

Современное состояние и перспективы российской теории права и государства Часть 2

Лапаева В.В.

доктор юридических наук, советник Конституционного Суда РФ
E-mail: lapaeova07@mail.ru

Аннотация. В статье дается общая характеристика современного состояния российской теории права, которая рассматривается в единстве таких ее аспектов, как философия права, социология права и юридическая догматика. Перспективы развития по каждому из этих направлений должны, по мнению автора, определяться главным социальным запросом. Особое внимание автор уделяет раскрытию познавательного потенциала либертарно-юридического типа правопонимания применительно к каждому из выделенных направлений теоретико-правовых исследований.

Ключевые слова: теория права, философия права, социология права, догма права, право, произвол, тип правопонимания, сущность права, принципы права, критерии ограничения прав человека.

Начало статьи опубликовано
в Российском журнале правовых исследований.
2014. № 4 (1). С. 20–31

Социология права как инструмент познания права в системе его социальных связей

В контексте настоящей работы речь идет о социологии права не как о самостоятельном научном направлении юридического профиля, сочетающем в себе юридико-социологические теории среднего уровня и совокупность базирующихся на них эмпирических исследований¹, а как о социологическом аспекте общей теории права. Поскольку юридическая теория — это развернутое понятие права², то ее социологическая часть является социологической интерпретацией конституирующей данную теорию понятия права. При этом специфика такой интерпретации заключается в том, что *право рассматривается в контексте его социальных связей*. В зависимости от того на какой тип правопонимания ориентирована та или иная теория права, мы получим принципиально разные социологические интерпретации понятия права. Неверно думать, что социологический анализ правовых явлений возможен лишь с позиций социологического правопонимания. Если под этим углом зрения посмотреть на историю развития отечественной социологии права, то можно выделить разные теоретико-методологические подходы к ее формированию как составного элемента теории права.

Так, к началу XX в. в отечественной теории права сложилась влиятельная научная школа, основанная на *социологическом типе правопонимания*, в рамках которого право трактовалось как юридически защищенный порядок общественных отношений (С.А. Муромцев), способ разграничения социальных интересов (Н.М. Коркунов), психические переживания императивно-атрибутивного характера (Л.И. Петражицкий), форма выражения социальной солидарности (М.М. Ковалевский) и т.д. Право понималось здесь уже не как система нормативных предписаний государственной власти, а как факт социальной жизни, как специфическое социальное явление, стихийно возникающее в результате объективно обусловленных процессов социальной саморегуляции.

Социологический подход к пониманию права с самого начала своего формирования находился в жесткой оппозиции с юридическим позитивизмом легистского образца, фактически имевшем характер официальной доктрины. Однако более серьезная, с научной точки зрения, критика социологического правопонимания шла со стороны представителей школы «возрожденного» естественного права, которые справедливо обращали внимание на то, что путем эмпирических исследований можно в лучшем случае выявить лишь некоторые общие черты, присущие тому или иному порядку общественных отношений. Но для того чтобы подвергнуть этот порядок правовой оценке, необходимо сопоставить его с идеей права, лежащей в основе всякого правопорядка.

Интересно отметить, что наиболее отчетливо слабые стороны позитивистского подхода к праву, общие для социологического и легистского типов правопонимания, обнажил, сам того не желая, такой яркий и последовательный представитель легистского позитивизма, как Г.Ф. Шершеневич,

¹ О социологии права как о самостоятельной дисциплине юридического профиля см.: Лапаева В.В. Социология права: учеб. пособие. 2-е изд. М.: Норма, 2008.

² См.: Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства: учебник для вузов. М.: Норма, 2004. С. 27.

проявлявший интерес к новым познавательным возможностям социологии. В своем лекционном курсе «Социология», споря с И. Кантом, который утверждал, что личность всегда цель, а не средство, Шершеневич писал: «Столкновение общества с личностью может быть сведено к вопросу, не вправе ли общество, представляющее интересы большинства, принести им в жертву интересы меньшинства? Пусть общество не имеет права (не должно) с философской точки зрения индивидуального мировоззрения, но с социологической точки зрения оно всегда так поступало и будет поступать, пока не утратит инстинкт самосохранения»³.

Тем не менее социологический тип правопонимания при всей ограниченности его методологии существенно обогатил юриспруденцию идеями новой, интенсивно развивавшейся социологической науки, расширив границы представлений о праве. Нельзя не отметить и то, что все наиболее выдающиеся сторонники социологического направления в теории права были не только виднейшими представителями либерального спектра общественно-политического мысли того времени, но и активными участниками политической жизни страны⁴. Что же касается интеллектуального уровня проводившихся в России юридико-социологических исследований, то о нем красноречиво говорит тот факт, что из среды русских ученых-юристов вышла целая плеяда социологов с мировым именем: П.А. Сорокин, М.М. Ковалевский, Л.И. Петражицкий, Г.Д. Гурвич, Н.С. Тимашев и др. То обстоятельство, что большинство из них вынуждены были после октября 1917 г. эмигрировать из страны, показывает, какие колоссальные интеллектуальные потери понесла Россия в те годы.

Научный потенциал российской социологии права до середины 30-х гг. прошлого века оказывал плодотворное влияние и на марксистскую социологию права, которая на первых этапах своего становления была не чем иным, как «социологической и социалистической критикой буржуазной общей теории права»⁵. Исследования советских теоретиков права 1920-х гг., осуществлявшиеся в рамках историко-материалистической концепции общества, сформировали так называемое социологическое направление, являвшееся самым крупным в советской теории права того периода. Однако очень скоро официальная идеология, сохранившая лишь внешнюю атрибутику ортодоксального марксизма, сильно разошлась с учением К. Маркса о государстве и праве. Уже в 1930 г. в передовице журнала «Советское государство

и право» была объявлена борьба на «правовом фронте» против «буржуазного юридического мировоззрения», ударившая в том числе и по социологическому направлению в теории права.

