

ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ
УЧРЕЖДЕНИЕ НАУКИ
ИНСТИТУТ ФИЛОСОФИИ РОССИЙСКОЙ АКАДЕМИИ НАУК

На правах рукописи

Тухватулина Лиана Анваровна

Проблема рациональности в науке о праве

Специальность - 09.00.01 онтология и теория познания

Диссертация на соискание ученой степени

кандидата философских наук

Научный руководитель:

доктор философских наук, профессор,
член-корреспондент РАН И.Т. Касавин

Москва, 2017

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	4
РАЗДЕЛ 1. ФОРМАЛИСТСКИЙ И АНТИФОРМАЛИСТСКИЙ ПОДХОД К ОБОСНОВАНИЮ РАЦИОНАЛЬНОСТИ В НАУКЕ О ПРАВЕ	
ГЛАВА 1.1. «ЧИСТОЕ УЧЕНИЕ» Г. КЕЛЬЗЕНА КАК ПРОЕКТ ОБОСНОВАНИЯ ФОРМАЛЬНОЙ РАЦИОНАЛЬНОСТИ В ПРАВЕ	
1.1.1. Понятие «основной нормы» и общетеоретические установки в обосновании формальной рациональности в праве.....	19
1.1.2. Некоторые методологические и эпистемологические аспекты модели формальной рациональности в праве.....	28
1.1.3. Лакуны и ограничения формалистского подхода	31
ГЛАВА 1.2. РАЦИОНАЛЬНОСТЬ СУДЕЙСКОГО УСМОТРЕНИЯ: АНТИФОРМАЛИЗМ В АМЕРИКАНСКОМ ПРАВОВОМ РЕАЛИЗМЕ	
1.2.1. Прагматический аспект проблемы рациональности: правовая теория и предсказание судебных решений	39
1.2.2. Психологическая критика модели формальной рациональности в американском правовом реализме.....	45
1.2.3. Философские истоки антиформалистского подхода: прагматизм и американский правовой реализм.....	48
1.2.4. Норма vs факт: ситуативная обусловленность судебного усмотрения	50
1.2.5. Рациональность как мера прогнозируемости судебных решений: эпистемологические допущения.....	55
Выводы к разделу 1	58
РАЗДЕЛ 2. ВНЕЮРИДИЧЕСКАЯ ОБУСЛОВЛЕННОСТЬ РАЦИОНАЛЬНОСТИ В ПРАВЕ: НЕКОТОРЫЕ СПОСОБЫ КОНЦЕПТУАЛИЗАЦИИ	
ГЛАВА 2.1. ПОНЯТИЕ МАТЕРИАЛЬНОЙ РАЦИОНАЛЬНОСТИ. ИСТОКИ АНТИФОРМАЛЬНЫХ ТЕНДЕНЦИЙ В ПРАВЕ ПО М. ВЕБЕРУ	
2.1.1. Взаимосвязь логически формальной и материальной рациональности в праве.....	60
2.1.2. Социальные основы «материализации» рациональности в современном праве	70
ГЛАВА 2.2. РАЦИОНАЛЬНОСТЬ КАК СИСТЕМНОЕ СВОЙСТВО ПРАВА: ПОДХОД Н. ЛУМАНА.	

2.2.1. Общие положения системной теории Н. Лумана в ее связи с анализом права.....	77
2.2.2. Рациональность как свойство самоописания в наблюдении	86
2.2.3. Наблюдатель как альтернатива субъекту.....	90
2.2.4. Факторы системной рациональности в праве: тавтология и парадокс.....	93
2.2.5. «Размытые понятия» и открытая структура права.....	98
Выводы к главе 2.2.....	102
ГЛАВА 2.3. МАТЕРИАЛЬНАЯ РАЦИОНАЛЬНОСТЬ И ПОВОРОТ К МЕЖДИСЦИПЛИНАРНОСТИ В НАУКЕ О ПРАВЕ: СЛУЧАЙ «ПРАВА И ЭКОНОМИКИ»	
2.3.1. Исследование проблемы рациональности как повод к диалогу правоведения и экономической науки	104
2.3.2. Р. Познер о Г. Кельзене: к проблеме дисциплинарной идентификации «права и экономики».....	114
2.3.3. Рационализация моральных предпочтений в деликтном праве.....	123
Выводы к главе 2.3.....	127
ЗАКЛЮЧЕНИЕ.....	129
СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ.....	135

Введение

Актуальность темы исследования. Понятие рациональности является одной из центральных и вместе с тем наиболее дискуссионных категорий в философии. При этом, как отмечают И.Т. Касавин и З.А. Сокулер, «ведущиеся дискуссии не только не прояснили и не уточнили понятие рациональности, но, напротив, привели к тому, что совершенно неопределенными стали и само понятие, и основания для его уточнения»¹. Примечательно, что за почти 30 лет, прошедшие со времен публикации этого и ряда других фундаментальных отечественных и зарубежных трудов по проблеме рациональности, приведенная характеристика в целом не утратила своей актуальности. Отсутствие полного консенсуса в определении рациональности во многом связано с ценностной (и оценочной) природой этого понятия. Данное обстоятельство позволяет констатировать зависимость понимания рациональности от социокультурного контекста (рациональность как категория культуры) и предметной области (рациональность как методологическое понятие в философии науки и в конкретных дисциплинах). Однако при всей специфичности различных трактовок рациональности, а также их контекстной обусловленности, им все же свойственна общая установка на «выявление смысла “разумности” как предикации (бытия, действия, отношения, цели и т.д.)»². А потому источником основных затруднений здесь служат именно относительность в определении «разумности», а также своеобразие тех социальных явлений, которым эта самая «разумность» атрибутируется. Вместе с тем, в пределе своем «суть рациональности как философско-мировоззренческой проблемы составляют

¹Касавин И.Т., Сокулер З.А. Рациональность в познании и практике. Критический очерк. М.: Наука, 1989. С. 7.

²Порус В.Н. Рациональность // Новая философская энциклопедия / под ред. В.С. Степина. М.: Мысль, 2000-2001. URL: <https://iphlib.ru/greenstone3/library/collection/newphilenc/document/HASH6743a4d47bb13ceacfee67> (дата обращения: 10.06.2016).

поиски метафизически обосновываемой осознанной гармонизации человека и бытия, “вписывания” человека в окружающий мир»³. Это наиболее общее значение понятия рациональности, как представляется, выявляет, как минимум, три взаимосвязанных измерения рациональности: нормативные основания той или иной сферы человеческой деятельности; субъективно полагаемый смысл, характеризующий вариативные деятельностные установки; а также рациональность как меру устойчивости и воспроизводства того или иного феномена культуры в целостности социальной системы⁴. В этой связи стоит подчеркнуть, что философский анализ проблемы рациональности – независимо от конкретной области ее проблематизации – требует рассмотрения этих трех измерений в их взаимосвязи.

Примечательно, что предметная область науки о праве именно в связи с проблемой рациональности дает интересный материал для философской рефлексии. Так, указанные выше три измерения рациональности могут быть осмыслены в отношении частного случая проблемы рациональности – рациональности в правопонимании, который находится в фокусе данного исследования. Преимуществом этой области исследования проблемы является то, что нормативный компонент рациональности представлен в праве в явном виде (обобщая, это совокупность правовых норм и правил их интерпретации); в то же время более или менее вариативные профессиональные установки судей могут быть поняты и оценены именно в отношении к нормативному элементу.

Между тем, понимание социокультурной обусловленности содержания правовых норм и принципов их применения делает необходимым понимание

³ Швырев В.С. Рациональность как философская проблема // Рациональность как предмет философского исследования / под ред. В.С. Швырева, Б.И. Пружинина. М.: ИФ РАН, 1995. С.8.

⁴ См.: Касавин И.Т. О ситуациях проблематизации рациональности // Рациональность как предмет философского исследования / под ред. В.С. Швырева, Б.И. Пружинина. М.: ИФ РАН, 1995. С.187-208.

механизмов соотнесенности рациональности в праве с рациональностью смежных социальных подсистем. Таким образом, область права наглядно демонстрирует взаимозависимость узкоспециального нормативного измерения рациональности в той или иной сфере человеческой деятельности и общего социального контекста, а также мировоззренческого измерения рациональности.

В философии науки разработан богатый концептуальный аппарат для анализа проблемы рациональности в специальных дисциплинах. В этой связи для нас наиболее значимо то, что результаты исследований в этой области – а именно, проекты рациональной реконструкции истории науки И. Лакатоса, подходы Т.Куна и П. Фейерабенда – с одной стороны, подтверждают идею взаимосвязи названных выше измерений рациональности, а с другой – указывают на дополнительную жестко нормативных и дескриптивных (социологических) подходов к пониманию рациональности в науке. В этой связи стоит отметить, что утрата подобного равновесия угрожает «нормативной слепотой» - неоправданным «спрямлением» реальной истории науки по мере ее философской рационализации, в результате которого развитие науки предстает едва ли не телеологически направленным⁵. Однако примечательно и то, что не меньшую опасность для эпистемологии представляет и радикальный дескриптивизм, который характеризует проект натуралистической эпистемологии У. Куайна⁶.

Дискуссии о предпочтительности нормативистских или дескриптивистских подходов к пониманию рациональности велись в XX веке и среди правоведов. Предельные позиции в этом вопросе, как

⁵ Так, Т. Кун полагал, что чрезвычайно узкое понимание «внутренней» истории науки И. Лакатосом (в частности, исключение из нее всех личностных характеристик ученых) требует признания того, что «ему лучше было бы говорить о рациональной истории или, еще лучше, об истории, построенной из рациональных элементов развития науки». (Кун Т. Замечания на статью И. Лакатоса // Структура и развитие науки. Из Бостонских исследований по философии науки // под общ. ред. Б.С. Грязнова, В.Н. Садовского. М.: Прогресс, 1978. С.275.)

⁶ См.: *Касавин И.Т.* Нормы в познании и познание норм // *Epistemology & philosophy of science/Эпистемология и философия науки.* 2017. Т. 54. № 4. С. 8-19.

представляется, обозначают формально-нормативистское «чистое учение о праве» австрийского правоведа Ганса Кельзена и так называемый американский правовой реализм, в программных установках которого некоторые исследователи видят сходство с позицией Куайна.⁷ Сравнительный анализ основоположений этих концепций, с одной стороны, позволяет выявить горизонт проблематизации рациональности в жестких рамках науки о праве, а с другой стороны, указывает на недостаточность этих экстремальных позиций и необходимость более широкого – социально-философского и социально-эпистемологического – похода к пониманию сути рациональности в праве. Исследование данной проблемы на материале науки о праве позволяет сделать вывод о ее комплексном характере и, как следствие, о необходимости ее междисциплинарного исследования. Таким образом, рассмотрение данной проблемы, помимо прочего, может способствовать более глубокому пониманию внутренней логики поворота к междисциплинарности в социальных науках.

Итак, актуальность темы исследования состоит в следующем:

- до сих пор проблема рациональности в праве не была предметом специального философского исследования в отечественной традиции. Поскольку она рассматривалась преимущественно на материале естественных наук, ее понимание в социальных науках до сих пор во многом остается *terra incognita* для философии;
- анализ проблемы рациональности в правопонимании способствует прояснению вопроса о специфическом эпистемологическом статусе науки о праве – о мере ее дисциплинарной автономии и связи со смежными областями социального знания. Исследование названной проблемы позволит обосновать тезис об ограниченности дисциплинарных ресурсов отдельных областей социальных наук и, как

⁷См.: Leiter B. Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2007. 300 p.

следствие, о целесообразности междисциплинарной кооперации в социальном знании;

- практическая актуальность исследуемой проблемы заключается в необходимости философско-методологического сопровождения процесса модернизации правовой сферы в современном российском обществе. Как представляется, глубокое понимание сути проблемы рациональности способствует лучшему пониманию «целей права», а именно, социальных ориентиров правового регулирования в условиях динамично развивающегося общества.

Степень разработанности проблемы. Проблема рациональности в целом является достаточно разработанной областью философского знания, ведь ее история восходит к периоду становления философии в Древней Греции. В этой связи представляется целесообразным выделить лишь те векторы осмысления этой проблемы, что характерны для последних десятилетий – а именно, историко-философский и эпистемологический. В отечественной позднесоветской и постсоветской традиции следует отметить работы В.С. Степина, В.А. Лекторского, В.С. Швырева, П.П. Гайденко, Ю.Н. Давыдова, И.Т. Касавина, З.А. Сокулер, Н.А. Автономовой, М.А.Розова и др.⁸. Отечественный подход проблеме рациональности традиционно

⁸*Степин В.С.* Теоретическое знание: структура, историческая эволюция. М.: Прогресс – Традиция, 2003. 744 с.; *Степин В.С.* Историко-научные реконструкции: плюрализм и куммулятивная преемственность в развитии научного знания // Вопросы философии. 2016. №6. С. 5-14; *Степин В.С.* Особенности научного познания и критерии типов научной рациональности // Epistemology and philosophy of science/Эпистемология и философия науки. 2013. Т. 36. № 2. С. 78-91; *Степин В.С.* Научная рациональность в техногенной культуре: типы и историческая эволюция // Вопросы философии. 2012. №5. С. 18-25. *Степин В.С.* Проблемы методологии гуманитарных наук / *Лекторский В.А., Федотова В.Г., Касавин И.Т., Мамчур Е.А., Филатов В.П., Маркова Л.А., Пружинин Б.И., Порус В.Н.* // Epistemology and philosophy of science/Эпистемология и философия науки. 2007. Т.12. *Лекторский В.А.* Рациональность как ценность культуры // Вопросы философии. 2012. №5. С. 26-34; *Лекторский В.А.* Рациональность, социальные технологии и судьба человека // Epistemology and philosophy of science/Эпистемология и философия науки. 2011. Т.29. № .3. С.35-48; *Порус В.Н.* Парадоксы научной рациональности и этики // Исторические типы рациональности / под ред. В.А.Лекторского. Т.1. М.: ИФ РАН, 1995. С. 317-335; *Никифоров А.Л.* Соотношение рациональности и свободы в человеческой

отличает особое внимание к социокультурной (контекстной) обусловленности рациональности и, как следствие, акцент на неоднозначности содержания этого понятия. Данную тенденцию в проблематизации рациональности можно связать с рецепцией постпозитивистских идей Т. Куна, И. Лакатоса, П. Фейерабенда, М. Полани, коим принадлежит разоблачающая критика идеи рациональности в науке.

