку. И тогда нужны аргументы, почему то или иное действие соответствует или не соответствует закону. Этого не сделать на основании эмпирических актов, но можно сделать, если, по крайней мере отчасти, исходить из разумности права. Следовательно, одних лишь актов применения права недостаточно для того, чтобы сложилось полное представление о праве, а значит и о его реальности.

Значение этой недостаточности становится более очевидным, когда человек намеренно нарушает закон, зная о его требованиях. Он может действовать вопреки закону даже несмотря на возможные санкции и пренебрегать ими, поскольку относится к исполнению своих юридических обязанностей, как к делу крайне невыгодному. Анализ подобного рода ситуаций будет неполным, если не принимать во внимание роль права только потому, что лицо, принимающее решение, действует вопреки его требованиям. Ибо само право, как минимум, способно влиять на соображения такого лица.

Право может побудить человека поступить иначе, чем он обычно поступает, и в неюридических ситуациях. Например, вместо того чтобы переходить улицу на запрещающий сигнал светофора, пешеход, опасаясь санкций, может перейти улицу чуть дальше от светофора, хотя пешеходам так делать нельзя. Таким образом, закон подводит его к действию *A* (перейти улицу подальше от светофора) вместо действия *B* (перейти на запрещающий сигнал светофора), несмотря на то что единственным правомерным решением будет действие *C* (перейти на разрешающий сигнал светофора). Этот пример показывает, что право может оказывать практическое воздействие на поведение людей и в этом смысле быть реальным даже тогда, когда оно нарушается. Поэтому надо различать реальность права и его эффективность, под которой понимается степень его соблюдения. Отдельному закону может не хватать эффектив-

ности, и тем не менее он будет обладать серьёзным практическим эффектом, если люди будут учитывать его требования и санкции, прежде чем принять решение.

Реальность права можно попытаться рассмотреть через процессы принятия решений, происходящие в нашем сознании. Благодаря мозговым потокам, запускающим эти процессы, обнаруживается некое материальное основание, которое, по крайней мере теоретически, можно измерить.²⁴ Но эта эмпирическая основа довольно слаба, поскольку не связана напрямую с наблюдаемым поведением. Она имеет дело с ментальными процессами принятия решений, которые даже при одинаковых условиях могут приводить к разным результатам. Чётко идентифицировать эти процессы, по крайней мере сегодня, довольно сложно, поскольку они могут смешиваться с разными другими мыслями и эмоциями. Сканеры головного мозга пока не способны отделить мысли с особым юридическим содержанием от таких сопутствующих им соображений, как моральные и социальные ожидания.²⁵ Поэтому эмпирические следы юридических мыслей не могут выступать надёжным основанием реальности права.

Практика правоприменения к тому же касается лишь небольшой части правовых норм. Многие нормы остаются без применения, а потому не годятся для решения практических задач. Среди них есть законы, которые предназначены для ситуаций, которые обычно не возникают или они случаются крайне редко, например, объявление чрезвычайного положения. Нормы, в которых содержатся субъективные права, имеют более широкое применение, и их проще обосновать. Или же может возникнуть ситуация, когда процедура, предусмотренная законом, оказывается слишком дорогостоящей или слишком неясной, поэтому на практике используются другие механизмы. Тем не менее, все эти нормы являются частью правовой системы и в некотором смысле они реальны. Кроме того, ещё есть законы, которые имеют символическое значение и поэтому не предназначенные для решения практических задач, но всё же они являются частью правовой системы, потому что с их помощью законодатель провозглашает определённые принципы или ценности.

Таким образом, есть законы, которые хотя и не имеют решающего значения для практических задач, но тем не менее реальны в том смысле, что являются частью правовой системы и обладают потенциальной применимостью. Они важны сами по себе, т.е. без какого-либо дополнительного законодательного акта. Поэтому несмотря на их ограниченное нынешнее применение, они представляют собой нечто большее, чем просто законы из мира фантазий. Не стоит ограничивать реальность права только теми законами, которые уже применяются на практике. Ибо в таком случае большая часть права станет нереальной. Поэтому реальность права не способна раскрыть содержание правовой системы. Иначе она превратилась бы в понятие, которое не подходит ни для понимания права, ни для объяснения его практического значения. Это всё равно, что отрицать, что определённые инструменты в ящике существуют только потому, что пока они не используются.