С конца 1950-х гг. началось медленное восстановление утраченного. Однако при этом, помимо общих для всей советской социологии проблем, связанных с ее отрывом от основных тенденций развития мировой социологической науки, положение социологии права усугубилось деформирующим влиянием официального правопонимания легистского типа. Легистская трактовка права ограничивала исследовательские возможности юридико-социологического анализа главным образом изучением действия уже принятого законодательства. За рамками социологии права оставались проблемы природы права как особого социального явления, социальной обусловленности права, правового качества закона, легитимности законодательной политики государства и т.д. И хотя в дискуссиях 1970–1980-х гг. вновь заговорили о социологическом правопонимании, речь при этом шла не о «живом» праве в его различении с законом, а лишь о «правопонимании, ориентированном на право в действии»⁶, которое не выходило за рамки легистского подхода, поскольку право здесь отождествлялось с законом. Именно в этой области и были достигнуты заметные успехи, связанные главным образом с овладением юристами методикой и техникой проведения эмпирических социологических исследований. Что же касается теории эффективности действия законодательства, то она носила сугубо инструменталистский характер, рассматривая право как «средство руководства обществом», инструмент достижения экономических, политических, идеологических и т.д. целей⁷.

Заметный всплеск интереса со стороны властных структур к этому направлению исследований в предперестроечный период был связан с тем обстоятельством, что проблема неэффективного действия законодательства приняла к этому времени очевидные и угрожающие масштабы. К началу перестройки юридической науке удалось накопить определенный опыт теоретических и эмпирических исследований юридико-социологического профиля в этом направлении. Освободившись от идеологического диктата в конце 1980-х — начале 1990-х гг. прошлого века, отечественная социология права получила возможность суще-

³ Шершеневич Г.Ф. Социология. М.: Тип. т-ва И.Д. Сытина, 1910. С. 105.

⁴ Подробнее см.: Лапаева В.В. Российская социология права. М.: РАП, 2005. С. 49–62.

⁵ Разумовский И.П. Проблемы марксистской теории права. М.: Комм. Акад., 1925. С. 4.

⁶ Правовая система социализма: в 2 кн. / под ред. А.М. Васильева. Кн. 1: Понятие, структура, социальные связи. М.: Юрид. лит., 1986. С. 26.

⁷ Для советской теории права характерным было представление о том, что «цели, которым служит право, не являются правовыми... Юридические цели всегда лишь одно из самых низших звеньев в той цепи непосредственных целей, которым служат данные нормы и институты» (См.: Эффективность правовых норм / отв. ред. В.И. Никитинский, В.В. Глазырин. М.: Юрид. лит., 1980. С. 37).

ственно расширить свои теоретические горизонты. Однако в этот период она столкнулась с иными существенными трудностями.

Прежде всего надо сказать о том, что начало постперестроечного периода в России совпало по времени с переоценкой ценностей в мировой социологии, кризисом классической рациональности, переосмыслением классических социологических теорий (К. Маркса, М. Вебера, Э. Дюркгейма, Т. Парсонса и др.). Это было время «победного шествия» постмодернизма с присущим ему теоретическим релятивизмом и обесцениением научного языка, разработанного в рамках классических социологических теорий. И если для западной социологии постмодернизм, от которого она уже в целом освобождается, — это всего лишь полезный опыт фокусировки социологического знания на субъективном, чувственном опыте, то для российской социологии интерес к этому идейному течению носит более глубокий характер, а увлечение им чревато потерей исторических ориентиров.

Дело в том, что для отечественной социологии главная привлекательность постмодернизма заключается не столько в ощущении творческой свободы, которую дает свержение теоретических авторитетов, сколько в присущем постмодернистскому мировоззрению отрицанию единого вектора общецивилизационного прогресса в сторону демократии, права и рыночной экономики. Постмодернистский плюралистический подход ослабляет комплексы исторической неполноценности, порожденные крушением претензий России на осуществление самостоятельного проекта будущего, имеющего общечеловеческое значение. Ведь гораздо приятнее считать, что идущие в глобальном мире трансформационные процессы не имеют четкого вектора, а поэтому и нет смысла спорить, есть ли свой путь у России, или она должна в своем политико-правовом развитии следовать неким универсальным, общецивилизационным ориентирам. Таким образом, идеи постмодернизма неожиданным образом обеспечили идеологическое подкрепление и позволили придать новое звучание старым теориям, обосновывающим самобытность политико-правового развития страны, связанную с традиционной для нее системноцентристской парадигмой.

Другая существенная трудность, с которой сталкивается сейчас социологическое осмысление права, связана с тем, что в нынешний переломный для страны период *теоретическая социология права должна опираться на две фундаментальные опоры — концепцию постсоциалистического развития российского общества, сформированную в рамках общей социологии, и адекватную ей концепцию правопонимания, разработанную в теории и философии права*. Однако ни в одном из этих направлений, которые

должны были бы задавать систему координат для социологии права, нет сколько-нибудь устойчивого концептуального компромисса, который мог бы дать искомые теоретические ориентиры для социологического осмысления права. Поэтому каждый исследователь, занимающийся теоретической социологией права, вынужден сам искать свое место в этой системе концептуальных координат. А тот, кто не делает этого, оказывается в своих теоретических рассуждениях на обочине основных проблем современной российской социально-правовой практики.

В настоящее время научные поиски концепции постсоциалистического развития России осуществляются в ситуации глубокого идейного раскола между сторонниками системноцентристской и человекоцентристской моделей политико-правового развития страны. Раскол в этом мировоззренческом вопросе предопределяет и разнонаправленность векторов построения социологии права как направления в рамках общей теории права.

Если судить по учебной литературе, то надо признать, что большинство учебников по социологии права ориентируется сейчас даже не на социологический, а на юридический позитивизм, то есть на легистский тип правопонимания⁸. Встречаются и работы, авторам которых удастся изложить материал, не сформулировав хоть какое-то определение права. Показателен в этом плане учебник, подготовленный такими маститыми специалистами, как В.П. Казимирчук и В.Н. Кудрявцев, которые, касаясь проблем правопонимания, ограничиваются рассуждениями о том, что современная теория права «отрицает позитивистски понимаемую нормативную концепцию в ее обнаженном варианте и потому не сводит понимание права к явлению исключительно нормативного порядка»⁹. Между тем право при любом правопонимании — это, безусловно, явление нормативного порядка. Вопрос лишь в том, какова природа данных норм: либо идет речь о нормах, произвольно устанавливаемых государством (и тогда право сводится к закону); либо к праву относят только те установленные государством нормы, которые соответствуют сущностному признаку права или общепризнанным правам человека; либо под правом понимаются социальные нормы, формирующиеся в самом обществе в результате его саморегуляции и т.д.