деятельности // Исторические типы рациональности / под ред. В.А.Лекторского. Т.1. М.: ИФ РАН, 1995. С. 282-288; *Розов М.А.* История науки и проблема ее рациональной реконструкции Исторические типы рациональности / под ред. В.А.Лекторского. Т.1. М.: ИФ РАН, 1995. С. 157-192; *Швырев В.С.* Рациональность в спектре ее возможностей Исторические типы рациональности / под ред. В.А.Лекторского. Т.1. М.: ИФ РАН, 1995. С. 7-29; *Швырев В.С.* Рациональность как ценность культуры. Традиция и современность. М.: Прогресс-Традиция, 2003. 176 с.; *Автономова Н.С.* Рассудок. Разум. Рациональность. М.: Наука, 1988. 287 с.; *Гайденок П.П., Давыдов Ю.Н.* История и рациональность: социология М.Вебера и веберовский ренессанс. М.: Политиздат, 1991. 367 с.; *Касавин И.Т., Сокулер З.А.* Рациональность в познании и практике. Критический очерк. М.: Наука, 1989. 192 с.; *Касавин И.Т., Лекторский В.А., Швырев В.С.* Рациональность как ценность культуры // Вестник Российской академии наук. 2005. Т. 75. № 11. С. 1028-1037; Лисеев И.К. Системная познавательная модель и современная наука // Системный подход в современной науке. К 100-летию Людвиг фон Берталанфи / отв. ред. И.К. Лисеев, В.Н. Садовский. М.: Прогресс-Традиция, 2004. С. 69-80; *Анисов А.М.* Фантазии, мнения, ценности и знания // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Философия. 2013. №4. С. 58-72; *Анисов А.М.* Интерсубъективные методы построения теории // Философия науки. 2009. Вып. 14. С. 195-208; *Аршинов В.И.* Луман и Латур: возможности конвергенции системного и сетевого походов // Философские науки. 2016. № 10. С. 130-139; *Буданов В.Г.* Проблемы коэволюции антропо- и техносферы, квантово-синергетический подход // Сложность. Разум. Постнеклассика. 2014. № 4. С. 34-47; *Васюков В.Л.* Интерсубъективность и распределенные представления // Эпистемология и философия науки. 2011.Т.27. № 1. С. 64-66; *Васюков В.Л.* Проблема сознания с точки зрения логического функционализма // Философия науки. 2006. Т. 12. № 1. С. 154 – 172; *Герасимова И.А.* Человек в техногенной цивилизации // Высшее образование сегодня. 2013. № 9. С. 39-43; *Ивлев Ю.В.* Логико-методологические критерии научности и ненаучности знания // Вестник Московского университета. Серия 7. Философия. 2008. №5. С. 40-45; *Киященко Л.П.* Простота сложности и сложность простоты (мерность различения) // Философия науки. 2013. Т.18. №1. С. 278-292; *Князева Е.Н.* Сборка субъекта с точки зрения коэволюции сложных систем // Проблема сборки субъектов в постнеклассической науке / Отв. ред. В.И. Аршинов, В.Е. Лепский. М.: ИФ РАН, 2010.С. 86-96; *Мамчур Е.А.* Рациональная реконструкция познавательного процесса и психологические факторы // Vox. Философский журнал. 2016. № 21. С.425 – 435; *Войшвилло Е.К., Маркин В.И.* Философское и методологическое значение логики // Вопросы философии. 1988. №2. С. 89-94; *Печенкин А.А.* Проблема концептуального обоснования научного знания: классика и современность // Вопросы философии. 1987. № 6. С. 48-57; *Севальников А.Ю.* О возможности нового понимания реальности // Философия науки. 2009. Вып. 14. С. 144- 157; *Шульга Е.Н.* Понимание и интерпретация. М.: ИФ РАН, 2008. 317 с.

В свою очередь, в отечественном постсоветском правоведении и философии права проблема рациональности не разрабатывалась отдельным образом, а осмыслялась в связи с проблемами истоков правосознания, а также обоснования права и его социально-преобразовательного потенциала. В этой связи стоит особым образом выделить работы В.С. Нерсесянца, В.А. Четвернина, Г.А. Гаджиева, И.Л. Честнова, С.П. Шевцова, В.В. Лазарева, Ю.А. Веденева, В.М. Розина, В.А. Суровцева, В.В. Оглезнева, В.И. Пржиленского, В.С. Кржевова, И.Д. Невважай, В.М. Артемова и др⁹. Эти авторы во многом наследовали дореволюционную

⁹ *Нерсесянц В.С.* Философия права: либертарно - юридическая концепция // Вопросы философии. 2002. № 3. С. 3-15; *Нерсесянц В.С.* Философия права. М.: ИНФРА-М, 2010. 256 с.; *Нерсесянц В.С.* Философия права Гегеля. М.: Юристъ, 1998. 352 с.; *Четвернин В.А.* Либертарно – институциональная концепция права // Неклассическая философия права: вопросы и ответы / под общ. ред. А.В. Стовба. Харьков: ІнЮре, 2013. 272 с.; *Гаджиев Г.А.* Онтология права: критическое исследование юридического концепта действительности. М.: НОРМА: ИНФРА-М, 2013. 320 с.; *Гаджиев Г.А.* Право и экономика (методология). М.: НОРМА: ИНФРА-М, 2016. 256 с.; *Гаджиев Г.А.* Конституционно-правовое концептуальное пространство и его ценности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2012. №2. С.3-16; *Гаджиев Г.А.* Официальное толкование конституции: сочетание онтологического и эпистемологического подходов // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2012. №1. С. 130-154; *Шевцов С.П.* Метаморфозы права. Право и правовая традиция. М.: Изд.дом Высшей школы экономики, 2014. 405 с.; *Честнов И.Л.* Постклассическое правопонимание // Общественные науки и современность. 2010. №5. С. 157-162; *Честнов И.Л.* Научная новизна постклассической юриспруденции // Российский журнал правовых исследований. 2016. № 2(7). С. 7-15; *Честнов И.Л.* Теоретические проблемы правоприменения // Криминалистика. 2015. № 2. С. 76-79; *Лазарев В.В.* Толкование права: классика, модерн, постмодерн // Журнал российского права. 2016. № 8 (236). С. 15-28; *Лазарев В.В.* Нормативная природа судебного прецедента // Журнал российского права. 2012. №4 (184). С. 92-99; *Кржевов В.С.* Некоторые актуальные проблемы философии и методологии науки о праве // Государство и право. 2016. № 4. С. 11-13; *Кржевов В.С.* Номотетическое познание в общественных и гуманитарных науках / *Момджян К.Х., Антоновский А.Ю.* // Epistemology and philosophy of science/ Эпистемология и философия науки. 2015. Т.45. № 3. С.16-55; *Кржевов В.С.* Человек правоспособный. Концепция естественного права и антропологический подход // Философские науки. 2014. № 11. С. 162-165; *Кржевов В.С.* Истины и ценности в социальном знании // Вестник Московского университета. Серия 7. Философия. 2014. № 3. С. 20-29; *Розин В.М.* Философия права. М.: URSS, 2016. 256 с.; *Невважай И.Д.* Критерии научности в нормативных теориях: неокантианство и теория права Г. Кельзена // Известия Саратовского университета. Новая серия. Серия: Философия. Психология. Педагогика. 2014. Т.14. № 2-1. С. 25-30; *Невважай И.Д.* Право на право как матрица европейской традиции права // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. №2 (307). С. 257-262; *Невважай И.Д., Суровягин Д.П.* К вопросу о структуре гуманитарной научной теории // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Философия. 2013. № 4. С. 81-94; *Пржиленский В.И.* Эволюция понятия факта:

русскую философско-правовую традицию, вершиной которой стали работы Е.Н. Трубецкого, П.И. Новгородцева, Л.И. Петражицкого, В.С. Соловьева и др.¹⁰.

В западной литературе по теории права в XX – XXI в. проблема рациональности анализировалась с точки зрения ее отнесенности к политическому, экономическому и этическому измерению права (Г. Кельзен, К. Шмитт, Дж. Финнис, Г. Берман, Л. Фуллер, Дж. Холл, Г. Радбрух, Р. Дворкин, Р. Витхельтер, Дж. Рац, Дж. Финнис, Н. Луман, Ю. Хабермас, Г. Тойбнер, Д. Кеннеди и др.)¹¹. Кроме того, значительный вклад в осмысление

проблема юридического познания и правоприменительной практики // Всероссийский криминологический журнал. 2016. Т. 10. С.779-789; *Пржиленский В.И.* Реальность и истина в конструктивистской парадигме философии права // *Lex Russica*. 2015. № 5. С. 23-43; *Пржиленский В.И.* Юридическое познание и правоприменительные практики в контексте неклассической эпистемологии // *Вопросы философии*. 2015. №8. С. 42-52. *Суровцев В.А., Оглезнев В.В.* Аналитическая философия, юридический язык и философия права. Томск: Изд-во Томского ун-та, 2016. 236 с.; *Веденеев Ю.А.* Интерпретации права как культурно-исторический феномен // *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. 2016. Т. 58. № 3. С. 5-15; *Веденеев Ю.А.* Правовая реальность: онтология и эпистемология // *Lex Russica*. 2015. № 5. С. 7-22; *Артемов В.М.* Этика П.А. Кропоткина и проблема соотношения нравственности и права // *Вопросы философии*. 2016. №5. С. 209-214; *Артемов В.М.* Нравственное измерение свободы и права в контексте парадигмы человекоцентризма // *Lex Russica*. 2015. №4. С. 99-103.

¹⁰ *Трубецкой Е.Н.* Энциклопедия права. М.: Товарищество скопореч. А.А. Ливенсон, 1908. 225 с.; *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности в 2 ч. Ч.1. М.: Изд-во Юрайт, 2017. 295с.; *Новгородцев П.И.* Введение в философию права: кризис современного правосознания. М.: Наука, 1996. 269с.; *Новгородцев П.И.* Об общественном идеале. М.: Красанд, 2010. 514с.; *Новгородцев П.И.* Кант и Гегель в их учениях о государстве и праве. СПб.: Алетейя, 2000. 320 с.; *Соловьев В.С.* Оправдание добра. М.: Академический Проект, 2000. 672 с.;

¹¹ *Kelsen H.* Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1920. 320 s.; *Kelsen H.* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1911. 370 s.; *Kelsen H.* Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht. Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr, 1922.253 s.; *Wiethölter R.* Rechtswissenschaft. Frankfurt a. M.; Hamburg: Fischer – Bücherei, 1968. 399 s.; *Шмитт К.* О трех видах юридического мышления // *Государство: Право и политика / Шмитт К.* М.: Издательский дом «Территория будущего», 2013. 448с.; *Шмитт К.* Политическая теология. Четыре главы к учению о суверенитете // *Политическая теология. Сборник.* - М.: «КАНОН-пресс-Ц», 2000. 336 с.; *Финнис Дж.* Естественное право и естественные права. М.: ИРИСЭН, Мысль, 2012. 554 с.; *Finnis J.* Reason in Action: Collected Essays. Vol.1. Oxford: Oxford University Press, 2011. 384 p.; *Finnis J.* Philosophy of Law: Collected Essays in 4 vol. Vol 4. Oxford: Oxford University Press, 2011. 509 p.; *Фуллер Л.* Мораль права. М.: ИРИСЭН, 2007. 312 с.; *Радбрух Г.* Философия права. М.: Международные отношения, 2004. 240 с.; *Дворкин Р.* О

юридической рациональности внесла аналитическая традиция в рамках юридического позитивизма, ярчайшим представителем которой заслуженно считают Г.Л.А. Харта¹². В осмыслении рациональности как совокупности факторов профессиональной мотивации судей особое место принадлежит традиции американского правового реализма (О.У. Холмс, К. Ллевеллин, Дж. Франк, Г. Олифант, Б. Лейтер и др.¹³).

Объектом данного исследования является проблема рациональности в социальных науках.

Предметом исследования является проблема обоснования рациональности в науке о праве.

правах всерьез. М.: Российская политическая энциклопедия, 2004. 392 с.; *Dworkin R. Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986. 470 p.; *Dworkin R. A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986. 448 p.; *Raz J. The Concept of a Legal System*. 2nd Edition. Oxford: Clarendon Press, 1980. 241 p.; *Raz J. Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009. 413 p.; Hall J. Integrative Jurisprudence // *The Hastings Law Journal*. 1976. Vol. 27. P. 779 – 792; *Берман Г. Западная традиция права: эпоха формирования*. М.: Инфра - М, Норма, Издательство МГУ, 1998. 624 с.; *Berman H.J. Toward an Integrative Jurisprudence: Politics, Morality, History* // *California Law Review*. 1988. Vol. 76. No. 4. P. 779 – 801; *Kennedy D. Two Globalizations of Law and Legal Thought: 1850 – 1968* // *Suffolk University Law Review*. 2003. Vol. XXVI. No. 3. P. 631 – 679; *Kennedy D. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought* // *Hastings Law Journal*. 2004. Vol. 55. P. 1031 – 1076; *Habermas J. Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1996. 631 p.; *Teubner G. How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law* // *Law and Society Review*. 1989. Vol. 23. No. 5. P. 727 – 758; *Luhmann N. Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004. 498 p.

¹² *Hart H.L.A., Honore T. Causation in the Law*. Oxford: Oxford University Press, 1985. 604 p.; Харт Г.Л.А. Понятие права. СПб.: Изд-во С. – Петерб.ун-та. 2007. 302 с.; Харт Г.Л.А. Философия и язык права. М.: Канон+ РООИ «Реабилитация», 2017. 384 с.

¹³ См., например: *Frank J. Are judges human?* // *University of Pennsylvania Law Review*. 1931. Vol. 80. P. 233–267; *Leiter B. Legal indeterminacy* // *Legal Theory*. 1995. Vol. 1. P. 481–491; *Leiter B. 1997. Rethinking legal realism: Toward a naturalized jurisprudence* // *Texas Law Review*. 1997. Vol. 76. P. 267–315; *Leiter B. Objectivity, morality, and adjudication* // *Objectivity in Law and Morals* / Ed. by B. Leiter. Cambridge, UK: Cambridge University, 2001. P. 66–98; *Oliphant H. A return to stare decisis* // *American Bar Association Journal*. 1928. Vol. 71. No. 14. P. 129–152. *Llewellyn K. 1950. Remarks on the theory of appellate decision and the rules and canons about how statutes are to be construed* // *Vanderbilt Law Review*. 1950. Vol. 3. P. 395–406; *Llewellyn K. A realistic jurisprudence – the next step* // *Columbia Law Review*. 1930. Vol. 30. P. 431–465; *Holmes O.W., Jr. The path of the law* // *Harvard Law Review*. 1897. Vol. 10. P. 457–478.

Целью данного исследования является выявление способов концептуализации рациональности в науке о праве с точки зрения соотношения ее формально-юридической составляющей и социально обусловленных целей правоприменения.

Для реализации поставленной цели решаются следующие **задачи**:

1. Анализ роли формально-нормативных оснований рациональности в праве на примере концепции Г. Кельзена.
2. Рассмотрение функции личностной компоненты юридической рациональности через анализ понятия судейского усмотрения в американском правовом реализме.
3. Выявление тенденций исторической изменчивости в понимании юридической рациональности через рецепцию понятий логико-формальной и материальной рациональности, введенных М. Вебером.
4. Исследование рациональности как объективного свойства организации правовой системы в контексте системной теории Н. Лумана.
5. Анализ результатов и перспектив междисциплинарного исследования юридической рациональности в рамках проекта «право и экономика» (law and economics).

Методологическая основа исследования. В первой части работы, посвященной рассмотрению учения Г. Кельзена и основоположений американского правового реализма, использовался преимущественно метод рациональной реконструкции и сравнительного анализа. Основной гипотезой здесь было соображение о том, что концепции рациональности, представленные в этих учениях, выражают радикально противоположные позиции по проблеме и вместе с тем очерчивают горизонт проблематизации рациональности в жестких дисциплинарных рамках науки о праве. В ходе анализа выявилась обоснованность этого предположения. Вместе с тем обнаружилась недостаточность рассмотренных альтернатив для целостного понимания проблемы рациональности. А потому во второй части исследования метод рациональной реконструкции был дополнен методом

системного, а также элементами междисциплинарного анализа. Привлечение подобного рода методологического инструментария потребовала разработка гипотезы о необходимости выявления объективных свойств рациональной организации права как социальной подсистемы, а также меры соотнесенности этих свойств со свойствами других подсистем (главным образом, экономики). Такой способ проблематизации позволил сформулировать тезис о существенной зависимости понимания рациональности в праве от определенных антропологических допущений, принимаемых экономической теорией.