Реальность норм можно было бы попробовать установить на основе предсказаний о том, как они будут применяться, когда выполняются их условия. Так считал Оливер Уэнделл Холмс и другие правовые реалисты, истолковывая право как пред-

²⁴Le Bihan D. Looking Inside the Brain. Princeton: Princeton University Press, 2015. P. 38.

²⁵Для этого потребовался бы подробный нейронный кодекс, которого пока нет. Ср. Le Bihan D. Looking Inside the Brain. P. 151-152.

сказание будущего поведения судей.²⁶ И хотя такой подход считался олицетворением реализма, всё же остаются сомнения, воплощает ли он реалистское понимание права, т.е. понимание, основанное на установленных фактах. Указание на то, что произойдёт, связано с будущим, которое является неопределённым и не воспринимаемым. Ибо будущее существует не в эмпирической реальности, а в нашем воображении.

Реальность же складывается из таких существующих фактов, как, например, имеющаяся практика. Если хочется установить реальность права на основе предсказаний будущих решений, то придётся в качестве основания использовать акты предсказаний. Но предсказание может случиться задолго до того, как сбудется предсказанное событие. Сегодня можно предсказать то, какое решение суд примет завтра. Такое предсказание есть эмпирический акт, который можно чувственно воспринимать, подтверждая тем самым его реальность. Законы, которые сегодня не применяются, могут считаться реальными, если бы существовали реальные предсказания их применения в будущем. Но тогда право состояло бы не из того, что предсказано, а из актов предсказания. А это не согласуется со значением права, которое касается того, что должно произойти, а не того, что, по словам какого-то, произойдёт.

Но даже с этой точки зрения многие области права будут нереальными, потому что не все законы могут быть предметом предсказаний того, какое решение суд в итоге примет. Нормы могут обладать юридической силой и быть частью правовой системы без каких-либо предсказаний как они будут истолкованы или использованы на практике. Сложно буквально воспринимать определение Холмса и рассматривать право в зависимости от предсказаний. Потому что иначе многие нормы будут нереальными даже при том, что они являются частью правовой системы и применяются при возникновении определённых обстоятельств.

А значит определение Холмса следует понимать не-буквально, т.е. как некую вероятность того, как суд поступит. И тогда нормы, которые до этого не применялись, могут рассматриваться в качестве реальных. Но даже такой подход не имеет прямого отношения к эмпирической реальности права. Он не указывает ни на имеющиеся и в этом смысле реальные предсказания, ни на судебные и в этом смысле реальные решения. Он касается лишь вероятности.

Кроме того, такая модель не даёт ответов на юридические вопросы, потому что любой прогноз по своей природе является лишь более-менее вероятным. Она просто указывает на возможные будущие решения. Она способна лишь сказать, с какой вероятностью то или иное решение будет принято. А значит, на одни и те же вопросы могут быть даны разные ответы и с разной степенью вероятности. Так, вместо прямого ответа на вопрос, признаётся ли договор действительным, можно было бы сказать, что он будет действительным на 80% и недействительным на 20%. От такой концептуализации мало толку, она не приводит к ясности. Она будет иметь дело лишь с возможными действиями, которые, по словам Холмса, принадлежат «претенциозной» области воображаемых миров, а значит, области идей, а не независимой от них реальности.

²⁶Holmes O.W. The Path of the Law. P. 461; Llewellyn K. The Bramble Bush. P. 6: «Самое важное – это то, что должностные лица собираются сделать»; а также Frank J. Law and the Modern Mind. P. 52: «Право можно грубо определить как *определённые прошлые и будущие судебные решения, которые исполняются или соблюдаются*».