Теоретико-методологическую оппозицию позитивистскому (легистскому и социологиче-

⁸ См., напр.: Гревцов Ю.И. *Очерки теории и социологии права*. СПб.: Знание, 1996. С. 61–63; *Социология права: учеб. пособие* / под ред. В.М. Сырых. М.: Юстицинформ, 2001. С. 72; Степанов О.В., Самыгин П.С. *Социология права: учеб. пособие*. Ростов н/Д; М.: Феникс, 2006; *Социология права: курс лекций* / под ред. М.Н. Марченко. Т. 1. М.: Проспект, 2015. С. 27 и др.

⁹ Кудрявцев В.Н., Казимирчук В.П. *Современная социология права*. М.: Юрист, 1995. С. 29.

скому) подходу к построению теоретической социологии права составляет *социология права, основанная на либертарно-юридической теории*¹⁰, с позиций которой я и буду далее рассматривать основные теоретические проблемы отечественной социологии права.

Трактовка теоретической социологии права как социологической интерпретации понятия права предполагает, что в рамках такой интерпретации абстрактная теоретическая конструкция, выстраиваемая на основе соответствующего типа правопонимания, должна быть конкретизирована таким образом, чтобы она, с одной стороны, сохранила бы философско-правовой смысл либертарно-юридического типа правопонимания, а с другой — могла бы быть реализована в условиях реальной социально-правовой практики. Для этого, прежде всего, необходимо философское понимание права как правового закона, определяющего равную меру свободы в общественной жизни, выразить в понятийном словаре социологии, опираясь на ключевую для социологии категорию интереса. На мой взгляд, право в его социологическом измерении следует рассматривать как законодательную форму выражения и осуществления социальных интересов по принципу формального равенства (когда свобода в реализации интереса одного субъекта допускает равную меру свободы для интереса другого субъекта). Взаимосогласованные таким образом социальные интересы я называю *правообразующими интересами*¹¹.

Развивая в свете либертарного правопонимания прежние трактовки права в терминах категории интереса (в частности, положения о праве как защищенном интересе Р. Иеринга и о праве как разграничении интересов Н.М. Коркунова), можно сказать, что право — это способ законодательного выражения, защиты и реализации правообразующих интересов, то есть того общего в различных, нередко противоборствующих интересах разных субъектов (индивидов и социальных групп), что может быть согласовано на основе принципа формального равенства в рамках требований равной для всех нормы закона. Предлагаемая трактовка права принципиально отличается от позитивистских концепций Р. Иеринга или Н.М. Коркунова, поскольку здесь решение вопроса о том, какие именно интересы нуждаются в правовом признании и защите, опирается на теоретический критерий, а не отдается на откуп фактичности — произволу законодателя или случайностям социальной практики. Таким

критерием является согласуемость определенного правообразующего интереса с требованием формального равенства в соответствующей области общественных отношений, то есть реализуемость правообразующего интереса по общей для всех норме дозволений и запретов, по равной для всех мере свободы, исключаящей привилегии одних и дискриминацию других.

Для очерчивания предметной области исследований либертарно-юридической социологии права важно иметь в виду, что правовой принцип формального равенства — это не математическая абстракция, для которой не имеет значения основание уравнивания. Если в математике мы говорим, что два равняется двум, то мы не привносим в эту формулу никакого дополнительного смысла, но в праве уравнивание происходит по определенному основанию, в качестве которого выступает свобода, то есть разумная свободная воля. Когда мы уравниваем людей как носителей разума и свободной воли, это значит, что именно разумную свободную волю человека мы рассматриваем в качестве меры, позволяющей отмерять ему такой набор субъективных прав на получение социальных благ, который соответствует проявленной им свободной воле (в той мере, в какой это не препятствует свободной воле других людей). Данное понятие имеет исторически изменчивое социальное содержание, и в этом смысле оно условно: люди должны о нем условиться, то есть договориться или молчаливо согласиться.

Поэтому практическая реализация принципа формального равенства предполагает его интерпретацию с учетом той социальной среды и той конкретно-исторической ситуации, в которой он действует. Критерий такой интерпретации — расширение пространства права, то есть пространства свободы (а соответственно, и равенства) согласно формуле: *свобода одного человека может быть реализована до тех пор, пока она не нарушает свободу другого человека и те ценности общего блага, которые являются условием реализации этой свободы*. Данная формула в силу ее абстрактного характера включает в себя и жестокий принцип талиона, и возвышенный категорический императив И. Канта. Какое конкретное обличье она приобретает в той или иной исторической ситуации, зависит в конечном итоге от того смысла, которым общество наполняет понятие свободы. В самом общем виде можно выделить два подхода к трактовке данного понятия, согласно которым свободная воля индивида — это: 1) воля, не связанная давлением со стороны внешнего произвола, и 2) воля, не связанная также и такими внешними по отношению к ней обстоятельствами, как социальная и биологическая слабость самого индивида¹². Выявление

¹⁰ См.: Лапаева В.В. Социология права.

¹¹ Это, по сути дела, юридико-социологическая интерпретация закрепленного в ч. 3 ст. 17 Конституции РФ положения, согласно которому «осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц».

¹² Подробнее см.: Лапаева В.В. Типы правопонимания в

смысла, который на данный момент вкладывается в это понятие данным, конкретно-историческим обществом, а также конкретизация этого смысла применительно к разным сферам правового регулирования и составляют *предмет исследований социологии права*, основанной на либертарно-юридическом правопонимании.

С позиций такого подхода можно сказать, что юридико-социологический анализ права в контексте его социальных связей предполагает выяснение того, каким образом идеальная (предельно желательная) теоретическая конструкция, основанная на понимании сущности права как формального равенства, во-первых, может быть наиболее полно реализована в условиях данной конкретной реальности и, во-вторых, как она фактически реализуется. В первом случае мы имеем дело с проблематикой социальной обусловленности права, а во втором — эффективности его действия (то есть эффективности законодательства и правоприменительной деятельности). Рассматривая оба эти направления исследований с позиций либертарно-юридического правопонимания, можно сказать следующее.