Научная новизна исследования заключается в комплексном рассмотрении проблемы правовой рациональности путем совмещения чисто юридического подхода (формальный нормативизм Г. Кельзена и американский правовой реализм) с социально-философским (М. Вебер), социально-эпистемологическим (Н. Луман) и междисциплинарным («право и экономика») подходами к проблематизации рациональности. Данные подходы рассмотрены как взаимодополняющие. В то же время обоснована необходимость расширения способов рассмотрения проблемы рациональности в праве, в частности, обращение к ее междисциплинарному анализу (данная возможность проанализирована на примере «права и экономики»). Современная тенденция междисциплинарного исследования юридической рациональности объясняется выявленной тенденцией к нарастающей «материализации» рациональности в праве, выражающейся во влиянии все большего числа внеюридических факторов на процесс законотворчества и правоприменения.

Теоретическая значимость работы определяется рассмотрением проблемы рациональности сквозь призму изменений в способе ее научно-правовой концептуализации. В ходе осмысления ключевых концепций, свидетельствующих о данных изменениях, выявлена современная тенденция к поступательной «материализации» рациональности в праве. Данная тенденция осмыслена через противопоставление «материальной»

рациональности чистому, «логически формальному» типу юридической рациональности. «Материализация» рациональности в праве представлена как частный случай «материализации» рациональности в культуре (с опорой на философско-исторический анализ М. Вебера). Произведен анализ сложной структуры «материальной» рациональности с привлечением методологии системной теории Н. Лумана, результатом которого стало обоснование значимости «открытой структуры права» как меры его рациональности. В этой связи выдвинут тезис о необходимости дальнейшей разработки проблемы рациональности в праве в сопоставлении с подходами к этой проблеме в рамках смежных социогуманитарных дисциплин. Данный тезис обоснован путем обобщения наличных результатов междисциплинарного взаимодействия правоведов и экономистов в рамках проекта «право и экономика».

Практическая значимость работы для преподавания заключается в возможности включения результатов работы в программы курсов по социальной эпистемологии, методологии социогуманитарного знания, социальной философии, философии права, а также теории государства и права. Кроме того, результаты исследования могут быть использованы в консультировании в связи с теоретико-методологическим сопровождением юридической практики.

Основные положения, выносимые на защиту:

1. Формально-нормативное измерение является конститутивным элементом рациональности в науке о праве, поскольку им задаются общие принципы и правила правопонимания и правоприменения.
2. Личностная компонента юридической рациональности (принцип судейского усмотрения) является дополнительной по отношению к ее формально-нормативной составляющей. Вместе они обозначают горизонты проблематизации рациональности в дисциплинарных рамках науки о праве
3. Общая тенденция понимания рациональности в праве состоит в постепенном переходе от понятия формальной рациональности к концепту

материальной рациональности, учитывающему социокультурные (экономические, политические, этические и проч.) условия юридического дискурса.

4. Анализ рациональности как свойства организации правовой системы (Н.Луман) выявляет соотношение «нормативной замкнутости» и «когнитивной открытости» права как его собственно юридических и внешних социальных оснований.
5. Поворот к междисциплинарному анализу рациональности в рамках направления «право и экономика» является эпистемологическим выражением поступательного перехода от жесткого формального к гибкому «материальному» пониманию рациональности в праве.

Апробация результатов исследования произведена в рамках

- подготовки публикаций в журналах, включенных в перечень ВАК:

1. Тухватулина Л.А. Власть под вывеской науки // Epistemology and philosophy of science/Эпистемология и философия науки. 2015. Т. 45. № 3. С. 246–255.
2. Тухватулина Л.А. Наука о праве в структуре социального знания: формально - нормативистский ответ Г. Кельзена на вызов Т. Гоббса // Вестник МГУ. Серия 7. Философия. № 6 (ноябрь-декабрь). С. 65-81.
3. Тухватулина Л.А. Экономическая теория и правоведение: к основаниям для диалога равных // Epistemology and philosophy of science/Эпистемология и философия науки. 2017. Т. 51. № 1. С. 240–249.
4. Тухватулина Л.А. Пути развития философии права в России: Круглый стол междисциплинарного центра философии права Института философии РАН, Москва, 7 декабря 2016 г. / А.А. Гусейнов, Степин В.С., Смирнов А.В., Чижков С.Л., Розин В.М., Бондарь Н.С., Захаров А.В., Гаджиев Г.А., Графский В.Г., Лапаева В.В., Бочкарев С.В., Керимов А.Д., Баренбойм П.Д., Войникайнис Е.А. Кравченко Д.В. // Российский журнал правовых исследований. 2017. № 1 (10). С. 9–49.

5. *Тухватулина Л.А.* Рациональность в праве: подход Н. Лумана // *Epistemology & philosophy of science / Эпистемология и философия науки.* 2017. Т. 54. № 4. С. 175-190.

- подготовки других публикаций:

Тухватулина Л.А. Наука и политический контекст: три кейса о взаимовлиянии // *Социальная философия науки. Российская перспектива: монография / под ред. И.Т. Касавина.* М.: Кнорус, 2016. С. 362–371.

- выступлений на круглых столах и конференциях:

1. Международная научная конференция студентов, аспирантов и молодых ученых «Перспектива-2016». Кабардино-Балкарский Государственный Университет, г. Нальчик, 24-26 апреля 2016 г. Секционный доклад: «Коммуникативная эпистемология права Ю. Хабермаса».

2. Международная научная конференция студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов – 2015». Секция «философия политики и права». Философский факультет МГУ им. М.В. Ломоносова, Москва, 13 апреля 2015 г. Секционный доклад: «Гоббсова проблема и эпистемологический статус философии права».

3. Международная научная конференция студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов – 2016». Секция «теория государства и права». Юридический факультет МГУ им. М.В. Ломоносова, Москва, 11 апреля 2016 г. Секционный доклад «Политическая целесообразность vs верховенство права: к проблеме эпистемологической самостоятельности правовой теории».

4. «Пути развития философии права в России». Круглый стол междисциплинарного центра философии права Института философии РАН, Москва, ИФ РАН, 7 декабря 2016 г. Доклад: «Философский и междисциплинарный анализ в исследовании юридической рациональности».

5. Bucharest Graduate Conference in Early Modern Philosophy, Институт гуманитарных исследований, Университет Бухареста, Румыния, 31 марта 2017 г. Пленарный доклад: “Hobbes vs Kelsen: on the possibility of independent legal thinking”.
6. Всероссийская научная конференция «Философия науки и техники в России: вызовы информационных технологий», Вологодский государственный университет, г. Вологда, 2 июня 2017 г. Секционный доклад: «Возможна ли междисциплинарность в социальных науках без философии? Случай “права и экономики”».
7. Теоретический семинар “Law & Economics: Theoretical And Practical Dimensions of Interdisciplinarity”. Университет Хельсинки, Финляндия. 9-10 ноября 2017 г. Пленарный доклад: “Law & Economics and the Problem of Rationality in Legal Philosophy”.

Раздел 1. Формалистский и антиформалистский подход к обоснованию рациональности в науке о праве

Глава 1.1. «Чистое учение» Г. Кельзена как проект обоснования формальной рациональности в праве

1.1.1. Понятие «основной нормы» и общетеоретические установки в обосновании формальной рациональности в праве

Проблема основания юридической рациональности неразрывно связана с важнейшей проблемой понимания природы права. Наиболее последовательно эта связь прослеживается в тех подходах, которые настаивают на неразрывной связи между индивидуальными установками субъектов правоотношений и существующей формализованной системой правовых норм. Яркий пример подобного подхода демонстрирует формально-нормативистская модель юридической рациональности выдающегося австрийского правоведа Ханса Кельзена (1881-1973). В рамках разработанной им концепции решение проблемы обоснования юридической рациональности выстраивается на пересечении двух других значимых проблем юридической науки и философии права – проблемы обоснования эпистемологической самостоятельности правовой теории, а также проблемы обоснования права. Смысловой узел, который соединяет эти проблемы, делает невозможным рассмотрение каждой из них в отрыве от остальных. А потому понимание специфики формально-нормативной модели юридической рациональности требует хотя бы краткого обзора общих положений одного из самых влиятельных в XX веке учений о праве.

Концепцию Ханса Кельзена можно считать ярчайшим воплощением позитивистской модели¹⁴ понимания природы социально-научного знания.

¹⁴ Стоит подчеркнуть, что под позитивизмом здесь и далее (при отсутствии специальных уточнений) мы будем понимать юридический позитивизм, а не философский. Примечательно, что кельзеновский позитивизм, как будет показано далее, методологически близок, скорее, философскому априоризму, чем собственно позитивизму. Тем не менее, поскольку в юридической литературе принято причислять

Следуя общему замыслу Огюста Конта об «очищении» мышления и знания от «налета» метафизики, Кельзен пытался произвести ревизию юридической науки, заново осмыслить внешние и внутренние границы ее предмета, внести четкость в проблемное поле каждой дисциплины внутри юриспруденции. Наряду с прочим в программу «наведения порядка» входила задача построения подлинно научной теории права. Следование определенным принципам методологии и логическая строгость понятийного аппарата служили важным критерием различения науки и того, что ею не является (подчеркнём ещё раз, что согласно установкам «первого позитивизма» научность любой дисциплины обеспечивалась её построением по образцам, заданным классической физикой). Заимствование понятий и объяснительных принципов из смежных областей могло быть понято как несостоятельность и неразвитость отрасли знания.

Пребывая в состоянии методологического кризиса, юриспруденция того времени стремилась найти решение своих проблем либо заимствуя подходы смежной области знания (как, например, в попытках дать психологическое толкование права в теории Л.И. Петражицкого), либо прямо опираясь на постулаты классической философии. Однако явно безуспешные попытки связать позитивное право с этической системой И. Канта (несостоятельность этих попыток, была, в частности, продемонстрирована в анализе П.И. Новгородцева¹⁵) показали, что и этот путь ведёт в тупик. Стремясь найти выход из создавшегося положения, Кельзен считал необходимым «...избежать методологического синкретизма, который затемняет сущность правоведения смазывает границы, предназначенные ему природой его предмета»¹⁶. Для этого, полагал он, следовало обосновать учение о праве в предметных и понятийных границах самого учения –

Г.Кельзена к сторонникам юридического позитивизма, во избежание недопонимания мы будем следовать устоявшейся классификации.

¹⁵ *Новгородцев П.И.* Кант и Гегель в их учениях о государстве и праве. СПб: Алетейя, 2000. 320 с.

¹⁶ Чистое учение о праве Ганса Кельзена / отв. ред. В.Н. Кудрявцев, Н.Н. Разумович. Сб. пер. Вып. 1. М.: ИНИОН РАН. 1987. С. 8.

именно здесь учёный видел решение проблемы обоснования позитивного права.

Следует уточнить, что занимающий нас проект одного из главных представителей юридического позитивизма XX века представлял не только сугубо методологический интерес, но едва ли не в большей степени был направлен на разработку новой теории, претендующей на выяснение природы права как особого феномена. Это обстоятельство также указывает на стремление Кельзена сохранить свои изыскания в пределах самой юридической науки – но как бы на уровне метатеории. Сам Кельзен считал, что его проект представляет собой «общее учение о праве», не учитывающее конкретные национальные и исторические особенности той или иной правовой системы. Но универсальность предлагаемого подхода целью имела одно – обозначить контуры универсальной интерпретации права (правда, не в содержательном, а в сугубо формальном смысле).

Идея формального единства интерпретации заключалась в следующем: всякое позитивное право как комплекс зафиксированных в правовых источниках норм представляет собой логически упорядоченную иерархию положений, на вершине которой находится метанорма (на языке Кельзена – «основная норма»), обеспечивающая логическое единство и содержательную непротиворечивость нижестоящих правовых высказываний. Основная норма должна была служить задаче объединения правовых норм в единую систему, что, по замыслу, способствовало разрешению противоречий в толковании конкретных норм. Логическое сопоставление вызывающей затруднение нормы с основным постулатом правовой системы должно устранить вариативность интерпретации и утвердить толкователя в едином смысле.

Очевидно, что амбициозная и достаточно оригинальная для теории права задача, которую перед собой поставил Г.Кельзен, должна была наложить отпечаток на язык и формальный облик его концепции. И здесь мы попытаемся кратко обозначить те характерные черты учения о праве, которые напрямую связаны с позитивистской программной установкой.

Наиболее общей и очевидной особенностью языка, который использует Кельзен в своем проекте «чистого учения о праве», является его строгий *юридизм*. Разумеется, строгость в использовании сугубо правовых понятий обусловлена обозначенной выше задачей по «очищению» правового учения от заимствований из смежных дисциплин. Категориальный аппарат Кельзена и логика анализа, которая из него следует, выстраиваются вокруг таких понятий, как «основная норма» (*Grundnorm*), «акт», «действенность», «действительность», «правовое высказывание», «субъективный акт», «объективный смысл» и др.

Но юридизм языка концепции Кельзена не самоценен – он связан с *формализмом* метода «чистого учения о праве». Формализм присутствует в самом понимании права – всецело позитивистском: правом является всякое установление, которое по формальным признакам может быть отнесено к классу действующих юридических норм¹⁷. В соответствии с таким пониманием, правовая норма обладает двумя определяющими признаками – она является собой, во-первых, принятое уполномоченным органом государственной власти законоположение, и во-вторых, признается в именно в качестве правовой. Иными словами, право всегда суть не что иное, как совокупность действующих в данном обществе законов.

Исходя из этого, становится понятно, что Кельзен придерживается *феноменалистской установки*. Правовед имеет дело с правом только в его непосредственной данности в качестве действующего законодательства; он осуществляет анализ правовых норм как бы изнутри, не выходя за пределы прописанной буквы.

Это означает, что за скобки выносятся проблема, остающаяся краеугольным камнем философии права – вопрос о соотношении сущего и должного. В «Чистом учении о праве» Кельзен дает характерное для нормативистского мышления понимание должного: «Должно вести себя так, как предписывает конституция, т.е. в соответствии с субъективным смыслом

¹⁷ Там же. С. 20-22.

акта воли, создающего конституцию...»¹⁸. В этой логике сущее и должное совпадают в позитивной норме, а отсылка к абстрактному должному (какому-либо этическому идеалу или образу должного, принимаемому в иной системе позитивных норм) набрасывает недопустимую тень метафизики на «чистоту» метода или – что еще хуже – на практику правоприменения.

Логика анализа права, производимого исключительно в границах позитивных норм, требует наличия некоего методологического принципа, который придавал бы единство исследовательской деятельности, не позволяя ей превращаться в бессистемное блуждание в интерпретации сотни разрозненных норм. Более того, сама интерпретация в подобном хаосе правовых высказываний была бы неосуществима. Но правовой корпус и методология его анализа как своеобразное отражение структуры предмета содержат внутри себя единство, которое Кельзен утверждает в понятии основной нормы. Она представляется в виде постулата, который логически предшествует последующим нормам, и не нуждается в обосновании своей необходимости, будучи принятым как данность. Следующим шагом Кельзен вновь стремится избавиться от вовлечения философской проблематики, налагая табу на вопрос о природе этого постулата. Ведь очевидно, что он представляет собой не что иное как некую исходную ценность, которая принимается в качестве основной в той или иной системе социальных норм. Вопрос о природе этой ценности не может быть разрешен в рамках позитивного исследования – следовательно, предлагаемые пути его разрешения не смогут претендовать на достоверность и объективную значимость в полной мере. Таким образом, он является избыточным, и в целях «экономии мышления» следует оставить его за рамками рассмотрения.

Понятие основной нормы (Grundnorm) является одним из важнейших допущений в концепции «чистого учения о праве». Кельзен дает ей следующее определение: «основная норма - это общий источник

¹⁸ Там же. С. 89.

действительности всех норм, принадлежащих к одному порядку, их общее основание действительности»¹⁹.