Также не особо понятно, на каком эмпирическом основании можно делать прогнозы будущих решений. Только лишь некоторые текущие судебные дела напоминают те, по которым решение уже принято. Применение юридических понятий часто зависит от множества разных обстоятельств. Это относится, например, к таким понятиям как «степень вины» или «размер вреда», значения которых могут сильно отличаться. Два внешне схожих судебных дела могут сильно различаться в деталях. И даже если рассматриваемое дело во многих отношениях схоже с предыдущим, закон за это время может так сильно измениться, что юридический результат его рассмотрения будет совершенно иным. А значит, не всегда прогноз судебного решения может быть основан на результатах предыдущих судебных дел.

Вместо этого следует полагаться на общие правила, охватывающие неограниченное количество ситуаций.²⁷ Ведь основная причина их создания состоит в том, что правила, рассчитанные на чётко оговоренные и конкретные обстоятельства, не могут предусматривать всего их многообразия. Вот почему законы содержат общие правила. Аналогичным образом используются прецеденты, *ratio decidendi* которых применительно к неограниченному количеству новых судебных дел может рассматриваться и как общее правило²⁸, и как основание.²⁹ Именно существование общих правил или оснований позволяет делать прогнозы результатов будущих судебных дел.

Общие правила позволяют определить будущие решения не потому, что их применение характеризуется такими эмпирическими свойствами, как определённое время и место, но благодаря своему содержанию. Это содержание зависит главным образом от значения используемых слов. Поэтому прогноз с помощью общих правил не может строиться на основе эмпирических фактов. На это можно возразить, сославшись на широко распространённое в философии языка мнение, что значение слов зависит от практики их применения.³⁰ А значит, можно утверждать, что содержание правил в конечном счёте определяется их применением. И тогда кажется, что эмпирические акты применения нормы способны объяснить, что такое право.

Но даже если допустить, что значение слов задаётся исключительно их применением, это ещё не означает, что значение тождественно применению. Одно дело, определяют ли правоприменительные акты значение, и совсем другое – каково это значение. Надо различать причину и следствие. Общее понятие может быть следствием употребления определённых слов, но при этом отклоняться от своего употребления. Точно так же ведут себя и общие правила, которые охватывают разные, а не конкретные ситуации. Нет такого применения норм, которое позволило бы показать, каково содержание общего правила. Эмпирический анализ не способен постичь общего характера норм, ибо он ограничен конкретными случаями.

Более того, следует различать практику, позволяющую установить значение слов и предложений, и практику применения права. Законы обладают значением до их применения, потому что сформулированы в определённом языке. Поэтому

²⁷Карл Ллевеллин считал иначе и называл «общие суждения пустыми», см.: Llewellyn K. The Bramble Bush. P. 4.

²⁸Siltala R. A Theory of Precedent. Oxford: Hart Publishing, 2000. P. 85.

²⁹Duxbury N. The Nature and Authority of Precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. P. 58.

³⁰Wittgenstein L. Philosophische Untersuchungen. 10th Edition. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. P. 43.

вопрос о том, как слова приобретают значение, можно оставить лингвистам или философам языка. Достаточно лишь того, что до своего применения правовые нормы уже обладают значением. А значит, акты их применения не являются для права определяющими.

Таким образом, значение нормы выходит за рамки ситуаций, для применения к которым она создана. Значение относится к тем вещам, которые существуют независимо от нормы. Вот почему правовые нормы могут охватывать так много разных ситуаций, причём как прошлого, так и настоящего. Эмпирическое основание нормы по этой причине является ослабленным, а действия, связанные как с её формулированием, так и с применением, – эмпирически реальными. Но содержание нормы не может сводиться к таким эмпирическим обстоятельствам. Оно указывает на значение, существующее независимо от действий. Для понимания нормы важно не действие, отсылающее к определённому значению, но само это значение.

То, что правовые нормы характеризуются ослабленной реальностью, особенно важно для основополагающих (фундаментальных) норм, определяющих, какие законы являются частью правовой системы. Они обладают высокой степенью общности, поскольку содержат критерии, по которым нормы признаются правовыми. Парадигмальными примерами таких норм являются нормы писанной конституции, признающей ранее принятые законы и определяющей процедуры создания новых. Эти нормы могут развиваться, не будучи выраженными в конституции. Но если они укоренены в практике должностных лиц, которые с их помощью признают, какие нормы являются правовыми,³¹ они могут выступать их эмпирическим основанием.