В области изучения *эффективности действия права* основная задача состоит в том, чтобы от все еще доминирующей с советских времен инструменталистской трактовки эффективности действия права перейти к аксиологическому осмыслению данного понятия, основанному на признании самостоятельной ценности права как меры свободы. В настоящее время в научной и учебной литературе предлагаются подходы к анализу данной проблематики с позиций либертарно-юридической теории¹³. Что же касается изучения *социальной обусловленности права*, то эта, очень слабо разработанная на данный момент предметная область социологии права заслуживает сейчас первоочередного внимания. Дело в том, что трансформация российской правовой системы от традиционного для страны системоцентризма к обозначенной в Конституции РФ человекоцентристской политико-правовой модели сталкивается на практике с очень серьезным «сопротивлением среды». И здесь для начала важно: 1) разграничить объективные факторы, препятствующие этой трансформации, и субъективные факторы, связанные с ошибками, допущенными в ходе реформ или с отступлениями от верно выбранных ориентиров; и 2) конкретизировать (а возможно, и скорректировать) исходную теоретическую конструкцию с учетом объективных социокультурных особенностей той среды, в которой она должна быть реализована.

правовой теории и практике, М.: РАП, 2012. С. 398–408.

¹³ Подробнее см.: Лапаева В.В. Социология права. С. 232–262; Варламова Н.В. Эффективность правового регулирования: Переосмысление концепции // Правоведение. 2009. № 1. С. 212–232.

При этом необходимо иметь в виду, что каждый раз, когда мы рассматриваем фактическую реальность с точки зрения права, мы интерпретируем ее с позиций искомого должного, поскольку язык права, как писал В.С. Нерсесянц, носит прескриптивный характер, он предписывает рассматриваемому фактическому состоянию надлежащие правовые характеристики. В этом смысле вся либертарно-юридическая теория представляет собой концептуальный базис юридического институционализма, если под институциональным подходом понимать методологию, «позволяющую различать социальные явления, социальные институты и социальные практики правового и неправового типов»¹⁴. В рамках такой трактовки юридического институционализма можно сказать, что проблема выявления социальной обусловленности права — это, по сути дела, проблема поиска оптимального сочетания институционального и социокультурного подходов к правотворчеству и правоприменению. Это проблема способов адаптации правового должного (апробированных мировой практикой юридических институтов и практик, отвечающих принципу формального равенства) к объективным особенностям российской реальности.

Главные вопросы, который стоят сейчас перед всем отечественным обществоведением и на которые с позиций специфики своего подхода должна ответить также и социология права как составная часть общей теории права, можно сформулировать следующим образом: 1) какие объективные (геополитические в своей основе) факторы влияют на перспективы демократического и правового развития России; 2) каковы характер, направления и степень этого влияния; 3) нужна и возможна ли (хотя бы в перспективе) корректировка этих факторов; 4) если да, то каковы ее основные параметры; 5) чем чреваты ошибки на этом пути. Ответы на эти и подобные вопросы, возможные лишь в рамках междисциплинарного социокультурного подхода, должны опираться на ту или иную теорию социокультурного развития России.

На мой взгляд, наиболее обоснованной с научной точки зрения является разработанная А.С. Ахиезером *циклическая теория социокультурной динамики России*, рассматривающая в качестве главного фактора динамики российского общества присущий ему внутренний раскол. Этот особый социокультурный феномен, характеризующий общественное сознание и социальные практики, возник, по мнению автора, в результате расчленения синкретичного вечного нравственного идеала на взаимосвязанные, хотя и находящиеся в постоянном противоборстве, идеи собор-

¹⁴ Яковлев А.В. Институциональный подход в юридической теории государства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. URL: <http://www.lawtheses.com/institutsionalnyy-podhod-v...teorii...>

ности и авторитаризма. В России в силу особенностей ее исторического развития был запущен механизм постоянного самовоспроизводства этой главной дуальной оппозиции в структуре общественного сознания, удерживающего общество в рамках архаичного типа, ориентированного на локальные ценности. Данное обстоятельство предопределяет переходный характер цивилизационного развития страны, которой не удается вырваться за рамки инверсионных циклов, когда «стихия соборного мятежа сменяется подавляющим авторитаризмом»¹⁵. В результате раскола в обществе сложились прямо противоположные системы смыслообразования, а следовательно, — ценностей и действий, разрывающие основы интеграции социума и запускающие глубоко скрытые механизмы саморазрушения. Эти соперничающие системы самоутверждаются за счет целого, не позволяя России осуществить переход от традиционализма к цивилизации либерально-модернистского типа, способной к обновлению и развитию. При этом «ни одна из противоположностей расколотого общества не может уничтожить другую, не уничтожив себя»¹⁶, поэтому выход из этой тупиковой ситуации может быть лишь в поиске третьего варианта, основанного на наработках *срединной культуры*.

Способность предложить теоретические модели *срединной культуры*, которые могли бы быть восприняты массовым сознанием, и определяет сейчас творческий потенциал обществоведения. Чтобы ответить на этот социальный запрос, той или иной отрасли обществоведения необходимо прежде всего понять, где именно в рамках предмета ее исследования проходит в настоящее время главная линия социокультурного раскола, воспроизводящая элемента архаики. Применительно к социологии права можно с уверенностью сказать, что для нее сфера поиска *срединных жизненных смыслов*, способных консолидировать российское общество, находится в *смысловом пространстве идеи справедливости*.

¹⁵ Ахиезер А.С. Соборный нравственный идеал // Социокультурный словарь. Россия: критика исторического опыта. Т. 2. URL: <http://www.terme.ru/dictionary/173...sobornyi-nravstvennyi-ideal>. Эти идеи Ахиезера получили интересное развитие в книге И. Яковенко и А. Музыкантского «Манихейство и гностицизм: культурные коды русской цивилизации», основная идея которой заключается в том, что заложенный в российскую культурную матрицу гностический элемент, порождающий пресловутое русское долготерпение, имманентно связан с манихейской готовностью сорваться в бунт в самый неожиданный даже для квалифицированного наблюдателя момент». Вся история развития России, считают авторы, может быть представлена как чередование «периодов длительного доминирования гностических настроений и коротких ярких всплесков манихейского противоборства» (Яковенко И., Музыкантский А. Манихейство и гностицизм: культурные коды русской цивилизации. М.: Рус. путь, 2012. С. 217).