Представив себе правовой корпус в виде иерархически упорядоченных положений, которые объединены генетической связью и являют собой логически целое, можно сделать вывод о том, что основание существования какой-либо нормы служит существование нормы более высокого уровня. И последовательность правовых высказываний логически восходит к некоему исходному положению. Именно в этом контексте Кельзен и говорит об основной норме. При этом, «действительность наивысшей нормы не может выводиться из какой-то более высокой нормы, и уже больше не может возникать вопроса об основании ее действительности»²⁰. Основная норма *постулируется* в качестве исходной и принимается как данность.

Но при таком подходе неизбежен вопрос – в чем же заключается содержание исходной нормы? Что она именно она утверждает? «Основное (правовое) высказывание (Grundsatz) [...] выглядит следующим образом: "Акты принуждения должны осуществляться при таких условиях и таким образом, как это предусматривает исторически первая конституция и установленные в соответствии с ней нормы"»²¹. Основная норма отсылает к исторически первой конституции, которая представляет собой первичный акт установления права, где объективируется субъективная воля: «...функция основной нормы состоит в истолковании субъективного смысла этих актов [актов человеческой воли – Л.Т.] как их объективного смысла»²².

В «Чистом учении о праве» Кельзен называет основную норму «трансцендентально-логическим основанием истолкования», которое, главным образом, призвано решить проблему возможности истолкования субъективного смысла «определенных фактических составов как систему объективно действительных правовых норм, поддающихся описанию

¹⁹ Там же. С. 103

²⁰ Там же. С. 105.

²¹ Там же. С. 105.

²² Там же. С. 107.

посредством правовых высказываний»²³. В предисловии ко второму изданию «Главных проблем учения о государственном праве...» (“Hauptprobleme der Staatsrechtslehre...”) Кельзен признается, что в своем учении об основной норме воспринимает «эпистемологическую установку» Германа Когена, «согласно которой эпистемическая ориентация определяет объект, а эпистемический объект происходит логически из нее как источника (Ursprung)...»²⁴. Исследователь творчества Кельзена Н. Лэзер (Norbert Leser) проводит параллель между основной нормой как «предпосылкой постижения правовой реальности» и кантовскими категориями рассудка, представляющими собой «чистую форму интуиции, [...] которая имеет априорный характер и делает возможным конструирование опыта»²⁵.

Основная норма обладает функцией упорядочивания и объединения разрозненных в опыте данных (в контексте предмета деятельности правоведа - упорядочивания отдельных норм по признаку их генетического родства). Она обеспечивает как внутреннюю целостность правового корпуса, так и служит правоведа в качестве условия познания позитивного права в его единстве. Или, если использовать философские категории, основная норма отражает в праве момент всеобщего, который является условием постижения особенного. Интерпретация правовой нормы возможна только через отнесение к основной норме - через выявление всеобщего в особенном.

Прояснить регулятивный принцип концепции Кельзена помогает шуточная аналогия, приведенная крупным английским юристом и философом права Г.Л.А. Хартом. Так, представим себе, что надзирателем в исправительном лагере является клинический идиот, который к тому же боится огня. Заключение, зная об этой его особенности и, разумеется,

²³ Там же. С. 112.

²⁴ Цит. по: *Edel G.* The Hypothesis of the Basic Norm.//Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes / Ed. by St.L.Paulson, B.L.Paulson.. Oxford: Clarendon Press, 1998. P. 200.

²⁵ Цит. по: *Luf G.* One the Transcendental Import of Kelsen's Basic Norm //Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes / Ed. by St.L. Paulson, B.L. Paulson. Oxford : Clarendon Press, 1998. P. 222.

недолюбливая надзирателя, раз за разом поджигают те или иные предметы, вынуждая последнего всякий раз отдавать команды на немецком: «затушить эту коробку!», «затушить бумажку!», «затушить стог соломы!». Поскольку неповиновение командам надзирателя жестко карается, заключенные выполняют их, раз за разом поджигая все новые предметы и заставляя отдавать все новые команды. Но у надзирателя, по счастью, есть помощник, который переводит его команды с немецкого, и вот он, вконец обессилив от монотонности перевода, говорит: «Затушить все воспламеняющиеся объекты!». Надзиратель, как полагает Харт, должен был бы с восхищением благодарить своего переводчика за то, что тот «рационально реконструировал» его приказы²⁶. Подобная «рациональная реконструкция» осуществляется юристом, который, не изменяя содержания частных норм, соотносит их с общим принципом основной нормы, воссоздавая, тем самым, общую логику правовой системы.

Вместе с тем, понятие «рациональной реконструкции» в отношении деятельности правоведа, придерживающегося метода «чистого учения», нуждается в дополнительном прояснении. Применяя его к описанию процесса соотнесения частных нормы с основной нормой, важно помнить, что «реконструкция» отнюдь не подразумевает здесь какого-либо свободного творческого акта и, как следствие, вариативности результатов этого действия. Последнее обстоятельство, будь оно признано Кельзенем, противоречило бы априористскому духу «чистого учения о праве». Но поскольку принцип единообразия в толковании норм и правоприменении полагается Кельзенем в качестве главной ценности его учения, то функцию «рациональной реконструкции» следует рассматривать по аналогии с регулятивной функцией идей в кантовской системе. Г.Коген, концепцию которого, по собственному признанию, Кельзен сделал одним из методологических истоков «чистого учения о праве», полагал, что суть

²⁶ *Hart H.L.A. Kelsen Visited // Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes / Ed. by St.L. Paulson, B.L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1998. P. 75.*

кантовского понятия идеи заключена в ее «задаче»: «случайный» механический опыт [...] с его законами описания природы ограничить правилами и в этом ограничении освободить от его случайности и заключить в систему»²⁷. Применительно к проблемам теории права подобная «задача» звучит не менее актуальной, чем в отношении естествознания и математики, которым Коген вослед Канту ее предпосылает. Ведь если перенести это определение Когена на пример, приведенный Хартом, то получится, что переводчик, осуществивший «рациональную реконструкцию», т.е. выявивший общий для всех конкретных требований принцип, установил тем самым правило образования ряда и получил возможность для предсказания всех дальнейших приказов (от самостоятельного отдания приказа его отделяет лишь отсутствие на то формальных полномочий).

Анализ формально-нормативной концепции Г.Кельзена позволил обнаружить существенный недостаток, который едва ли может быть устранен в рамках разработанного им метода. Этот недостаток заключается в практическом отказе принимать во внимание проблему обоснования процедуры юридического вменения (актуализации способности правовой нормы побуждать к совершению определенных, предписанных ею действий). Между тем именно эта процедура обеспечивает реализацию системой права её основного предназначения – упорядочению взаимодействия общественных индивидов и регуляции общественных отношений.

Своеобразие подхода Кельзена – в его установке на сугубо формальное измерение права, что бесспорно, имело колоссальное значение для юристов-практиков. Кельзену принадлежит огромная заслуга в создании и обосновании теории толкования права, лежащей в основе континентальной традиции правоприменения по сей день. В рамках «чистого учения о праве» Кельзеном был разработан принцип логически строго последовательного юридического толкования, призванный обеспечить единообразие интерпретации и тем самым повысить практическую надёжность

²⁷ Коген Г. Теория опыта Канта М.: Академический проект, 2012. С. 551.

герменевтической процедуры. Не менее существенно, что те же самые правила должны были применяться и в сфере правотворчества. Таковы – в самом общем выражении – были исходные установки «нормативной теории», вытекающие из определённого представления об эталоне рациональности при конструировании системы права. А потому, по всей видимости, несправедливо было бы упрекать австрийского правоведа за неизбежные ограничения, присущие всякой научной концепции, выстроенной на началах строгой формализации. Таким образом, стремясь к решению сугубо прикладных задач юридической герменевтики, Кельзен никак не мог построить модель, способную охватить весь широкий спектр философско-правовых и методологических вопросов, лежащих за пределами применимости созданной им теории толкования.

1.1.2. Некоторые методологические и эпистемологические аспекты модели формальной рациональности в праве

Следует отметить, что теоретическая модель, ориентированная на решение узкого круга прикладных проблем, выстраивается все же на основе принятия ряда фундаментальных допущений – как методологического, так и содержательного свойства. Конечно же, круг этих допущений определяется специальными целями и задачами создаваемой концепции, но наряду с этим – также и свойствами тех явлений, описать и объяснить которые она стремится. А поскольку предмет и задачи науки о праве существенно отличаются от предмета и задач, скажем, математики, то и оценка состоятельности теоретических притязаний правоведа должна производиться едва ли не прежде всего в горизонте способности содействовать решению социальных задач. И поскольку право ориентировано на упорядочение социальных отношений и их регуляцию, то правовая теория должна известным образом принимать во внимание природу и характер этих отношений. В силу этого одним из первых оснований критики правовой теории становится именно определение меры её

адекватности действительным обстоятельствам. Представляется, что формалистская позиция, которую принимает Г. Кельзен, является крайне уязвимой именно с этой точки зрения.

По всей видимости, главной причиной такой уязвимости является последовательно проводимая установка на абстрагирование от реального, практически действующего субъекта. В подобном абстрагировании, по-видимому, можно упрекнуть всякую концепцию, созданную на априористских основаниях, ведь обращение к действующему (эмпирическому) субъекту (в отличие от субъекта трансцендентального) неминуемо привносит в концепцию элемент случайности, ситуативности анализа – «человеческий фактор», который не всегда укладывается в жестко проведенные границы априористского метода. В этом плане решение Кельзена по своему вполне последовательно – требуемая им методологическая герметичность как раз и рассчитана если не на полную элиминацию этого фактора, то во всяком случае, на минимизацию идущих от него «возмущений». В итоге предполагаемый теорией «рациональный субъект» по умолчанию должен руководствоваться одной лишь логикой «чистой нормы», применяемой исключительно в актах юридического толкования – профессиональное усмотрение юриста оказывается замкнутым в вакууме правовой дедукции, лишаясь малейшей возможности решать вопрос о правоприменении через соотнесение нормы с ее моральным или политическим измерением.

Следует еще раз обратить внимание на то, что возводимые Кельзеном барьеры служат для обеспечения максимально возможной унификации правоприменения на всех уровнях юридического процесса. В этом плане, как уже не раз отмечалось, «рациональная реконструкция» как интеллектуальная процедура, характеризующая процесс подведения к основной норме, защищает правовую систему в целом от элемента случайности в интерпретации конкретных норм. По замыслу Кельзена, юрист, подобно переводчику в примере Харта, уже не только не ошибется в толковании

конкретных позитивных норм, но сможет заниматься правотворчеством (создавать новые нормы) в опоре на усвоенный общесистемный принцип (основную норму).

Мыслимое с этих позиций функционирование правовой системы как бы автоматизируется – ведь, исполняя её предписания, люди всякий раз могут лишь актуализировать предсуществующую норму. Казалось бы, на этом пути открываются совершенно замечательные перспективы – следование правилам «чистого учения о праве» не только гарантирует действенность принципа верховенства права, но также страхует правовую систему от преднамеренного искажения и подмены смысла нормы – будь то по мотивам личной выгоды или по так называемым «государственным соображениям». Произвольные толкования не могут вторгнуться в логически упорядоченную систему норм, поскольку в осуществляемой процедуре интерпретатору не дозволены ни выбор приоритетов, ни свобода личного усмотрения. Процесс правоприменения предстаёт как процесс самореализации нормы, а юристы и политики лишаются возможности привнести «субъективный фактор» в правовое пространство. Казалось бы, выполнение этих условий даёт достаточные гарантии от злонамеренного использования системы права и властного вмешательства в её функционирование, тем самым препятствуя появлению тиранов и деспотов, чья власть, как правило, начинается с пренебрежения правовыми принципами.

Однако почему же при всех этих – несомненно важных и значимых – достоинствах концепции Кельзена, она вызывает множество сомнений и достаточно резко критикуется? В чем причина того скепсиса, который разделяет довольно большое число членов научного сообщества, сталкиваясь с учениями, основанными на сильных формалистских предпосылках? В особенности, если эти учения ориентированы на осмысление социальных проблем. Ниже мы постараемся выявить «центральное ядро» претензий, предъявляемых разбираемой концепции.

Как представляется, основное преимущество жестко-формалистского подхода, обеспечивающего однозначность толкований, обуславливает и существенный его недостаток, ибо на этом пути блокируются любые попытки учесть требования иного типа рациональности, которую можно было бы назвать рациональностью неправовой. Речь о том, что исходная максима «чистого учения» создаёт иллюзию, суть которой можно выразить, перефразируя метафору И.Бродского: не правовед говорит языком нормы, а норма «говорит правоведом». Но всё же нельзя не видеть, что в реальном мире мы попросту не найдем подобного "говоримого" субъекта, обладающего абсолютной «правовой стерильностью» – будь то субъект толкования или правотворчества. Процедура подведения конкретных норм под основную норму, которую осуществляют практикующие юристы (и прежде всего судьи), означает вместе с тем валидацию нормы, обретение ею способности к реальному, социально значимому юридическому вменению. Принятие правомочных решений обеспечивает актуализацию нормы, проявление силы долженствования, которая *in abstracto* существует в ней лишь потенциально и становится действенной только благодаря вынесению решения, мотивированного определённым толкованием. При этом неизбежно включается ряд факторов, влияние которых не только нельзя учесть с позиций формалистской концепции, но учитывать которые она прямо запрещает.

1.1.3. Лакуны и ограничения формалистского подхода

Прежде всего, отметим, что всякое формалистское учение по умолчанию обходит вопрос о соотношении знания и действительности или – в более специальном варианте и переводя на язык классической философии – проблему соотношения сущего и должного. Существенной особенностью всякого формалистского метода является уклонение от учёта многообразия сущего и, как следствие, вынужденное замыкание анализа на уровне того, что в избранной системе координат почитается как должное. Подобное

ограничение может оказаться несущественным при решении, скажем, проблем обоснования математики, но в социальном знании оно представляется заведомо контрпродуктивным. Для понимания значимости этой проблемы обратимся ещё раз к вопросу о двух базовых предпосылках формалистского метода, на которых выстраивается узко юридический идеал рациональности:

1. Внеюридические основания правового мышления не являются значимыми как в теории толкования права, так и в практике его применения.

2. Фундаментальный принцип – основная норма – принимается в качестве отправной аксиомы юридического мышления. Вопросы о её происхождении, социокультурной обусловленности и этической релевантности объявляются некорректными и выносятся за рамки рассмотрения.

Следствием первого допущения является отказ от учета каких бы то ни было идеологических, политических, институциональных и корпоративных влияний на профессиональную деятельность юриста. Мотив этого отказа становится очевидным благодаря эпистемологическим установкам позитивистского «учения о праве»: знание о всякого рода внешних факторах, влияющих на рационально выстроенную систему права, имеет вероятностную природу и не может в принципе считаться строго доказуемым. Поскольку эти факторы могут изменяться от случая к случаю, их значимость может быть установлена с требуемой достоверностью только в отношении конкретных кейсов. Кельзен специально оговаривает, что попытки установить вне-нормативные процессы и обстоятельства, влияющие на принятие тех или иных юридических решений, противоречит задачам «чистого учения». В понимании Кельзена истоком этого противоречия является онтологический разрыв, существующий между правовой нормой, принадлежащей сверхприродной реальности, и явлениями действительного мира, мира природы.

«Характеризуя право через понятие нормы и ограничивая тем самым правовую науку познанием норм [...], мы отделяем право от мира природы, а науку о праве как когнитивную науку о нормах рассматриваем отдельно от всех тех когнитивных наук, которые объясняют природные явления через закон причинности»²⁸.