Кажется, что этого эмпирического основания достаточно, чтобы передать реальность права. Но это лишь на первый взгляд. Опять-таки здесь следует различать (основополагающие) нормы и их применение. Основополагающие нормы содержат критерии, по которым отдельные положения становятся юридическими. Их применение позволяет обособить такие положения и признать их юридическими, а содержащиеся в них критерии распространить на все ситуации, которые им удовлетворяют. Акты же применения норм являются всего лишь примерами желаемого применения. И только благодаря этому основополагающие нормы могут применяться в неограниченном количестве ситуаций, которые закон признаёт юридическими, даже при том, что количество таких ситуаций может быть ограничено. Вот почему важность этих норм связана с их содержанием, а не с действиями по их применению. Надо изучать и развивать общее содержание, а для этого недостаточно анализа актов применения, каким бы информативным он ни был.

Частные случаи применения норм вообще не подходят для введения в действие общего закона. Единичные действия в лучшем случае лишь показывают, что определённое решение является юридическим, но ничего не говорят о ситуациях, ещё не возникших. Точно так же можно было бы объяснить действие по применению нормы с помощью правила, которое ограничено уже разрешёнными ситуациями. Например, правило, что все принятые на данный момент законы следует применять безоговорочно, является лишь одним из возможных объяснений определённой практики, которая соответствует действующему законодательству. И равным образом можно было бы предположить, что существуют дополнительные неписанные условия применения правил, такие как недопущение гражданской войны, которые в настоящее время особой

³¹Ср. с правилом признания Г.Л.А. Харта, см.: Hart H.L.A. The Concept of Law. P. 97.

роли не играют. Одни лишь факты совместимы с многообразием правил, а потому их недостаточно, чтобы показать состоятельность любого из них.³²

Подведем итоги. Можно сказать, что акты применения права являются важной частью юридической практики, которая, в свою очередь, является частью эмпирической реальности. Однако эти акты не охватывают все случаи, предусмотренные действующим законодательством. Более того, важность этих актов основывается не на их эмпирических свойствах, а на их общем содержании. Это содержание выходит за пределы самих актов. Следовательно, эмпирическая реальность права может лишь в ограниченной степени основываться на действиях по применению норм.

Онтологическая идеальность

Поскольку эмпирически установленные факты обеспечивают право только ослабленным основанием, возникает соблазн объяснить реальность права его онтологически идеальным существованием. В этом отношении право может пониматься как нечто похожее на такие сущности, как числа, рассказы и другие в широком смысле идеи. И хотя все они нематериальны, но тем не менее они существуют и в таком случае реальны. На их идеальное существование указывает тот факт, что они являются подходящими объектами мышления и референции. Люди, не знающие об их существовании и никак с ними не связанные, могут о них думать или говорить одинаковым образом. Следовательно, их существование не зависит от чьего бы то ни было сознания и не исчезает вместе с думающим о них человеком. Числа, например, не исчезнут, если люди перестанут обращать на них внимание.

Поэтому следует различать мысль как психологический акт и мысль как определённое онтологически идеальное содержание. Если бы они были тождественны, человек, размышляя, просто бы обращался к самому себе, тогда как предметом многих мыслей является то, что не зависит от человека. Аргументы о числах, рассказах или идеях в целом указывают на определённое пропозициональное содержание, а не на ментальный процесс, который их сопровождает. А значит, особенности мыслящего человека и его мысли не применимы в такой аргументации. Например, решение определённого уравнения не зависит от делающего вычисление человека. И тогда вполне можно предположить, что идеальные объекты, например, числа, существуют как объекты, не зависящие ни от сознания отдельного человека, ни от других людей. Они являются частью того, что Готлоб Фреге назвал «третьим миром (*Reich*) мыслей», который не принадлежит ни внешнему миру, ни нашим представлениям о нём.³³ В терминологии Карла Поппера они являются частью не первого физического мира и не второго мира сознательных переживаний, а третьего мира, состоящего из «идей в объективном смысле».³⁴