¹⁶ Ахиезер А.С. Россия: Критика исторического опыта: в 2 т. 2-е изд. Т. 1. Новосибирск: Сибир. хронограф, 1997. С. 179.

Речь идет о тех приемлемых для массового сознания россиян идей, концептуальных моделях и теорий, которые могли бы помочь преодолеть архаичные представления о справедливости как о неправовой уравниловке и перевести их в плоскость понимания правовой природы справедливости как формального равенства.

Это предполагает наполнение абстрактного принципа формального равенства таким социальным содержанием, которое в максимальной возможной степени отвечало бы потребностям современного российского общества и его представлениям о справедливости. Причем очень важно сделать это применительно к наиболее значимым для общества социальным проблемам, в которых пульсирует нерв новейшей истории страны. По мнению В.С. Нерсесянца, таким главным вопросом для постсоветской России является вопрос о приватизации социалистической собственности, неправовое (несправедливое) решение которого предопределило все основные дефекты политико-правового развития страны после краха социализма. На базе либертарно-юридического подхода им разработана теоретическая конструкция, выступающая в качестве идеальной правовой модели института собственности в постсоциалистической России.

Более того, применение принципа формального равенства к оценке процессов приватизации собственности стало тем теоретико-методологическим импульсом, который позволил автору сформулировать идею нового постсоциалистического общественного строя, обозначенного как *цивилизм* (от лат. *civis* — гражданин). Концепция цивилизма как общества, в котором каждый гражданин имеет прирожденное право на равную с другими долю доходов от десоциализации¹⁷ общенародной собственности, предстает как синтез идеи братства (мы все — наследники социалистической собственности как члены одной семьи) и правовой идеи формального равенства (мы наследуем в равных долях доходы от десоциализации этой собственности). Таким образом, эта концепция, с одной стороны, соответствует общинно-коллективистскому сознанию россиян, подготовленному к восприятию идеи братства, а с другой — позволяет вписать вектор политико-правового развития России в общецивилизационное движение к свободе на основе правового принципа формального равенства.

Каким образом, в какой мере и в какой перспективе концепция цивилизма может быть осуществлена в России — это предмет специального

¹⁷ О принципиальной разнице между приватизацией и десоциализацией общенародной собственности см.: Лапаева В.В. Приватизация социалистической собственности (конституционно-правовой и философско-правовой анализ) // Вопросы права и политики. 2014. № 2. URL: http://www.e-notabene.ru/lr/article_10985.html.

анализа, который еще ждет своих исследователей. Во всяком случае, либертарно-юридическая теория предложила свой вариант конкретизации философско-правового подхода к праву применительно к наиболее актуальной социально-правовой проблематике, передав теоретическую эстафету социологии права.

Догма права: взаимосвязь теории и практики

Догма права — общепринятая в юриспруденции доктрина позитивного права, включающая в себя «исходные основные положения о позитивном праве, его установлении и действии»,¹⁸ — служит связующим звеном между правовой теорией и практикой. Через догму права то или иное понимание права, которое в концентрированном виде содержит в себе всю соответствующую теоретическую юриспруденцию, оказывает воздействие на правотворческую и правоприменительную деятельность. Поэтому нельзя согласиться с представлениями о том, что догма права «сама по себе является идеологически нейтральной, допускает различные идеологические интерпретации и может включаться в правовую идеологию самой различной направленности»¹⁹.

Одна из существенных проблем современного правового развития России заключается как раз в том, что кардинальная смена мировоззренческих ориентиров, связанная с переходом к закреплённой в Конституции РФ человекоцентристской политико-правовой парадигме, не сопровождается соответствующей корректировкой юридической догматики. Среди теоретиков права бытует представление, что «главным противоречием существующего правопорядка является то, что мы в целом грамотно пишем законы, но думаем и поступаем как-то иначе»²⁰. Как будто те, кто пишет законы, отличаются от избравшего их общества принципиально иным уровнем правосознания. Совершенствование общественного правосознания, к которому призывают эти авторы, требует от юридической науки, прежде всего, усилий по совершенствованию правосознания законодателя путем обеспечения его надлежащей догмой права и постоянного критического внимания к его отступлениям от принятых в науке юридико-догматических конструкций. Пока же есть все основания говорить, что в нашей теории права «до предела ослаблено внимание к юридико-догматической проблематике»²¹, которая ушла на периферию научных исследований.

Недостаточный интерес к задачам обновления догмы российского права в значительной мере объясняется тем, что дискуссии о правопонимании до сих пор не привели к формированию нового подхода к праву, который выражал бы согласованную позицию научного сообщества. В этой ситуации российская догма права по-прежнему выстраивается на базе юридического позитивизма в его легистском варианте. А между тем способность того или иного типа правопонимания предложить теоретико-методологическую основу для разработки догмы права, адекватной актуальным потребностям правовой практики (и прежде всего — потребности в разграничении права от законодательного произвола), является важнейшим показателем его научной конкурентоспособности. Поэтому из всех многочисленных концепций права, конкурирующих сейчас в рамках российской юриспруденции, наиболее серьезные претензии на общедоктринальный статус заявляют три подхода, имеющие потенциал для формирования обновленной догмы права, — юридический позитивизм, естественно-правовая доктрина и либертарно-юридическая теория права.