Четкая демаркация между миром нормы и миром природы, которую вслед неокантианцам проводит австрийский правовед, требует признания того, что знание, предметом которого является что-то помимо нормы, не имеет отношения к науке о праве, поскольку принадлежит ведению совершенно иной области – области «наук о природе». Тем самым онтологический разрыв между должным и сущим получает ещё и эпистемологическую проекцию: дисциплины, построенные на дескриптивном принципе (а на нем так или иначе основывается всякая разновидность научного знания, которая занимается осмыслением процессов, происходящих в мире сущего), не могут иметь никакого отношения к науке о праве, предметом которой является норма, принадлежащая миру должного. Ориентируясь на неокантианский принцип разделения наук, автор «чистого учения», тем самым, сооружает свою собственную методологическую «гильотину Кельзена». И первой жертвой ее острого ножа оказывается социология права – юридическая дисциплина, которая как раз нацелена на анализ роли вненормативных элементов в процессе правоприменения.

«Социология права не соотносит материальные факты с действующими нормами; напротив, она устанавливает связь между одними материальными фактами и другими материальными фактами через категории причины и следствия».²⁹

Таким образом, любая попытка учета факторов, внешних по отношению к сугубо нормативному содержанию суждений правоведа, противоречила бы самой логике избранного подхода. Точно также открытое

²⁸ *Kelsen H.* Introduction to the problems of legal theory. Oxford: Clarendon Press, 1992. P.13.

²⁹ *Ibid.* P.14.

признание значимой роли обстоятельств внешнего порядка дискредитировало бы решения, принимаемые юристом-практиком. Ведь если сам юрист мыслится всего лишь рупором, через который говорит сама правовая норма, то всякое внешнее воздействие на этот рупор, приводящее к деформации его базовых характеристик, влечёт утрату юридического смысла сказанного. Но тем самым проблемы правоприменения – хотя они очевидным образом связаны с задачами толкования – выводились за пределы компетенции науки о праве. Справедливости ради надо бы сказать, что и сам Кельзен отдавал себе отчёт в создающейся здесь коллизии. Но её разрешение он связывал с последовательным самоограничением правоведения, прямо заявляя, что единственный вопрос, который его занимает – это вопрос о логической согласованности всех возможных толкований правовых норм. В итоге стремление подчинить науку о праве последовательно проведённому принципу логической согласованности правовой системы столь же последовательно приводило к выводу о полном обособлении этой системы от мира социальной действительности. Эту позицию можно кратко охарактеризовать по аналогии с известной максимой древнеримских юристов: «Действительность может быть какой угодно, но пусть торжествует логика права!».

Вместе с тем, нельзя не видеть, что эпистемологический статус юридического знания, а равно и представление об имманентном ему идеале рациональности – это проблемы, которые актуальны не только для высокой теории, но и для прагматики права. С позиции современной эпистемологии неколебимая вера в возможность незаинтересованной позиции не только теоретика, но и практика, наделенного правом принимать решения, выглядит несколько наивной. В последние десятилетия прочно укоренилась тенденция к анализу различных форм знания (а тем более, знания профессионального, экспертного) в соотнесении его содержательных элементов с внешними социальными, экономическими, идеологическими, политическими и прочими обстоятельствами, которые влияют на его становление и

функционирование³⁰. При всем различии в понимании меры влияния, которое приписывается социальному контексту разными школами эпистемологии³¹, едва ли сегодня кто-то решится настаивать на полной автономии научного знания, его дисциплинарной и социокультурной изолированности. В споре интерналистов и экстерналистов, идущем примерно с первой трети XX века, аргументы последних пока что выглядят более весомыми. Казалось бы, в свете этого обстоятельства жесткий формализм Кельзена, основанный на философских принципах конца XIX-начала XX века, устарел и должен быть отброшен, уступив место более современным подходам к исследованию проблем правоведения.

Однако нельзя не видеть, что позиция экстерналистов чревата релятивизацией представлений о юридической рациональности, а это, в свою очередь, грозит делигитимацией судебных решений. Ведь если судья в значительной мере (так, что это способно повлиять на исход дела) ориентируется на некие внешние по отношению к юридическому существу вопроса обстоятельства, то почему его решения следует считать правовыми? Что, кроме номинального положения, позволяет судье в этом случае говорить от лица закона? Чем его мнение отличается, скажем, от мнения политика, в чьем распоряжении также находятся определенные механизмы легального принуждения? Очевидно, что специфицирующим критерием юридической компетенции в современном мире не могут быть ни авторитет, ни харизма, ни социальное положение, ни родословная, ни какие-либо иные статусные предпочтения человека, притязающего на выражение правовой воли. Подобные атрибуты играли первостепенную роль в добуржуазную эпоху, когда ветви государственной власти не были разделены, а основным механизмом легитимации господства являлась сакрализация его субъектов. Однако уже в нововременной западной традиции права, восходящей к

³⁰ Грундманн Р., Штер Н. Власть научного знания. СПб: Алетейя, 2015. 328 с.

³¹ Например, концепция Д. Блуря, историческая эпистемология и разные версии 'soft relativism' в эпистемологии

Гоббсу, Бодену, Гроцию, Спинозе, а позднее – к Руссо и просветителям, утвердился принцип формального равенства людей перед законом, следствием которого оказалась и десаκραлизация носителей власти. А потому никакие иные соображения, кроме требований высокой профессиональной компетентности, добросовестности и верности долгу, не являются формально значимыми для признания легитимности власти судей и судебных решений.

Безусловно, в основании общественного признания лежит конвенция, требующая подобного отношения к правовым институтам, однако сама эта конвенция отсылает именно к принципу особой профессиональной компетенции. Исходя из этого, следует признать, что именно те основания, которые полагает наиболее значимыми «чистое учение» (специфические знания о принципах устройства правовой системы и правилах толкования правовых норм), образуют *differentia specifica* чистой юридической рациональности. Все прочие сопутствующие обстоятельства, влияющие на принятие судьями конкретных решений, - будь то идеологические предпочтения или внутрикорпоративные договоренности - должны оставаться внешним фоном, не искажающим собственно юридическое мышление.

Модель формальной рациональности юриста, ориентирующегося в своей деятельности исключительно на императив закона, которую создает Кельзен, бесспорно, не является портретом с натуры – эта модель не дескриптивна, а нормативна. Она олицетворяет собой идеал должного, задает некий эталон, на который обязан ориентироваться всякий, кто берет на себя ответственность за интерпретацию правовых норм. И потому любая попытка критиковать эту модель за её несоответствие реальному положению дел представляется не вполне корректной. Заниматься толкованием права без стремления насколько возможно обеспечить реализацию правовой нормы, не искажив ее смысла, столь же странно, сколь посвятить свою жизнь науке, не веря в достижимость истинного знания. Ведь при всей критике, которой была подвергнута категория истины в истории мысли, она остается идеалом

научного познания, ориентиром и желанной целью для ученого. А недобросовестность некоторых исследователей, намеренное искажение результатов научного поиска с целью какой-либо внешней выгоды отнюдь не свидетельствует в пользу необходимости отказа от стремления к истинному знанию; оно лишь указывает на то, что действия этих людей не имеют ничего общего с наукой. Подобная аналогия может быть применена и к области правоправедения: достижение в толковании исходного смысла нормы и стремление к его реализации в правоприменении являются ориентирами деятельности юриста. В то же время неизбежность злоупотреблений и намеренного искажения /подмены смысла норм не может служить поводом для отрицания значимости самих этих норм и их определяющей роли в правоприменении. Правовед, следуя Кельзену, не должен ошибаться злонамеренно, должен стремиться к максимальной реализации принципа верховенства права, который требует отказа от различного рода предубеждений и следования жесткой логике юридической дедукции.

Тем не менее, достаточно очевидно, что тезис о наличии внешнего воздействия не может быть попросту отринут в силу запрета на его осмысление в тесных рамках формалистского подхода. Недаром именно этот недостаток формализма инициировал бурные дискуссии среди правоведов, вынудив их искать альтернативные модели обоснования юридической рациональности. Догматизм формалистского подхода к праву не мог не вызвать жесткой критики. Вместе с тем, не лишено интереса соображение, что как раз с экстерналистских позиций требование «чистоты» юридической рациональности, которое можно было бы отнести на счёт одной лишь «эпистемологической наивности» австрийского правоведа и его последователей, надо бы считать важнейшим ценностным ориентиром для юридической практики.

Упуская из вида это обстоятельство, критики формалистского подхода, видевшие решение проблемы в полном отказе от его принципов, нередко развивали не менее радикальные взгляды на природу права и основания

правовой рациональности. Не будет преувеличением, если мы скажем, что именно интерес к этой проблеме и поиск ее решения стимулировал становление целого ряда школ в современном правоведении, а различия в понимании идеала правовой рациональности стали основанием для демаркации подходов внутри современной теории права. Одним из наиболее ярких и значимых с точки зрения влияния на последующую традицию оказалось направление американского правового реализма.

Глава 2. Рациональность судейского усмотрения: антиформализм в американском правовом реализме

1.2.1. Прагматический аспект проблемы рациональности: правовая теория и предсказание судейских решений

Американский правовой реализм (далее - АПР), как многие учения, которые занимают контрпозицию по отношению к господствующей традиции (коей в первой половине XX века был формализм), выстраивал теоретическую программу на основе радикального отрицания исходных посылок формалистского подхода. Причиной неприятия многих значимых достижений этого подхода был не столько упорство из «духа противоречия», сколько стремление составить более адекватное представление о структуре и определяющих параметрах юридической рациональности. В первую очередь, имелась в виду рациональность, присущая людям, непосредственно принимающим юридические решения и, тем самым, «создающим право». Представители АПР полагали, что несомненными достоинствами выработанного в рамках формалистского метода типа рациональности является последовательность, логическая стройность и убедительность. За этими преимуществами, правда, скрываются существенные недостатки, среди которых главным является полная оторванность от реалий юридической практики. По мнению реалистов, сторонники формалистского метода *конструируют* утопический образ юридической рациональности с целью привести ее в максимальное соответствие с теми задачами, которые ставятся ими в теории толкования. В то время как правовая теория нуждается в *реконструкции* тех ее составляющих, которые значимы для принятия реальных судейских решений. Методологическое различие между двумя подходами заключается в том, что формализм вынужден использовать нормативный метод, моделируя рациональность с точки зрения ее должного образа, в то время как АПР настаивает на необходимости дескриптивного метода и выявлении ее наблюдаемых качеств.

Понимание специфики подхода АПР к проблеме юридической рациональности требует знания о тех задачах, которые ставили перед наукой о праве представители данного течения. Целью теоретического анализа правовой реальности, по их мнению, должно быть знание, которое поможет практикующим юристам предвидеть возможные решения судей по конкретным делам. Источником подобной теоретической установки, объединяющей представителей АПР, стала речь знаменитого американского судьи Оливера Уэнделла Холмса-мл. «Путь права», опубликованная еще в 1897 г., где он дал неожиданную интерпретацию понятию права, сказав, что «основные права (primary rights) и обязанности, с которыми имеет дело юриспруденция, являются собой не что иное, как предсказания (prophesies)»³². Первостепенная значимость именно прогностического измерения в определении понятия права, согласно судье Холмсу, следует из того социального запроса, который общество адресует практикующим юристам.

«Люди хотят знать, как далеко они могут пойти против той силы [общественного принуждения (public force) – *L.T.*], что куда сильнее их самих. А потому они крайне озадачены поиском понимания того, при каких обстоятельствах эта угроза может стать по-настоящему опасной»³³.

Судья Холмс, адресуя свою речь коллегам-юристам, полагал, что именно из подобного запроса клиентов, обращающихся за юридической консультацией (отметим, что и судебное разбирательство в некотором смысле выполняет эту функцию), следует исходить при построении правовой теории.

«Если вы хотите постичь право в его сути (знать закон и ничего больше - know the law and nothing else), вы должны посмотреть на закон глазами плохого человека (bad man), которого интересуют лишь фактические следствия, которые он может спрогнозировать благодаря знанию закона, а не

³² *Holmes O.W.* The path of law. New Orleans: Quid Pro LLC, 2009. P.5.

³³ *Ibid.* P. 3.

глазами праведника, который прислушивается к тихому голосу совести, услышав его в законе или где бы то ни было»³⁴.

Взглянув таким образом на право, как полагает судья Холмс, мы поймем, что прагматика беспокоят отнюдь не «аксиомы и правила правовой дедукции, а вопрос о том то, что скорее всего предпримут английские или массачусетские суды на деле»³⁵. Своеобразие подобного подхода заключается в том, что «негодяя» интересует отнюдь не знание закона, не понимание совокупности юридически закрепленных правил и санкций, а то, каким образом организовано правоприменение. Подобная постановка задачи подчеркивает фундаментальное различие между существующей писаной нормой и ее воплощением в реальных практиках. Само по себе это различие, бесспорно, почти ничего не добавляет к устоявшемуся пониманию природы нормы. Ведь онтологический разрыв, существующий между должествованием и формами его воплощения в мире сложных взаимозависимостей, был обнаружен и обоснован еще Кантом. Однако выше уже отмечалось, что для правопонимания проблема соотношения нормы и ее реализации является смыслообразующей. По сути, от ее разрешения зависит ответ на вопрос о мере соответствия между двумя формами бытия права – собственно нормативной и правоприменительной. Отсутствие общепризнанного мнения по этому вопросу вынуждает исследователей раз за разом задаваться вопросом о том, какая же из этих двух форм является наиболее значимой для постижения самой сущности права. Заметим в скобках, что стремление найти компромиссное решение отнюдь не всегда лежит в русле доминирующей методологической тенденции в правоведении. Так, позиция судьи Холмса демонстрирует способ проблематизации, не менее радикальный, нежели являющийся полную его противоположность подход Г. Кельзена.

³⁴ Ibid. P. 7.

³⁵ Ibid. P. 9.

В своей трактовке правопонимания Холмс, как мы видим, особым образом выделяет именно прогностическую функцию права и ее мотивационную роль. Прогностическая функция (в том специфическом смысле, как ее понимает Холмс) заключается в обеспечении людей знанием о том, как поведет себя правовая система в ответ на те или иные действия индивида. Поиск такого рода знания объясняется естественным стремлением человека избежать разного рода издержек, которые способно инициировать правонарушение. Поскольку наиболее вероятной формой этих издержек являются санкции, которые накладывает на виновного суд, то отсюда и возникает необходимость знать, каким именно будет наиболее вероятное наказание. Методологический ход, который использует Холмс, предлагая свою версию правовой рациональности, заключается в сведении всей совокупности внутренних стимулов, определяющих поведенческие модели, к единственному нередуцируемому компоненту – инстинкту самосохранения. Холмс идет вслед традиции, заложенной Гоббсом, стремясь найти обоснование социальных институтов в природных склонностях и инстинктах человека. Однако подход Холмса все же являет собой скорее «перевертыш» гоббсова обоснования общества как нормативной системы. Ведь по Гоббсу появление и существование социальных институтов, предписывающих образцы поведения, обусловлено, в первую очередь, стремлением человека к безопасности. Нормативная система, задавая правила взаимодействия на разных уровнях коммуникации, делает более прозрачными намерения Другого, создавая возможность прогнозировать его действия и реакции в соотношении с правилами общественного договора. Именно это значение традиционно приписывается прогностической функции социальных институтов. В то время как у Холмса право как пример нормативной системы является источником опасности, сулящим неприятности для индивида. Среди всей совокупности функций, которые объемлет правовая система, наиболее значимой ему представляется репрессивная функция. По-видимому, философско-антропологическая предпосылка, которая лежит в основе идеи

Холмса, заключается в неустранимости принципа *homo homini lupus est* - в неискоренимом эгоизме человеческой природы, который заставляет подчиняться социальным нормативам исключительно под страхом санкций. Исходя из такого понимания, оказывается, что «всякий заинтересован в знании норм только потому, что их незнание влечет издержки. И это исключает возможности того, что хотя бы кто-то признает их в силу того, что они являются легитимными стандартами общественного поведения»³⁶. Решение судьи Холмса положить в основу анализа принцип «плохого человека» в очередной раз подчеркивает значимость модели рациональности, которая избирается в качестве философской и методологической предпосылки анализа проблемы правопонимания. Из его позиции следует, что предпочтительными являются те модели, которые содержат минимальное количество этически нагруженных допущений. Поскольку подобные допущения не подлежат верификации и принимаются *ad hoc*, в интересах правовой теории отказаться от наивной веры в социального ответственного гражданина, воспринимающего правовые императивы через категорию личного морального долга. Ведь даже если теория и ошибается, дискредитируя рациональность индивидов, действующих в правовом пространстве, то она ошибается в свою пользу.