Чтобы рассматривать право как онтологический идеал, надо осознать, что оно относится к онтологически идеальным сущностям. На это указывает тот факт, что правовые нормы, подобно числам или рассказам, обладают определённым пропозициональным содержанием, которое выражается нормотворческим актом или дру-

³²Ср. Kripke S. Wittgenstein on Rules and Private Language. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982. P. 55.

³³Frege G. Der Gedanke. P. 43.

³⁴Popper K. Objective Knowledge. Oxford: Clarendon Press, 1972. P. 74, 153-154, где помимо других упоминаются Платон, Лейбниц и Фреге.

гими лингвистическими средствами. Однажды созданные нормы, подобно числам, существуют независимо от какого-либо конкретного о них высказывания, и, следовательно, являются онтологически идеальными. Как и числа, правовые нормы продолжают существовать, независимо от того, думают ли о них, пишут ли о них, используются ли они на практике.

Всё это, конечно, не говорит о том, что законы похожи на числа и что их можно изучать на манер чисел в математике. Существенные отличия, которые обнаруживаются у разных идеальных объектов, не позволяют их отождествить. Числа, например, не зависят от живых существ, а вот рассказы зависят. Сложно согласиться с тем, что сказка существует до того, как она была рассказана. К тому же право может рассматриваться и как социальный артефакт,³⁵ ставя тем самым под сомнение существование некой нормы до того, как право было впервые сформулировано. Но этот аргумент не оспаривает онтологическую идеальность права. Норма права существует независимо от лица её создавшего. И в этом отношении она похожа на придуманные рассказы, которые тоже существуют, даже если их уже никто не вспоминает.

Сходство права с рассказами позволяет избавиться от широко распространённого заблуждения, что идеальные сущности, подобно числам, должны быть вечными. Право в таком случае следовало бы рассматривать как онтологический идеал, состоящий из неизменных норм естественного права. И тогда оно стало бы частью платоновского мира вечных идей. Но такие утверждения безосновательны. Можно признавать, что нормы создаются в определённый момент времени и теряют свою силу при определённых обстоятельствах, не отрицая при этом их онтологической идеальности. Быть онтологически идеальным просто означает, что сущность обладает определённым пропозициональным содержанием, не подразумевающим её вечности.

Правовые нормы не являются вечными, потому что они могут создаваться и отменяться. Их юридическая сила может изменяться. Но тогда складывается впечатление, что существование нормы зависит от её юридической силы. Некоторые действительно так считали, и прежде всего – Кельзен,³⁶ что закон, не имеющий юридической силы, не существует. Звучит неправдоподобно. Можно без труда сформулировать, описать и обсуждать нормы, которые не имеют юридической силы, не делая при этом странного утверждения, что их не существует. Например, римское право до сих пор обсуждается, несмотря на то что оно уже не действует. То же самое можно сказать и о законах, которые из-за противоречия конституции признаются недействительными. Можно даже сказать, что такие законы не являются частью правовой системы. Но это не позволяет сделать вывод, что их не существует.

Понимание того, что нормы являются онтологически идеальными сущностями, позволяет объяснить, что их существование не зависит от их юридической силы. А поскольку плохие идеи – это всё же идеи, то и недействительные нормы – это всё же нормы. Есть разница между предложением, которое обладает неконституционным и к тому же аморальным содержанием, и предложением вообще без содержания. Предложение вроде «Белым людям запрещено выходить на улицу» никогда не было и, надеюсь, не будет частью правовой системы. Тем не менее оно обладает пропози-

³⁵См.: Law as an Artifact; ed. Luka Burazin, Kenneth Einar Himma, Corrado Rovarsi. Oxford: Oxford University Press, 2018.

³⁶Kelsen H. General Theory of Law and State. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1945. P. 30; Kelsen H. Allgemeine Theorie der Normen. P. 202.