Что касается *юридико-позитивистской доктрины*, для которой вопросы догмы права традиционно находятся в центре внимания, то при всей внешней «облагороженности» этого подхода позитивацией в Конституции РФ естественных прав человека, она, как я уже отмечала, по сути дела, не выходит за рамки легизма советского образца. Можно продекларировать в Конституции приоритет неотчуждаемых прав человека, закрепить современный каталог основных прав и т.д., но если содержание конституционных норм, определяющих критерии ограничения этих прав, интерпретируется законодателем и правоприменителем с позиций системноцентристского подхода, то реально действующим оказывается легистское правопонимание. А именно так нередко и происходит на практике, потому что когда речь идет о защите таких ценностей, как основы конституционного строя, нравственности, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ), то принцип «мы за цену не постоим» очень легко становится у нас доминирующим над принципом приоритета прав человека. При этом наша юридическая догматика пока что не в состоянии противодействовать давлению произвольно толкуемого общего интереса над правами человека. Поэтому если оставаться в русле человекоцентристского развития, заданного Конституцией (а иное означало бы девальвацию всех усилий последних десятилетий), то выбор теоретико-методологической основы для построения догмы права следует осуществлять лишь между естественно-правовым и либертарно-юридическим типами правопонимания.

¹⁸ Нерсесянц В.С. Указ. соч. С. 382.

¹⁹ Алексеев С.С. Философия права. М.: Статут, 1999. С. 52.

²⁰ Синюков В.Н., Синюкова Т.В. Указ. соч. С. 27.

²¹ Мальцев Г.В. О субъективных публичных правах // Интерес в публичном и частном праве. М.: ГУ ВШЭ, 2002. С. 11. См. также: Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 18–19.

Для сторонников *юснатурализма* проблемы юридической догматики всегда находились на периферии их внимания. Вклад приверженцев данной доктрины в обновление догмы российского права сводится главным образом к обоснованию необходимости включения судебного прецедента в систему источников российского права, а также к разработке проблематики соотношения национального законодательства с нормами, действующими в рамках наднационального и международного правопорядков.

С точки зрения сторонников включения судебного прецедента в систему источников российского права, прецедент в большей мере, чем закон, способен гарантировать защиту прав человека. В основе подобной позиции лежит характерное для юснатурализма представление о том, что моральные начала права, составляющие содержание основных прав человека, наиболее полно могут быть выражены не представительным органом, а судьей, то есть юристом, обладающим надлежащими профессиональными и человеческими качествами²².

Для стран с давно сложившейся системой прецедентного права, базирующейся на высоком и заслуженном авторитете судейского сообщества, такой подход вполне уместен. Здесь роль судебного прецедента как гаранта индивидуальной свободы обеспечена, прежде всего, высоким уровнем профессионализма судей, выкристаллизовавшимся за многовековую историю развития национального правосудия, а также устойчивыми традициями независимости судебной власти и ее высоким статусом в системе разделения властей. В России же, как известно, никогда не было ни одного из перечисленных факторов. В этих условиях нет оснований полагать, что закрытая корпорация судей высших судов лучше справится с правотворчеством, чем представительный орган, открытый для социального контроля. А кроме того, как справедливо отмечает В.Д. Зорькин, различия между англо-саксонской и романо-германской правовы-

ми системами не являются только формальными, они отражаются в специфике мышления юристов и требуют принципиально иной организации всего юридического процесса. Но главное в том, что «нигде в мире доказательств преимуществ англосаксонской системы не выявлено, а неизбежный при таких прививках “переходный период” обязательно хотя бы отчасти хаотизирует и ослабит и без того пока далекую от совершенства российскую систему правоустановления и правоприменения»²³.

Еще один популярный аргумент в пользу введения судебного прецедента, касающийся идеи придания статуса обязательного прецедента постановлениям Пленума Верховного Суда РФ, сводится к тезису о том, что принцип правовой определенности важнее принципа независимости судей. С этим тезисом можно было бы согласиться, потому что принцип правовой определенности — это основополагающая для всей юридической догматики конкретизация правового принципа формального равенства²⁴. Но данный тезис верен только в том случае, когда речь идет именно о *правовой* определенности, а не о закреплении сложившейся практики антиправового произвола. В нашей же ситуации перехода от произвола к праву именно независимость судей служит одной из важнейших гарантий того, что применяемые ими законы носят правовой характер, а их деятельность является правосудной в подлинном смысле этого слова.

Среди сторонников либертарно-юридической теории нет единства в вопросе о целесообразности включения судебного прецедента в систему источников российского права, однако, сам В.С. Нерсесянц был твердым противником такого подхода²⁵, что соответствует логике его понимания права как не только нормативной, но и институциональной формы свободы. Показательно, что в своем учебнике по теории права, где проблемы юридической догматики разработаны с позиций либертарного правопонимания, он вообще не уделил внимания предложениям о включении прецедента в число источников права, ограничившись такой трактовкой системы источников, которая вытекает из положений Конституции РФ.

Другое направление развития юридической догматики на базе доктрины юснатурализма ка-

²² Такую точку зрения обосновывает, в частности, Р. Дворкин. Исходя из того, что законодатель руководствуется политическими стратегиями, а судья — моральными принципами, восходящими к правовым традициям, он отдает предпочтение судебному прецеденту, полагая, что «судебные решения, принимаемые на основе принципиальных соображений, могут брать верх над демократическими принципами». (Дворкин Р. О правах всерьез / пер. с англ. М.: РОС-СПЭН, 2004. С. 125 и след.) При этом речь у него идет не о том, что судебный прецедент в большей мере адекватен исходному правовому принципу, а лишь о том, что моральные принципы имеют приоритет перед политическими, к числу которых он относит и принцип демократии. Для сравнения замечу, что, с точки зрения либертарно-юридического подхода, критерием правового начала является принцип формального равенства, в основе которого лежит равенство людей как субъектов права, предполагающий в том числе их равенство как субъектов правотворчества. С позиций такого подхода право и демократия — это две стороны одной медали, выражающие нормативные и институциональные гарантии свободы.

²³ Зорькин В.Д. Цивилизация права // Журнал конституционного правосудия. 2014. № 5. С. 11.

²⁴ Основополагающий характер принципа правовой определенности обусловлен, как убедительно доказала Н.В. Варламова, его имманентной связью с природой правовой нормативности. (См.: Варламова Н.В. Нормативность права: проблемы интерпретации // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2013. № 4. С. 76–116).

²⁵ См.: Нерсесянц В.С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право (о правоприменительной природе судебных актов) // Судебная практика как источник права. М.: Ин-т гос. и права РАН, 1997. С. 38–40.