Представители АПР очень настороженно относились к вере формалистов в силу и действенность правовой нормы. Наиболее острая критика подобного убеждения исходила от одного из лидеров движения, апелляционного судьи Джерома Фрэнка, который призывал отбросить слепую веру в силу нормативного вменения как пережиток прошлого.

«Нарастающее конструктивное сомнение – отличие развитой цивилизации. Мы обязаны поставить под вопрос многие правовые догмы,

³⁶ *Shapiro S.J* . The Bad Man and the Internal Point of View // The Path of Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr. / Ed. by S. Burton. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. P. 200.

унаследованные от предшествующих традиций, поскольку они опасным образом расходятся с социальными фактами»³⁷.

В основе теории толкования, которая во многом определяет формалистское правопонимание, как было показано на примере концепции Кельзена, лежит убежденность в возможности единообразной, точной интерпретации. Однако сама эта установка, как полагал Дж. Фрэнк, является не вполне обоснованной.³⁸ «Основополагающий юридический миф заключается в вере в то, что правоприменение - задача, которая может быть решена судом механически; что это логический переход от общего к частному; система, которая обеспечивает совершенную определенность (certainty) в праве»³⁹. Эта вера является широко распространенной как у юристов-профессионалов, и среди обывателей. Как уже было сказано, во многом именно она лежит в основе обоснования ключевого для современных правовых систем принципа верховенства права. Им утверждается универсальный характер права, его приоритетная роль в регуляции социальных отношений, которая следует из признания автономии правовой системы, ее развития по собственным внутренним законам. Всякое внешнее политическое вмешательство – прямая угроза суверенитету права – считается обоснованным лишь в той мере, в какой оно допустимо принципами устройства самой правовой системы. И, несмотря на то, что подобная конвенция скорее носит декларативный характер, на ней лежит важная идеологическая функция – именно она обосновывает легитимность правового должествования, или, словами Кельзена, «велящий» характер правовой нормы. А именно, правовой императив является обязательным к исполнению в силу того, что в нем артикулируется общая воля, а отнюдь не личные интересы законодателя. Законодатель лишь оформляет в форму права

³⁷ *Frank J.* Law and the Modern Mind. NY: Brentano's Publ., 1930. P. 245.

³⁸ *Paul J.* The Legal Realism of Jerome Frank: A Study of Fact-Skepticism and the Judicial Process. The Hague: Martinus Nijhoff, 1959. P.69.

³⁹ *Volkomer W.* The Passionate Liberal: The Political and Legal Ideas of Jerome Frank. The Hague: Martinus Nijhoff, 1970. P. 47.

то намерение, которое уже вызрело в обществе – и именно поэтому веления закона легитимны. С этой точки зрения, вера в «правовую определенность» является чрезвычайно значимой, поскольку недостаток этой определенности потребует внешнего вмешательства для устранения возникших противоречий. Подобное вмешательство бывает неизбежным (как в случаях, когда Конституционный суд удостоверяет соответствие конкретных законодательных актов принципам конституции), однако регулярное нарушение автономии права чревато утратой легитимности правовой системы. А потому, «принцип определенности» является значимым элементом в обосновании верховенства права. Однако, поскольку сторонники АПР призывают отказаться от нормативного подхода к описанию правовой реальности в пользу дескриптивного, то и «принцип определенности» – в силу того, что он является, по их мнению, скорее методологической химерой, чем действительно работающим механизмом – следует отбросить. Однако подлинное преодоление этого укоренившегося предрассудка требует понимания причин, которые сделали его столь значимым элементом юридической рациональности.

1.2.2. Психологическая критика модели формальной рациональности в американском правовом реализме

По мнению Дж. Фрэнка, устойчивость веры в «определенность», которую американский правовед называет «юридическим мифом», объясняется ее связью с глубинными психологическими потребностями человека. Как пишет один из комментаторов Дж. Фрэнка Юлиус Пауль (Julius Paul), «...важнейший вопрос, который интересовал Фрэнка, – почему адвокаты, судьи и общественность верят в миф об определенности (certainty) и точности (exactness) правовых норм (legal rules)? Ответ на этот вопрос достаточно прост, если мы принимаем важнейший тезис Фрэнка о том, что наше инфантильное мышление (childish ways of thinking) проявляется в тяге (или, как ее называют психоаналитики, во «влечении») к фиксированной,

стабильной и неизменной совокупности механических юридических правил. На основе работ детских психологов – в особенности, Жана Пиаже – Фрэнк разработал описание этой инфантильной иллюзии, обуславливающей жажду правовой определенности»⁴⁰.

Разъяснить позицию Фрэнка поможет цитата из его работы «Право и современное сознание»: «Итак, в глазах детей мать является олицетворением нежной защиты, в то время как отец воплощает собой определенность, безопасность, безупречность (infallible), а также правотворчество (lawmaking), право-оглашение (law-pronouncing) и правоприменение (law-enforcing). Ребенок в своей борьбе за существование черпает жизненные силы в надежде на вездесущего и всемогущего отца – того, кто является гарантом непогрешимых и точных правил поведения»⁴¹.

Очевидно, что Фрэнк в своем анализе предпосылок «веры в определенность» следует методу психологического обоснования природы нормативных установок. Выбор этого метода представляется достаточно предсказуемым, поскольку первая половина XX века (а ключевая работа Дж.Фрэнка “Law and the Modern Mind” была впервые опубликована в 1930 г.) была эпохой расцвета психологии, следствием которого стал возросший интерес исследователей из смежных областей социального знания к психологическим концепциям и осуществленные ими методологические заимствования. Сам Фрэнк ссылается в своих работах на идеи Жана Пиаже, идейным сподвижником которого считается и выдающийся русский психолог Л.С. Выготский. В своих исследованиях развития детской психики оба ученых выделяли определяющую роль взрослого (родителя) в становлении мышления и мировосприятия ребенка с самых первых дней его жизни. Так, Выготский полагал, что «отношение ребенка к миру является зависимой и производной величиной от самых непосредственных и

⁴⁰ *Paul J.* The Legal Realism of Jerome Frank: A Study of Fact-Skepticism and the Judicial Process. The Hague: Martinus Nijhoff, 1959. P.73.

⁴¹ *Frank J.* Law and the Modern Mind. NY: Brentano’s Publ.,1930. P.16.

конкретных его отношений к взрослому человеку»⁴². Взрослый, согласно Выготскому, играет ключевую роль в формировании «социальной ситуации» - специфической формы взаимодействия между ребенком и средой, благодаря которой «ребенок приобретает новые и новые свойства личности, черпая их - из социальной действительности, как из основного источника развития, тот путь, по которому *социальное становится индивидуальным*»⁴³. Определяющее влияние взрослого на процесс формирования навыков социального поведения подчеркивал и З.Фрейд, полагая, что «моральное ограничение» (а именно оно лежит в основании всех форм нормативного регулируемого поведения) является следствием чувства вины и Эдипова комплекса, причиной которому - особые отношения с отцом⁴⁴.

Все эти психологические учения, несмотря на существенные содержательные различия, роднит общая установка на поиск естественной (обусловленной природой) связи между интериоризацией социальных правил и авторитетом отца, образ которого лежит в основе формирующихся механизмов внутреннего самоконтроля. Характерно, что подобная натуралистическая редукция, подразумевающая поиск основы для формирования и действия социальных программ в фундаментальных механизмах психики, оказывается столь притягательной для правоведов. С одной стороны, «натурализованный» подход к обоснованию сложных социальных феноменов создает впечатление убедительности, поскольку обнаружение природной обусловленности может представляться решающим аргументом, подтверждающим их функциональную необходимость. С другой стороны, как это уже не раз подчеркивалось методологами, абсолютизация какого-либо аргумента, претендующего на обоснование сложного феномена, нередко приводит к полной девальвации объяснения. Так, тезис Фрэнка о роли отца в формировании «инфантильной иллюзии, обуславливающей

⁴² Выготский Л. С. Вопросы детской психологии. М.: Союз, 2006. С. 47.

⁴³ Там же.

⁴⁴ Фрейд З. Я и Оно // Фрейд З. Я и Оно (сборник) / сост. М. Блюменкранц. М.: Антология мысли, 2016. С. 839 – 860.

жажду правовой определенности», несмотря на свою наглядность (Фрэнк отсылает к устоявшемуся стереотипу об образе отца), выглядит как совершенно произвольное допущение, которое можно принимать или не принимать на веру, но невозможно проверить. Очевидно, что Фрэнк повторяет методологическую ошибку Фрейда, за которую последний был обвинен К.Поппером в эссенциализме, а значит, в пренебрежении принципами научного объяснения. Правда, в концепции Фрэнка, в отличие от учения Фрейда, эссенциалистское допущение находится не в теоретическом ядре, а служит, скорее, отправной точкой его критики предшествующих теорий права и обосновывает мотивы американского правоведа к поиску альтернативы. Тем не менее, уязвимость предложенного Фрэнком объяснения позволяет заключить о недостаточности подобного натуралистского обоснования веры в верховенство права.

1.2.3. Философские истоки антиформалистского подхода: прагматизм и американский правовой реализм

Обозначенные психологические учения первой трети XX века не были единственным источником аргументов в пользу тезиса АПР о наивности доверия к правовым нормам. Едва ли не более авторитетной идейной предтечей АПР являлся прагматизм. Не будет преувеличением, если мы скажем, что прагматизм представляет собой осевое течение в американской философии, поскольку с ним тем или иным образом соотносится вся последующая традиция.

Особый интерес к прагматизму со стороны представителей юридической науки может быть обусловлен рядом причин. С одной стороны, идейный пафос прагматизма заключался в стремлении к примирению «философских споров», а значит, в нахождении консенсуса в многовековых дискуссиях о ключевых философских понятиях, которые оказываются значимыми и для других социальных дисциплин (главным образом, понятия истинного знания). Специфичность желаемого для прагматиста консенсуса

заклучалась в том, что он выражается не некой догмой, очередной косной теоретической конструкцией, стремящейся навязать миру категории и формы, в которых его необходимо воспринимать и осмыслять. Прагматизм заявил себя как принципиально антифундаменталистское течение в философии, отказавшееся «от абстракций и недоступных вещей, от словесных решений, от скверных априорных аргументов, от твердых, неизменных принципов, от замкнутых систем, от мнимых абсолютов и начал»⁴⁵ и поднявшее на щит идею практикоориентированного знания. В этой связи одной из наиболее востребованных у представителей АПР идей прагматизма в области теории познания стал призыв к отказу от «поиска определенности» (quest for certainty), который выражал Джон Дьюи. Последний полагал, что «поиск определенности» является проблемообразующей идеей для всей предшествующей прагматизму теоретико-познавательной традиции. Суть этого поиска выражается в стремлении к «полной определенности в чистом знании».⁴⁶ Источником подобной «определенности», по Дьюи, может быть только знание «о вечном и неизменном бытии», которое с древних времен считалось знанием *par excellence* (в противовес «профанному» знанию об изменчивых процессах, связанных с человеческой практикой). При этом «предельной причиной (ultimate ground) поиска определенности являлось стремление к обретению человеком уверенности в результатах своей деятельности»⁴⁷. Описываемая Дьюи цель познания имеет естественную предпосылку – стремление человека к пониманию высшего ряда причинных обусловленностей, которые не могут быть вполне объяснены посредством описания наблюдаемых процессов, а потому требуют отсылки к трансцендентному. И это трансцендентное, представляющееся причиной причин, единственно

⁴⁵ Джеймс У. Что такое прагматизм // Джеймс У. Прагматизм: новое название для некоторых старых видов мышления. Популярные лекции по философии. СПб.: Изд. «Шиповник», 1910. С.32 – 55.

⁴⁶ Dewey J. The Quest for Certainty: A Study of the Relation of Knowledge and Action. NY: Capricorn, 1960. P. 8.

⁴⁷ Ibid. P. 39.

достойно подлинного знания. Эта установка в философии, являясь реликтом мифологического и религиозного мировосприятия, усложняет достижение практических целей познания, поскольку дискредитирует сам теоретический интерес к практике. Между тем, практикоориентированное знание всегда является «рискованным» в том смысле, что не только требует от человека смелости и доверия собственному опыту, но и остается принципиально незавершенным и многообразным, поскольку таковой является сама практика.

Ценностный посыл прагматизма заключался в признании многообразия форм знания, в отказе от идеи универсальной истины и во введении нового критерия истины, выраженного в соотнесении знания с практическими следствиями, которые из этого знания проистекают. Бесспорно, столь жесткая антиметафизическая критика, зародившаяся внутри самой философии, представляла колоссальный интерес для исследователей из смежных областей социального знания. Поскольку философия традиционно являлась источником многих методологических средств и содержательных сюжетов, в том числе и для правоведения, то интерес к развитию философского знания со стороны исследователей права был неизменно высок. В свою очередь, становление прагматизма и вовсе произвело фурор в среде американских правоведов, поскольку его антиметафизическая повестка и обоснование приоритета практикоориентированного знания создавали прочную основу для философского обоснования тех правовых учений, которые заявляли эмпиристскую программу исследования. А именно такой была концепция права, разработанная представителями АПР.

1.2.4. Норма vs факт: ситуативная обусловленность судебного усмотрения

Основополагающим элементом этой концепции стало своеобразное представление о юридической рациональности, которое было выстроено по принципу безапелляционного отрицания идеи формальной рациональности.

Современный американский правовед и философ права Брайан Лэйтер (Brian Leiter) полагает, что ключевая посылка, разделяемая реалистами, может быть выражена следующим образом: «Факты являются теми стимулами, на которые отвечают судьи. Позиция реализма заключается в том, что судьи принимают решения скорее на основе того, что им представляется справедливым (fair) в отношении фактов, нежели на основании применения правовых норм (rules of law)». ⁴⁸ В целом, данная позиция, пусть и с некоторыми уточнениями, действительно принимается всеми крупными представителями правового реализма. Так, Германн Олифант (Hermann Oliphant) полагал, что суды «отвечают, скорее, на вызовы фактов в конкретных случаях, чем на более общие и заезженные (outworn) абстракции мнений и договоров» ⁴⁹. Уже упомянутый Джером Фрэнк полагал, что судебское решение всякий раз является результатом соотношения «раздражителей (stimuli), воздействующих на судью» и личностных особенностей самого судьи. Карл Ллевелин придерживался той позиции, что исход судебных процессов определяется «чувством ситуации (sense of situation), возникшим у суда» ⁵⁰.

Во всех этих суждениях отчетливо прослеживается акцент на зависимости судебного решения от «фактов», воздействующих на судью или судей. На первый взгляд, подобная точка зрения едва ли покажется оригинальной даже обывателю – ведь что, как не растянутое во времени воздействие определенных «фактов» на судей (улик и доказательств, экспертных заключений, показаний истцов/обвинителя, ответчика/подсудимого, свидетелей и т.д.) представляет собой судебный процесс? Действительно, выяснение и оценка «обстоятельств по делу»

⁴⁸ *Leiter B. Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2007. P. 22.*

⁴⁹ *Oliphant H. A Return to Stare Decisis // American Bar Association Journal. 1928. Vol. 14. No.2. P. 75.*

⁵⁰ *Llewellyn K. Some Realism About Realism // Llewellyn K. The Common Law Tradition: Deciding Appeals. Boston: Little, Brown and Co., 1960. P.122.*

выражают суть деятельности судей, которая предшествует вынесению судебного решения.