циональным содержанием, образующим норму. Но такую норму следует отличать от случайного набора букв вроде «Рцуйрещуецу», который, по крайней мере пока, не имеет пропозиционального содержания, а потому нормой не является. Существование и юридическая сила нормы – это разные понятия. Например, «раввинское право» может признаваться правом даже при том, что его «никто не принимал и не применял на практике, причём даже учёный иудей».³⁷

Независимость существования нормы от её юридической силы не опровергается тем фактом, что юридическая сила нормы связана с определённым временем, например, когда для её введения в действие требуется конкретная дата. Но это – дело весьма условное, хотя и имеющее место во многих законах, устанавливающих действительность норм. Но есть случаи, когда этого вовсе не требуется. Например, нормы добросовестного поведения часто не зависят от времени и пространства.³⁸ Никто не может сказать, когда они начали действовать. Их законодательное закрепление указывает лишь на то, что они уже существовали.

Какой бы правдоподобной ни была онтологически идеальная природа права, она должна вызывать беспокойство у тех, кто стремится обосновать право исключительно с помощью эмпирических фактов. Они могут, вслед за Феликсом Коэном, воспринимать идеальную область норм не иначе как «трансцендентальную бессмыслицу»³⁹ или, как Карл Оливекрона⁴⁰, вообще отрицать, что право существует вне сознания людей. Но как же тогда разные люди могут обсуждать одни и те же нормы? Ведь должна же быть сущность, являющаяся предметом их обсуждения. Поэтому стремление реализма продемонстрировать истинную картину права не может обойти стороной признания его онтологически идеальной природы.

Но в таком случае реальность права становится ещё более сомнительной. Как показал предыдущий анализ, для того чтобы норма существовала в онтологически идеальном смысле, требуется очень немного. Здесь не нужны разговоры ни о её юридической силе, ни о её моральных достоинствах, ни уж тем более о её применении на практике. Ведь даже забытые, недействительные и аморальные нормы являются онтологически идеальными. В противном случае их невозможно было бы даже обсуждать или критиковать за их недействительность или аморальность. Просто не было бы ничего, на что можно было бы сослаться для подтверждения. Следовательно, нормы, которые уже давно перестали быть действительными, всё же существуют в качестве онтологически идеальных сущностей. И даже нормы законопроекта, который так и не был принят, тоже существуют в указанном выше смысле.

Следовательно, свойство онтологической идеальности правовых норм важно для объяснения способа существования права. Оно является важной частью его реальности и имеет решающее значение для понимания его природы. Из этого можно сделать много разных выводов (например, о действии закона во времени), которые вполне согласуются с традиционным значением «реализма». Но такой реализм довольно слаб. Он не позволяет отличить действующие законы от воображаемых. Ибо воображаемый закон тоже имеет пропозициональное содержание, а значит, является

³⁷Raz J. *The Authority of Law*, Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2009. P. 157.

³⁸См., напр.: Решение Верховного суда Германии от 14.10.1992 // *Neue Juristische Wochenschrift*. 1993. P. 259, 261.

³⁹Cohen F. *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*. P. 35.

⁴⁰Olivecrona K. *Law as Fact*. P. 47.

онтологически идеальным. Поэтому для признания сущности онтологически идеальной требуется так мало. Онтологическая идеальность права приводит лишь к ослабленной форме реальности. Её настолько легко установить, что не надо расценивать нормы как единственно «реальные», ибо любая норма, чтобы быть осмысленной и затем сформулированной, нуждается в этой онтологически идеальной реальности.

В этом отношении нормы отличаются от материальных вещей. Для последних различие между реальным и нереальным имеет смысл потому, что реальные вещи характеризуются физическим существованием, тогда как воображаемые – нет. Точно так же можно отличить реальные события от воображаемых, потому что последние в отличие от физических существовать не могут (кроме как в сознании представляющего их человека). Но различить подобным образом воображаемые и реальные нормы нельзя. Ни те, ни другие не обладают физическими свойствами. Воображаемая норма онтологически реальна в том же самом смысле, что и нормы действующей правовой системы. Сложно даже сказать, что такое нереальная норма, потому что если нечто можно описать как норму, оно должно уже каким-то образом существовать и быть в онтологически идеальном смысле реальным.