сается разработки вопросов соотношения национального, наднационального и международного права. В настоящее время ситуация в этой области такова, что «традиционные теории международного права, в том числе — монизма и дуализма, не могут предложить системных решений для преодоления правовых коллизий. Как отмечают исследователи, картина правового ландшафта сегодня выглядит гораздо более сложной, чем в эпоху Ганса Кельзена с его классической “пирамидой права”, и соответственно, наблюдается недостаток конкретных практических подходов»²⁶.

Последовательная ориентация при решении подобных вопросов на доктрину юснатурализма ведет к отказу от идеи национально-государственного суверенитета, поскольку естественное право «предполагает и естественное государство»²⁷, гражданами которого являются все люди (каждый человек). Такой подход означает признание безоговорочного приоритета наднациональных и международных норм над национальными законами, включая и конституцию страны. С позиций же либертарно-юридического подхода вопрос о месте Конституции РФ в иерархии нормативных актов решается не столь однозначно. Исходя из принципа приоритета природенных и неотчуждаемых прав человека, можно сказать, что государство, выполняя свою конституционную обязанность по признанию, соблюдению и защите этих прав как приоритетной ценности, должно *ориентироваться на те правовые положения, которые гарантируют более высокий уровень их обеспечения*. Поэтому вопрос о соотношении конституции с нормами наднационального и международного права (прежде с нормами Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод) и об их месте в иерархии нормативных актов должен решаться ситуативно, исходя из понимания того, где полнее гарантируются права человека. Конечно, у государства всегда есть соблазн посчитать, что Конституция РФ в интерпретации Конституционного Суда РФ справляется с этой задачей лучше. Однако оно должно суметь доказать это не только своим гражданам, но и международному сообществу²⁸.

Переходя к анализу тех усилий, которые принимаются в русле разработки *либертарно-юридической догматики*, следует еще раз отметить, что, с точки зрения данного подхода, язык

права носит не дескриптивный, а прескриптивный характер, он «не просто описывает то или иное фактическое состояние, но трактует (интерпретирует) его с позиций юридически должного»²⁹, то есть предписывает рассматриваемому фактическому состоянию надлежащие правовые характеристики. Это значит, что к праву в целом, а соответственно, и к юридической догматике в частности не может быть применима известная ленинская формула «формально правильно, а по сути издевательство», потому что *то, что не соответствует сущности права, не может быть верным и с формально-догматической точки зрения*.

Обозначенный круг проблем, разумеется, не исчерпывает всей проблематики догмы российского права, нуждающейся в обновлении в свете новых потребностей социально-правовой практики. Это лишь те направления усилий, в которых сейчас наиболее заметно продвижение в сторону формирования человекоцентристской юридической догматики и которые в наибольшей степени отвечают задачам разработки «современной догмы российского права, способной надлежащим образом конкретизировать конституционно-правовые принципы и нормы, переводя их в плоскость практической правотворческой и правоприменительной деятельности»³⁰.

Список литературы:

1. Алексеев С.С. Философия права. М.: Статут, 1999. 712 с.
2. Варламова Н.В. Нормативность права: проблемы интерпретации // Труды Института государства и права РАН. 2013. № 4. С. 76–115.
3. Варламова Н.В. Философия права и юридическая догматика (проблема внутренней непротиворечивости правовой теории) // Юриспруденция XXI века: горизонты развития. Очерки. СПб.: С.-Петербург. ун-т МВД России, 2006. С. 269–300.
4. Варламова Н.В. Эффективность правового регулирования: Переосмысление концепции // Правоведение. 2009. № 1. С. 212–232.
5. Гревцов Ю.И. Очерки теории и социологии права. СПб.: Знание, 1996. 263 с.
6. Кельзен Г. Общее учение о праве и государстве // Хрестоматия по конституционному праву / сост. Н.А. Богданова, Д.Г. Шустров: в 3 т. Т. 1. М.: МГУ, 2012. С. 609–651.
7. Кудрявцев В.Н., Казимирчук В.П. Современная социология права. М.: Юрист, 1995. 304 с.
8. Лапаева В.В. Критерии ограничения прав человека и гражданина в Конституции РФ // Государство и право. 2013. № 2. С. 14–24.
9. Лапаева В.В. Российская социология права. М.: РАП, 2005. 251 с.
10. Лапаева В.В. Социология права: учеб. пособие. 2-е изд. М.: Норма, 2008. 336 с.
11. Лапаева В.В. Формирование современной юридической догматики — актуальная задача российской теории права // Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции: к 60-летию А.В. Полякова: в 2 т. Т. 2. СПб.: Алеф-Пресс, 2014. С. 201–219.
12. Мальцев Г.В. О субъективных публичных правах // Интерес в публичном и частном праве. М.: ГУ ВШЭ, 2002. С. 11–18.

²⁶ Филатова М. Конфликты конституционных и наднациональных норм: способы преодоления // Международное правосудие. 2013. № 4. URL: http://www.ilpp.ru/netcat_files/userfiles/MP_Archiv/MP4...2013...

²⁷ Нерсесянц В.С. Философия права. С. 152.

²⁸ Пример такой интерпретации норм Конституции РФ и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод см.: Лапаева В.В. Дело «К. Маркин против России» в контексте проблемы национального суверенитета // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 2. С. 87–90.

²⁹ Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. С. 383.

³⁰ Зорькин В.Д. Конституционный вектор России. 20 лет реализации Основного Закона страны // Российская газета. 2013. 19 нояб.

13. Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. М.: Юрлитинформ, 2012. 496 с.
14. Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства: учебник для вузов. М.: Норма, 2004. 832 с.
15. Правовая система социализма: в 2 кн. / под ред. А.М. Васильева. Кн. 1: Понятие, структура, социальные связи. М.: Юрид. лит., 1986. 368 с.
16. Правоприменение: теория и практика / отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М.: Формула права, 2008. 432 с.
17. Разумовский И.П. Проблемы марксистской теории права. М.: Комм. Акад., 1925. 137 с.
18. Сидоркин А.С. Принципы права: понятие и реализация в российском законодательстве и судебной практике: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. 25 с.
19. Социология права: учеб. пособие / под ред. В.М. Сырых. М.: Юстицинформ, 2001. 111 с.
20. Социология права: курс лекций / под ред. М.Н. Марченко. Т. 1. М.: Проспект, 2015. 368 с.
21. Степанов О.В., Самыгин П.С. Социология права: учеб. пособие. Ростов н/Д.; М.: Феникс, 2006. 285 с.
22. Цакиракис С. Пропорциональность: посягательство на права человека? // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 2. С. 47–66.
23. Шершеневич Г.Ф. Социология. М.: Тип. т-ва И.Д. Сытина, 1910. 200 с.
24. Эффективность правовых норм / отв. ред. В.И. Никитинский, В.В. Глазырин. М.: Юрид. лит., 1980. 280 с.