Однако прежде чем согласиться с правовыми реалистами, следовало бы понять, в чем специфичность того понимания «факта», на котором они настаивают. Главным образом, под «фактами» понимается вся совокупность воздействующих на судью обстоятельств, среди которых важными оказываются не только собственно юридические обстоятельства, но и внешние по отношению к ним факторы, влияющие на судебские решения. В этой связи, как представляется, наиболее интересным является вопрос о том, какие именно факторы являются значимыми в этой констелляции. Принимая во внимание общий скепсис представителей АПР к формальной составляющей, можно сделать предварительный вывод, что собственно нормативные основания едва ли будут первостепенно значимыми для нее. Именно поэтому важно установить следствия, к которым приводит скепсис по отношению к юридической норме, вынуждающий представителей АПР полностью доверять правоприменение усмотрению судей.

Американский философ и исследователь прагматизма Мортон Уайт, анализируя исходную для АПР концепцию судьи Холмса, пришел к заключению, что «поскольку судьи, по Холмсу, всякий раз основываются на своих собственных моральных допущениях, используют различные правовые нормы и подвергаются воздействию целого спектра предубеждений (и даже могут быть подкуплены), они могут принимать противоречащие друг другу заключения по одному и тому же делу»⁵¹.

В своем заключении Уайт исходит из довода английского правоведа Г.Л.А. Харта против центрального тезиса судьи Холмса. Этот аргумент достаточно прозрачен: если принять позицию Оливера Уэнделла Холмса, то получается, что сама по себе правовая норма перестает быть *ultima ratio* судебного решения, поскольку формально-нормативные составляющие

⁵¹ White M. A Philosophy of Culture: The Scope of Holistic Pragmatism. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2002. P. 147.

утрачивают свое специфическое значение в череде других «факторов», определяющих юридическую рациональность. Итак, суть возражения Харта на тезис Холмса заключается в следующем: правовая норма утрачивает характер объективного императива, как только она оказывается полностью подчиненной субъективному судебскому усмотрению. Предположим, у нас существует молодой человек Джон, который подлежит призыву на воинскую службу. Эта обязанность Джона следует из содержания закона о воинской службе, действующего в том государстве, гражданином которого Джон является. Однако если следовать позиции Холмса, то получается, что эта обязанность возникает для Джона только в том случае, если судья провозглашает в своем решении, что «Джона надлежит призвать на воинскую службу». Если же судья в своем решении по тем или иным причинам не «создает» эту обязанность для Джона, то нет никаких оснований полагать, что Джон, не явившись в военкомат, нарушил те или иные правовые предписания. Иными словами, по Холмсу, *Джон обязан быть призван на воинскую службу*, если и только если судья постановил: «Джон обязан быть призван на воинскую службу»⁵². Учитывая исходный посыл Холмса о том, что главной задачей юриста является предсказание исхода судебного разбирательства, стоит обратить внимание на то, что antecedent в этой импликации (та часть, которая обозначает само содержание закона о воинской службе) перестает представлять какой бы то ни было интерес для адвоката и его клиента; значимым здесь является исключительно консеквент (то, что постановил суд).

Подобное пренебрежение формально-нормативной составляющей правоприменения отражает общий скепсис судьи Холмса по отношению к правовым нормам. В его представлении реализация правовых норм не является неким самодовлеющим процессом, подчиненным исключительно строгим правилам логической дедукции. Правовые нормы приводят в действие люди – и потому столь высокий интерес Холмса к роли судебного

⁵² Ibid. P. 134.

усмотрения представляется в известной мере оправданным. Поскольку в деле применения нормы именно за судьей остаётся решающее слово, то мысль о том, что предсказание судьейского решения и является наиболее востребованной задачей для всех остальных участников юридического процесса выглядит вполне резонной.

Наряду с этим все же нельзя не видеть, что успешность предсказания судьейского решения во многом зависит также и от меры адекватности представлений наблюдателя о совокупности факторов, формирующих мотивацию судьейских решений. Эта предпосылка прогнозирования указывает на то, что эти решения формируются под влиянием всякий раз конкретного набора параметров, и вопрос в том, каков удельный вес нормы в этом наборе. Ведь ряд факторов может быть связан, скажем, с особенностями профессиональной карьеры или другим особенностям биографии, определяющим субъективно значимые предпочтения конкретного судьи. Очень важную роль играет учёт специфического *этоса* судьи, куда входит определенная модель профессионального мышления и действия, формируемая в процессе интеграции в юридическое сообщество. Базовым механизмом формирования этоса, бесспорно, служит специальное образование. Именно общий набор навыков и знаний, усвоенных в процессе обучения, является первым условием профессионального взаимопонимания между специалистами. Кроме того, значимым компонентом этоса оказывается и набор формальных и неформальных правил, принятых в юридическом сообществе (их можно отнести к разновидности «неявного знания», по М. Полани). Однако не менее значимыми могут оказаться привходящие, случайные обстоятельства, связанные с личностными особенностями судьи, его индивидуальными предпочтениями, склонностями и даже предрассудками.

1.2.5. Рациональность как мера прогнозируемости судебных решений: эпистемологические допущения

Как было показано ранее, полностью деперсонифицированная модель правоприменения, выстроенная в формально-нормативной парадигме, требует вынести за скобки всю совокупность этого рода параметров, влияние которых является ситуативным, а потому заведомо не поддается теоретическому осмыслению. В отличие от установок концепции «основной нормы», сторонников АПР объединяет неприятие «абстрактного теоретизирования» и стремление сделать правовую теорию применимой, в первую очередь, для решения практических задач – по принципу «здесь и теперь». А значит, для каждого конкретного случая (и в отношении каждого участника процесса) вполне могут само по себе быть установлены те личные особенности, знание которых требуется для успешного прогнозирования исхода дела.

Есть, однако, ещё один, совершенно иной разворот этой темы. Достаточно очевидно, что всякий прогноз – даже тот, что формируется с учётом описанных выше факторов, - разбивается о то простое обстоятельство, что судья может быть подкуплен. Трудность, которая в этой связи возникает, заключается вовсе не в том, что вовлечённость судьи в коррупционные отношения может остаться неизвестной, а в том, что допущение о такой вовлечённости само по себе полностью дискредитирует исходное для АПР представление о любом судебском решении как о заведомо правовом, поскольку с этих позиций право – это то, и только то, что постановил данный суд. Пренебрежение ценностью формальной нормы вкупе с представлением о *равной значимости* всех факторов, способных воздействовать на судью, – как объективных, так и субъективных, приводит к выводу, что даже решение подкупленного судьи (когда именно взятка обуславливает исход дела) приходится считать правовым, поскольку никаких иных критериев для выявления специфики правового представителя АПР не приемлют.

Существенно также и то, что в подобных обстоятельствах (при наличии скрытого параметра, предопределяющего дальнейшее поведение судьи) прогноз, сделанный, скажем, адвокатом, утрачивает свою ценность, ведь он важен лишь в ситуации неопределенности исходов, в то время как в рассматриваемых обстоятельствах исход является заранее известным.

Очевидно, что подобные выводы чреватые «скандалом в правоведении», ведь в своем стремлении вывести правовую науку из эмпирии высокой теории и обратить ее внимание на реалии правового процесса путем радикальной социологизации подхода к проблемам правоприменения реализм сталкивается с утратой специфицирующего критерия правового. Единственным условием, которое, как представляется, позволяет спасти веру в то, что судебские решения сохраняют свой реально (а не только номинально) правовой статус (а значит, являются легитимными), служит убежденность в добросовестности судьи, в его стремлении к воплощению через свое решение общезначимых этических принципов и способности к оценке последствий этого решения с точки зрения максимизации общественного блага. Из этого следует, что судья, дабы отвечать своему предназначению, должен быть едва ли не платоновским мудрецом, который, благодаря своему внеобыденному дару прозревать истину и благо, может иметь особые права на принятие общезначимых решений. Только такое допущение, как представляется, может «спасти» реалистскую концепцию от радикального волюнтаризма и судебного произвола, на которые она, что называется, закрывает глаза.

Существенно, что именно нежелание реалистов отдать должное значению правовой нормы и ее определяющему влиянию на профессиональный выбор судей является причиной столь опасных для правовой теории выводов. Ведь именно опора на правовые нормы способна сдерживать «слишком человеческое» в судьях. Именно коллективный опыт, аккумулированный в формальных принципах, способен компенсировать ограниченность индивидуального усмотрения. Не менее интересным

представляется то обстоятельство, что идеализация образа судьи входит в противоречие с начальным требованием представителей АПР уйти от наивных антропологических допущений об исконной нравственности и рациональности сторон правоотношений. Характерно здесь и то, что необходимость в подобной идеализации обуславливается сочетанием двух факторов – жесткого социологизма в трактовке судейской рациональности, а также отождествления права и судейского решения.

Выводы к разделу 1

Формальный нормативизм Г.Кельзена и американский правовой реализм (АПР) обозначают две крайние позиции в отношении проблемы юридической рациональности. Г. Кельзен особое внимание уделяет нормативной составляющей профессионального мышления юриста, предполагая, тем самым, что только логическое устройство правового корпуса, во-первых, и знание принципов этого устройства, во-вторых, могут гарантировать максимально «чистое» (свободное от всяких субъективных (сторонних) привнесений) правоприменение. В свою очередь, АПР стоит на радикально противоположной позиции, отстаивая идею решающей роли значимости правовых споров. Отказываясь от общеобязательного нормативного регламента, представители АПР усматривают особую значимость социологии права.

Несмотря на то, что формальный нормативизм и АПР занимают, по сути, взаимоисключающие позиции в вопросе о природе юридической рациональности, их объединяет общая предпосылка о профессиональном совершенстве носителей юридической рациональности. Последним свойственны не только «чистое» профессиональное (юридическое) мышление, свободное от всяческих субъективных привнесений, но и невиданный дар предвидения, позволяющий оценить меру влияния принимаемых ими решений на дальнейшее благополучное развитие общества.

Подводя предварительный итог сказанному, стоит отметить, что именно радикальность и, как следствие, неизбежная односторонность изложенных подходов являются причиной их недостаточности и методологической уязвимости. Дальнейший поиск предполагает нахождение альтернативного подхода, позволяющего пройти между Сциллой и Харрибдой формализма и реализма и найти более убедительное решение поставленной проблемы. Представляется, что подобной альтернативой может стать подход, не только сочетающий в себе достоинства рассмотренных

концепций, но и позволяющий осмыслить проблему оснований юридической рациональности в более обширной перспективе. Эта перспектива может быть задана рассмотрением права в качестве разновидности социальных технологий. В свою очередь, носители юридической рациональности (в первую очередь, судьи) будут осмысляться в роли акторов, реализующих социальные преобразования посредством отправления правовых решений. Подобное понимание потребует соотнесения собственно юридических оснований рациональности с внешним по отношению к ней социальным контекстом.

Раздел 2. Внеюрисдикционная обусловленность рациональности в праве: некоторые способы концептуализации

Глава 2.1. Понятие материальной рациональности. Истоки антиформальных тенденций в праве по М. Веберу

2.1.1. Взаимосвязь логически формальной и материальной рациональности в праве

Рассмотренные ранее концепции выражают диаметрально противоположные позиции в отношении обоснования юридической рациональности. Это обстоятельство позволяет предположить, что данные позиции намечают своего рода полюса в проблематизации рациональности в праве. В этой связи заслуживающим особого внимания представляется то обстоятельство, что при всем различии в понимании оснований юридической рациональности, каждая из них оказывается по умолчанию вынуждена наделять субъектов, приводящих в действие всю формально-нормативную систему права, особыми свойствами. Решающая роль здесь, бесспорно, принадлежит судьям, а формой реализации юридической рациональности в этом случае оказывается судебское усмотрение.

Эта особенность, характерная для рассмотренных выше и совершенно противоположных во всём остальном учений, указывает на наличие некоторой общей «антиформальной тенденции в современном праве». Именно она была обозначена в социологии права Макса Вебера. Основоположник «понимающей социологии» попытался дать философско-историческое обоснование этой тенденции. С точки зрения Вебера, исторический процесс характеризуется поэтапной сменой типов рациональности в мотивации социального действия – а именно, переходом от традиционного и ценностно-рационального к целерациональному. Этот процесс знаменует собой поступательное «расколдование мира»,

выраженное, частности, в становлении бюрократии как предельно формализованной и «самой рациональной формы реализации господства»⁵³.

Именно в праве целерациональность обретает форму *«логически формальной рациональности»*, которая, как характеризует её Вебер, *«рациональна в той степени, в которой она опирается на некоторое основание, выходящее за пределы каждого конкретного случая, и базируется на существующих, недвусмысленных правилах»; «формальна в той степени, в которой критерии принятия решения внутренне ей присущи», и, наконец, «...логична в той степени, в которой правила или принципы осознанно выстроены особого рода правовой мыслью, опирающейся на... систематизацию, и в том случае, если решения конкретных вопросов принимаются при помощи процессов, основанных на специальной дедуктивной логике, проистекающей из заранее установленных правил или принципов»*⁵⁴.

Тем самым веберовское понимание сути «логически формальной рациональности» требовало признания научности за теми юридическими суждениями, что были получены благодаря применению принципов строгой логической дедукции.

Следует подчеркнуть, что наиболее последовательно установки «логически формальной рациональности» в праве отражает уже рассмотренная нами концепция Ганса Кельзена, которого современный американский правовед Данкан Кеннеди (Duncan Kennedy) вполне

⁵³ Вебер М. Хозяйство и общество. Очерки понимающей социологии. Т.1. Социология / сост., общ. ред и предисл. Л.Г.Ионина. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2016. С.261.

⁵⁴ Trubek D. Max Weber on Law and the Rise of Capitalism // Wis. L. Rev., 1972. P.730. Цит. по: Тома Ш. Макс Вебер, Толкотт Парсонс и социология правовой реформы: переоценка с последствиями для права и развития // Право и правоприменение в зеркале социальных наук. Хрестоматия современных текстов / науч. ред. Э.Л. Панеях. М.: Статут, 2014. С.28.

обоснованно считает прямым наследником Макса Вебера в правовой мысли⁵⁵.

Однако же при всем сходстве этих концепций, веберовское понимание природы «логически формальной рациональности» позволяет выявить внеюридические (главным образом, социально-экономические) факторы, способствовавшие ее укоренению в западном праве. Ведь при всех аргументах «против», равно как и при всем фактическом различии в принципах функционирования различных правовых систем, именно «логически формальная рациональность», средоточием которой являются строгие принципы интерпретации правовых норм, наиболее последовательно выражает главную максиму современного правового регулирования – принцип верховенства закона. А потому «логически формальную рациональность» можно рассматривать в качестве образующего ядра юридической рациональности, которое уточняют и развивают более конкретные модели.