Бесполезно определять реальность права через его действительность. Ибо действительность нормы – это свойство, которое зависит от её содержания и, по крайней мере, отчасти от некоторого физического свойства события или вещи. Здесь надо учитывать разные моменты. Например, норма, противоречащая основополагающим правам, закреплённым в конституции, может оказаться недействительной. Её конституционность не может быть выведена из физических свойств законодательного акта. Время, место и даже используемый при её создании язык не имеют решающего значения. Вместо этого её конституционность может обосновываться, например, достаточным обоснованием ограничения свободы. Воспринимать подобного рода критерии и сопутствующие им причины как реальные означало бы признать идеи реальными в целом. Ибо вряд ли существует некий лимит причин, которыми можно воспользоваться для обоснования своих прав. Если существования таких причин достаточно для реальности права, то традиционное понятие реализма, отсылающее к существованию идей, остаётся невредимым. И тогда не остаётся ничего, кроме просто ослабленной формы реальности.

Заключение

Реальность права может восприниматься по-разному. Если она базируется на эмпирически установленных событиях, таких как законодательные акты, то придётся столкнуться с проблемой, что эти акты могут быть приняты относительно давно, и они не обязательно отражают текущую практику. Эта практика основана на общих критериях, для которых определённое содержание важнее, чем его эмпирические свойства. Вот почему реальность права ослаблена. И хотя право действительно реально, но это не влияет на его значение.

Аналогичная ситуация возникает, когда реальность права основана на его онтологически идеальном существовании. Такое существование, действительно, можно допустить, и тогда право можно уподобить другим онтологически идеальным сущностям, таким как числа или рассказы. Но они принимают лишь ослабленную форму реальности, потому что примерно то же самое можно сказать о законах, которые либо просто существуют в фантазии, либо были отменены много лет назад. Следовательно, онтологическая идеальность норм не является достаточным основанием для разработки реалистской теории права.

Всё это заставляет усомниться в том, а является ли реальность удачной категорией для описания права. Возможно, лучше бы подошли такие более точные категории, как юридическая сила, эффективность или эмпирическая значимость. Следовательно, предложение правового реализма, что в праве надо различать реальное и нереальное, нуждается в серьёзном уточнении.

Л. Кэлер, құқық докторы, Бремен университетінің Заң факультетінің профессоры (Бремен, Германия): Заңның әлсіреген шындығы.

Құқықтың шындығын әртүрлі тәсілдермен қабылдауға болады. Егер ол заңнамалық актілер сияқты эмпирикалық расталған оқиғаларға негізделген болса, онда бұл актілер бұрыннан қабылданған және қолданыстағы тәжірибеге сәйкес келмеуі мүмкін деген мәселеге тап болу керек. Бұл тәжірибе белгілі бір мазмұн оның гносеологиялық қасиеттерінен гөрі маңызды екендігіне негізделген. Демек, құқықтың шындығы әлсіреген. Ұқсас сурет, егер сіз құқықтың шындығын оның онтологиялық тұрғыдан мінсіз өмір сүруімен негіздесеңіз пайда болады. Мұндай болмысқа шынымен жол беруге болады және осыған байланысты құқықты сандар немесе әңгімелер сияқты басқа онтологиялық идеалды субъектілермен салыстыруға болады. Алайда, олар шындықтың әлсіреген түрі ғана болады, өйткені тек қиялда болатын немесе бұрыннан жойылған заңдар туралы да айтуға болады. Нормалардың онтологиялық идеалы, осылайша, реалистік құқық теориясын дамытуға жеткілікті негіз бола алмайды. Мұның бәрі шындық құқықты сипаттау үшін қолайлы категория ма деген сұрақ тудырады. Сондықтан мақалада құқықтың шындығы ең жақсы жағдайда әлсіреген деп айтылады.