Current State and Prospects of the Russian Theory of Law and State Part 2

Lapaeva V.V.

Doctor of Law, consultant of the Constitutional Court
of the Russian Federation
E-mail: lapaeva07@mail.ru

Abstract. Article deals with general characteristic of current state of the Russian theory of law, which is examined in the unity of such aspects as philosophy of law, sociology of law and legal dogmatics. For the philosophy of law the main direction of efforts should be connected with development of general doctrinal type of understanding of law, which would correspond to a human-centric legal ideology, assumed as the basis of the Constitution of the Russian Federation. The task of sociology of law is seen, first of all, in development on the basis of such understanding of law of theoretical-methodological basis for study of social conditionality of legislation and efficiency of its application. The proper transfer of the results of philosophical and legal and legal and sociological studies, conducted within the framework of the theory of law, at the level of law-making and law enforcement practice requires the development of an adequate legal dogmatics. The author substantiates the need for development of the human-centric dogma of the Russian law as such a system of legal-dogmatic constructions, which would specify the principle of human rights priority. Special attention is paid to disclosure of cognitive potential of libertarian juristic type of understanding of law in respect of each of the chosen directions of theoretical and legal studies.

Keywords: theory of law, philosophy of law, sociology of law, dogma of law, law, arbitrariness, type of understanding of law, essence of law, principles of law, limitation of human rights criteria.

References:

1. Alekseev S.S. *Filosofiya prava*. М.: Statut, 1999. 712 с.
2. Varlamova N.V. *Normativnost' prava: problemy interpretatsii* // Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN. 2013. № 4. S. 76–115.
3. Varlamova N.V. *Filosofiya prava i yuridicheskaya dogmatika (problema vnutrennei neprotivorechivosti pravovoi teorii* // *Yurisprudenciya XXI v.: gorizonty razvitiya. Ocherki*. SPb.: S.-Peterburg. un-t MVD Rossii, 2006. S. 269–300.
4. Varlamova N.V. *Effektivnost' pravovogo regulirovaniya: Pereosmyslenie koncepcii* // *Pravovedenie*. 2009. № 1. S. 212–232.
5. Grevcov Yu.I. *Ocherki teorii i sociologii prava*. SPb.: Znaniye, 1996. 263 s.
6. Kel'zen G. *Obshee uchenie o prave i gosudarstve* // *Hrestomatiya po konstitucionnomu pravu* / sost. N.A. Bogdanova, D.G. Shustrov: v 3 t. T. 1. М.: MGU, 2012. S. 609–651.
7. Kudryavcev V.N., Kazimirchuk V.P. *Sovremennaya sociologiya prava*. М.: Yurist, 1995. 304 s.
8. Lapaeva V.V. *Kriterii ogranicheniya prav cheloveka i grazhdanina v Konstitucii Rossiiskoi Federacii* // *Gosudarstvo i pravo*. 2013. № 2. S. 14–24.
9. Lapaeva V.V. *Rossiiskaya sociologiya prava*. М.: RAP, 2005. 251 s.
10. Lapaeva V.V. *Sociologiya prava: ucheb. posobie*. 2-e izd. М.: Norma, 2008. 336 s.
11. Lapaeva V.V. *Formirovaniye sovremennoi yuridicheskoi dogmatiki — aktual'naya zadacha rossiiskoi teorii prava* // *Kommunikativnaya teoriya prava i sovremennyye problemy yurisprudencii: k 60-letiyu A.V. Polyakova: v 2 t. T. 2*. SPb.: Alef-Press, 2014. S. 201–219.
12. Mal'cev G.V. *O sub'ektivnykh publichnykh pravah* // *Interes v publichnom i chastnom prave*. М.: GU VShE, 2002. S. 11–18.
13. Mihailov A.M. *Genезis kontinental'noi yuridicheskoi dogmatiki*. М.: YurLitinform, 2012. 496 s.
14. Nersesyanc V.S. *Obshchaya teoriya prava i gosudarstva: uchebnik dlya vuzov*. М.: Norma, 2004. 832 s.
15. *Pravovaya sistema socializma: v 2 kn. / pod red. A.M. Vasil'eva*. Кн. 1: *Ponyatie, struktura, social'nye svyazi*. М.: Yurid. lit., 1986. 368 s.
16. *Pravoprimeniye: teoriya i praktika* / отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М.: Формула права, 2008. 432 с.
17. Razumovskii I.P. *Problemy marksistskoi teorii prava*. М.: Komm. Akad., 1925. 137 s.
18. Sidorkin A.S. *Principy prava: ponyatie i realizaciya v rossiiskom zakonodatel'stve i sudebnoi praktike: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk*. М., 2011. 25 s.
19. *Sociologiya prava: ucheb. posobie / pod red. V.M. Syryh*. М.: Yusticinform, 2001. 111 s.
20. *Sociologiya prava: kurs lektsii / pod red. M.N. Marchenko. T. 1*. М.: Prospekt, 2015. 368 s.
21. Stepanov O.V., Samygin P.S. *Sociologiya prava: ucheb. posobie*. Rostov n/D.; М.: Feniks, 2006. 285 s.
22. Cakirakis S. *Proporcional'nost': posyagatel'stvo na prava cheloveka? // Sravnitel'noye konstitucionnoye obozreniye*. 2011. № 2. S. 47–66.
23. Shershenevich G.F. *Sociologiya*. М.: Tip. t-va I.D. Sytina, 1910. 200 s.
24. *Effektivnost' pravovykh norm / отв. ред. В.И. Никитинский, В.В. Глазырин*. М.: Yurid. lit., 1980. 280 s.