Тірек сөздер: шындық, болмыс, құқық онтологиясы, құқықтық реализм, пропозициялық мазмұн, идеалды субъектілер, дерексіз объектілер, эмпирикалық фактілер, құқық нормалары, заңнамалық актілер.

L. Kähler, PhD in Law, Professor, Faculty of Law, University of Bremen (Bremen, Germany): The attenuated reality of law.

The reality of law can be conceived in different ways. If one bases it on empirically recognisable events such as legislative acts, one is confronted with the problem that these acts might date back a long time and are not necessarily representative for the current practice. This practice relies on general criteria for which a certain content is more important than its empirical properties. The reality of law is hence an attenuated one. It does exist but does not constitute its meaning. A similar picture emerges, if one ground law's reality in its ontologically ideal existence. Such an existence can indeed be assumed and law in this regard compared to other ontologically ideal entities such as numbers or stories. However, they, too, only provide an attenuated form of reality because the same could be said about laws that merely exist in fantasy or were abolished a long time ago. The ontological ideality of norms is hence no sufficient basis for developing a realist theory about law. All of this casts into doubt whether reality is a useful category in order to characterise law. The paper therefore argues that the reality of law is, at best, an attenuated one.

Keywords: reality, existence, ontology of law, legal realism, propositional content, ideal entities, abstract objects, empirical facts, legal norms, legislative acts.

Список литературы:

1. Cohen F. Transcendental Nonsense and the Functional Approach // Columbia Law Review. 1935. Vol. 35. – P. 809-849.

2. Dagan H. *Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
3. Duxbury N. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
4. Fisher W., Horwitz M., Reed T. *American Legal Realism*. Oxford: Oxford University Press, 1993.
5. Frank J. *Law and the Modern Mind*. New York: Routledge, 2009.
6. Frege G. *Der Gedanke // Logische Untersuchungen / ed. Günther Patzig*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1966. – P. 30-53.
7. Hart H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.
8. Hobbes T. *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
9. Holmes O.W. *The Path of the Law // Harvard Law Review*. 1897. Vol. 10. – P. 457-478.
10. Hume D. *A Treatise of Human Nature*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
11. Kant I. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Vol. IV. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1963.
12. Kelsen H. *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manz, 1990.
13. Kelsen H. *General Theory of Law and State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1945.
14. Kripke S. *Wittgenstein on Rules and Private Language*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982.
15. Langdell C.C. *A Brief Survey of Equity Jurisdiction*, Second Edition. Cambridge: Harvard Law Association, 1908.
16. *Law as an Artifact*; ed. Luka Burazin, Kenneth Einar Himma, Corrado Rovarsi. Oxford: Oxford University Press, 2018.
17. Le Bihan D. *Looking Inside the Brain*. Princeton: Princeton University Press, 2015.
18. Leiter B. *Naturalizing Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
19. Llewellyn K.N. *The Bramble Bush*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
20. Miller A. *Realism*. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2016 // URL: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/realism/>.
21. Olivecrona K. *Law as Fact*. Ejnar Munksgaard, 1939.
22. Popper K. *Objective Knowledge*. Oxford: Clarendon Press, 1972.
23. Raz J. *The Authority of Law*, Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2009.
24. Schauer F. *Foreword // Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Second Edition / ed. William Twining. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. – P. IX-XXV.
25. Searle J. *How to Derive “Ought” From “Is” // The Philosophical Review*. 1964. Vol. 73. – P. 43-58.
26. Siltala R. *A Theory of Precedent*. Oxford: Hart Publishing, 2000.
27. Tamanaha B. *A Realistic Theory of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
28. Windscheid B. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Vol. 1. 9th Edition. Aalen: Scientia, 1963.
29. Wittgenstein L. *Philosophische Untersuchungen*. 10th Edition. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

Для цитирования и библиографии: Кэлер Л. Ослабленная реальность права // *Право и государство*. № 1 (98), 2023. – С. 40-59. DOI: 10.51634/2307-5201_2023_1_40

Материал поступил в редакцию 20.04.2023.