Важнейшим здесь является принцип *деперсонифицированного* нормативного вменения – принуждающая сила юридических норм обеспечивается не личным авторитетом вождя или отсылкой к древней традиции, а благодаря наличию социальной конвенции, требующей подчинения закону, который выражает общую, а не чью-либо конкретную волю. И в этой связи важной проблемой является легитимность (социальное признание) такого рода деперсонифицированного вменения. По Веберу, подобное вменение легитимирует именно принцип строгости дедукции, придающий процедуре юридической интерпретации наукообразность. Таким образом, легитимность нормативного вменения здесь основывается на единообразии метода толкования права и сведении к минимуму личного усмотрения, что обеспечивает своего рода автоматизм функционирования

⁵⁵ *Kennedy D. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought // Hastings Law Journal. 2004. Vol.55. P. 1042.*

права. Судья как функционер, обладающий монополией на применение этого специфического метода толкования, по Веберу, является типичным чиновником (бюрократом), коль скоро бюрократический тип управления характеризует «точность, стабильность, строгая дисциплина, надежность и предсказуемость [...], универсальная применимость для решения любых задач и неисчерпаемые возможности для чисто *технического* совершенствования»⁵⁶.

Согласно и Веберу, и Кельзену именно реализация «возможностей для технического совершенствования» является важнейшей задачей судейского корпуса. Применительно к каждому отдельному случаю, эта задача решается такой интерпретацией общей нормы, которая максимально отвечала бы тому смыслу, какой был вложен в неё законодателем. Но если Кельзен обосновывал столь жёсткое ограничение деятельности судей требованием обеспечить не выходящее за рамки сугубо юридической целесообразности «чистое правоприменение», то Вебер тому же типу правовой рациональности находит более общее, философско-историческое обоснование. В его трактовке правовая рациональность являет собой частный случай формальной рациональности как неотъемлемой составляющей бюрократического типа управления, поскольку последнее «означает господство через *знание*, в этом заключается его специфически рациональная основа»⁵⁷. В свою очередь, «развитие союзов во *всех* областях (государство, церковь, армия, партия, предприятие [...]), тождественно развитию и постоянному прирастанию *бюрократического* управления; именно его возникновение стало, например, зародышевой клеткой современного западного государства»⁵⁸.

⁵⁶ Там же.

⁵⁷ Вебер М. Хозяйство и общество. Очерки понимающей социологии. Т.1. Социология / сост., общ. ред и предисл. Л.Г.Ионина. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2016. С.263.

⁵⁸ Там же. С.261.

Известно, что, по Веберу, бюрократическое управление, или, иначе, «легальное господство» является необходимым фактором развития капитализма. «Потребность в постоянном, строгом, интенсивном и *просчитываемом* управлении, которое исторически создал (и не мог бы без него существовать) капитализм [...], обуславливает судьбоносность бюрократии как сердцевины *любого* массового управления»⁵⁹. Значимость этих факторов подчеркивается Вебером также и в определении формальной рациональности, характеризующей общий принцип функционирования бюрократии: «под *формальной* рациональностью понимается мера *расчетов*, доступных хозяйствованию технически и применяемых в нем фактически»⁶⁰. Однако наиболее наглядно эти установки проявляются именно в сфере права, поскольку функционирование капиталистического предприятия предполагает гарантированное обеспечение правовой защиты экономических интересов и существенным образом зависит от единообразия в правоприменении. Эти соображения ещё раз указывают на неслучайный характер утверждения «логически формальной рациональности» в системе права, отвечающей общему духу формальной рациональности бюрократии капиталистического общества.

Здесь, однако, следует отметить, что веберовская трактовка необходимого соответствия между целерациональностью как доминирующим типом мотивации в капиталистическом обществе и «логической формальной рациональностью» как принципом организации его правовой системы не является единственно возможной. Так, американский правовед Дэвид Трубек (David Trubek) полагает, что Вебер неправоммерно рассматривает принцип формальной рациональности, присущий лишь романо-германской правовой системе, в качестве общего принципа западного права⁶¹. В пользу недостаточной корректности подобного

⁵⁹ Там же. С.262.

⁶⁰ Там же. С.133.

⁶¹ *Trubek D. Max Weber on Law and the Rise of Capitalism // Wisconsin Law Review. 1972. No. 3. P. 720-752.*

обобщения свидетельствует также и работа одного из классиков институциональной экономики Джона Коммонса «Правовые основания капитализма»⁶², где то же самое необходимое соответствие между системой правовых установлений и общей логикой функционирования капиталистического хозяйства демонстрируется на примере англо-американской системы прецедентного права с доминирующим в ней принципом судейского усмотрения.

Тем не менее, несмотря на столь существенные различия между этими двумя правовыми системами, сложно отрицать тот факт, что самое закрепление принципов рационального юридического вменения обоих типов было в значительной мере связано со стремлением обеспечить защиту и реализацию наиболее значимых социальных интересов. Как уже было сказано, согласно Веберу, основным содержанием этих интересов, является обеспечение возможности устойчивого функционирования рационально организованного (а значит, капиталистического) хозяйства. Здесь стоит напомнить, что понимание рациональности у Вебера тесно связано с его общей концепцией действия, где в качестве специфицирующего признака выделяется «субъективно полагаемый смысл». Далее выявляются и классифицируются четыре основных «идеальных типа» смыслов, которые ориентируют и направляют действия людей.

В свете такого подхода дополнительно встаёт задача выявления механизма, посредством которого рациональность отдельных индивидов приводится в соответствие с общей логикой развития капиталистического общества в целом. Действие этого механизма может быть продемонстрировано по принципу «от обратного». Так, Юн Эльстер, один из современных классиков теории рационального выбора, анализируя веберовское представление о рациональном действии, указывает, что

⁶² *Коммонс Дж.Р.* Правовые основания капитализма / пер. с англ. А. Апполонова, А.Маркова; под общ.ред. М.Одинцовой. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2011. 416с.

основными «угрозами» здесь являются возможная иррациональность и неопределенность (indeterminacy) индивидуальных убеждений (belief), которые зачастую направляют действия конкретных людей⁶³. Однако присущая капиталистическому хозяйству «материальная рациональность» как раз и оказывается тем инструментом, который позволяет скорректировать отклонения в индивидуальной мотивации.

Кроме того, на этом пути открывается возможность выявить соответствия между формальной (по сути, технической) рациональностью бюрократии и целевой обусловленностью (рациональностью) тех институтов, управление которыми она осуществляет. Вебер, оппонируя в этом вопросе Марксу, отказывался признавать роль предзаданных экономически обусловленных классовых интересов, которые являлись бы основой для всякого индивидуального смыслополагания. В его анализе место объективно обусловленного классового интереса в качестве своего рода функциональной замены занимает понятие *материальной рациональности* (substantive rationality).

«Материальной рациональностью [...] считается степень, в которой снабжение определенных (любых по составу) человеческих *групп* как экономически ориентированное *социальное действие регулируется ценностными постулатами (все равно, какими именно)*, согласно которым судили, судят или могут судить об этих группах»⁶⁴. Существенно, однако, что сами эти «ценностные постулаты» формируются не внутри групп, но в некотором смысле, являются для них объективно предзаданными. Так, например, Вебер утверждает, что «... главной путеводной звездой рационального поведения в области управления является специфичная для общества модерна и объективная по сути идея *raison d'etat*

⁶³ Elster J. Rationality, Economy, and Society // The Cambridge Companion to Weber / Ed. by S. Turner. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. P. 31.

⁶⁴ Вебер М. Хозяйство и общество. Очерки понимающей социологии. Т.1. Социология / сост., общ.ред и предисл. Л.Г.Ионина. М.:Изд. дом Высшей школы экономики, 2016. С.133.

(“государственный интерес”))⁶⁵. Согласно Веберу, именно этот интерес, в значительной мере предопределяет рациональный выбор (смыслополагание в действии), совершаемый людьми сообразно с принципами и правилами, установленными внутри институтов власти (праву здесь принадлежит важнейшая роль). Материальная рациональность, формируя целевую предзаданность социальных институтов, выражает себя главным образом через понятия долга и нормы, обеспеченной санкциями. Таким образом размечаются границы допустимого и недопустимого и задаются векторы рационального поведения отдельных индивидов. Тем самым, именно материальная рациональность задаёт принципы формальной рациональности, а эти последние, в свою очередь полагаются в основание совокупности правил и инструкций, которые функционируют в каждой из областей человеческой деятельности. «Экономика, право, бюрократическая система являются материально рациональными тогда, когда они ориентированы на достижение желанного для общества блага».⁶⁶

Из сказанного видно, что понятие материальной рациональности имеет колоссальное значение при рассмотрении проблемы рациональности в праве. Как уже отмечалось, концепция «материальной рациональности» как предпосылки рациональности формальной, существенно расширяет наши представления о факторах, влияющих на мотивацию судей в процессе правоприменения. «Материальная рациональность ... предполагает, что на решение юридических вопросов существенное влияние оказывают нормы, отличные от тех, что получены в результате логического обобщения абстрактных принципов юридической интерпретации. Материальная рациональность требует учета по преимуществу (*accords predominance*) этических императивов, утилитарных и прочих эмпирических правил,

⁶⁵ Weber M. *Economy and Society: An Outline of Interpretative Sociology* / Ed. by G.Roth, C.Wittich. Berkley: University of California Press, 1968. P.979.

⁶⁶ Elster J. *Rationality, Economy, and Society // The Cambridge Companion to Weber* / Ed. by S.Turner. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. P. 23.

политических максим, которые в целом расходятся с установками формализма, [...] апеллирующего к логическим абстракциям»⁶⁷.

Анализируя функционирование сферы права, Данкан Кеннеди утверждает, что «...субъект в праве следует принципам материальной рациональности тогда, когда он определяет совокупность общественно-значимых приоритетов, или совокупность политических целей законодателя (ruler) и применяя нормы так, чтобы максимизировать реализацию этих целей в приложении к конкретным обстоятельствам (situation-sensitive balancing test)»⁶⁸. В этой связи особый акцент делается на том, что правоприменение в немалой мере мотивируется внеюридическими соображениями.

В более широком плане исследование материальной рациональности связано у Вебера с изучением генеалогии юридических категорий – а именно, с социологической реконструкцией обстоятельств, способствовавших разработке и последующему формальному закреплению наиболее фундаментальных понятий в праве. Согласно его философско-исторической концепции, конкретные формы такого закрепления являются случайными, а вовсе не закономерными (в этом понимании Вебер вновь решительно противостоит Марксу). Здесь, как и во всех прочих сферах общественной жизни (религии, науке, экономике и проч.), наблюдаемая исследователем картина объясняется через понятие *констелляции* – уникального для того или иного общества сочетания исторических факторов, которые обуславливают формирование определённого образа действий индивидов.

Так, например, на формирование позитивного права на Западе оказал большое влияние процесс рационализации внутри католической церкви – становление церковной бюрократии, чья функция заключалась в унификации

⁶⁷ Weber M. Max Weber on Law in Economy and Society 1/ Ed., transl. by M.Rheinstein, transl. by E.Shils. Harvard University Press, 1954. P.63-64. Цит. по: Kennedy D. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought // Hastings Law Journal. 2004. Vol.55. P. 1041.

⁶⁸ Kennedy D. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought // Hastings Law Journal. 2004. Vol. 55. P. 1041.

и стандартизации применения канонического права⁶⁹. В дальнейшем нарастающая рационализация религиозных представлений и практик, переломным моментом которой стала Реформация, привела к делегитимации представлений о божественной природе власти и абсолютной монархии как единственно правильной политической формы. Кризис легитимности монархии и события череды буржуазных революций в Европе, способствовали утверждению деперсонифицированной модели власти, в основе которой лежит представление о народном суверенитете. Изменение модели власти потребовало изменения формы правовой регуляции – а именно, формирования позитивного права, где управление осуществляется от имени «всеобщей воли», а не от лица монарха как проводника воли Бога. Ценностные установки естественного права в «обмирщенном» виде стали своего рода условием легитимности права позитивного: воля законодателя в пределах своем легитимна настолько, насколько она не противоречит фундаментальным представлениям о человеке и его неотъемлемых правах⁷⁰. В современном позитивном праве этот принцип срабатывает на уровне деклараций, конвенций и основоположений демократических конституций – т.е. на уровне тех правовых документов, которые имеют высшую регулятивную силу в отношении остального правового корпуса.

Однако материальная рациональность не исчерпывается ценностными приоритетами естественного права. Материальная рациональность, фундируя целевую обусловленность правоприменения, вбирает в себя и определенные экономические нормативные установки. «Экономические факторы имеют некоторое влияние [на становление формальной рациональности – *Л.Т.*]: определенная рационализация экономического поведения, основанная на таких понятиях, как рыночная экономика, свобода сделок и проч., и следующее отсюда осознание нарастающих столкновений интересов,

⁶⁹ Берман Г.-Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М.: Инфра-М, Изд-во МГУ, 1998. 624с.

⁷⁰ *Berman H.J., Reid C.J.* Max Weber as Legal Historian // *The Cambridge Companion to Weber* / Ed. by S.Turner. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. P. 223-239.

которые должны иметь правовое разрешение, повлияло на систематизацию права [...]»⁷¹. Иными словами, правила, определяющие принципы формальной рациональности в праве, отражают также объективный экономический интерес, коль скоро право формулирует общеобязательные требования к осуществлению экономической деятельности. Таким образом, материальная рациональность в праве включает как ценностно-рациональные, так и целерациональные аспекты.

Из всего сказанного следует, что концепция материальной рациональности позволяет выявить социальную обоснованность содержания правовых норм, а также объяснить принудительный характер правоприменения. Именно она лежит в основе легитимации формальной рациональности. Однако же здесь стоит сделать особый акцент на том, что, по Веберу, материальная рациональность, ставшая основой надстраиваемой над ней рациональности формальной, утрачивает собственное регулятивное значение. Это значит, что внеюрídические соображения не могут и не должны напрямую мотивировать правоприменение – их действие сказывается лишь опосредованно, через формы собственно правовые.

2.1.2. Социальные основы «материализации» рациональности в современном праве

Показав ключевое значение формальной рациональности в становлении общества модерна, Вебер в дальнейшем своём исследовании вынужден был признать, что эта форма рациональности со временем претерпевает саморазрушение или – по меньшей мере – радикальную трансформацию. Общая направленность этого процесса характеризуется немецким социологом как «тенденция к иррационализации». Так, в религии

⁷¹ Weber M. Economy and Society: An Outline of Interpretative Sociology / Ed. by G.Roth, C.Wittich. Berkley: University of California Press, 1968. P.654-655. Цит. по: Kennedy D. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought // Hastings Law Journal. 2004. Vol. 55. P. 1045.

последовательный процесс рационализации веры не привел к полному исчезновению религиозного мистицизма и сектантства, а, наоборот, в некотором смысле, упрочил их позиции. В науке развитие университетов как, главным образом, бюрократических структур не может дать исчерпывающего объяснения развитию научных представлений, коль скоро прогресс науки в значительной мере обусловлен появлением гениальных умов (обладателей «внеобыденного дара», харизмы), способных пересматривать утвердившиеся представления и этим способствовать совершению научной революции. В экономике «иррациональная» максимизация риска, обусловленная необходимостью создания новых областей спроса для получения конкурентных преимуществ, требует прозорливости и предпринимательского чутья. Формализация политического администрирования, создание «штаба» (аппарата чиновников) не привели к полной девальвации харизматического типа господства. Напротив, всякая политическая неудача «штаба» расценивалась как свидетельство преимуществ единоличного политического управления, построенного на принципе абсолютной легитимности и неограниченной силы персонального властного решения (так называемый «децизионизм»). В праве проявление этой тенденции Веберу виделось, в частности, в возрождении естественно-правового подхода, а также в обращении к политическому анализу права⁷². Эти тенденции в некотором смысле знаменовали возвращение самостоятельного значения материальной рациональности (особенно заметного как раз в сферах политики и права), что могло представлять существенную угрозу для рациональности формальной.

⁷² Стоит отметить, что Вебер предугадал некоторые значимые тенденции в будущем развитии философско-правовой мысли, ведь именно обращение к естественному праву характеризовало мысль Л.Штрауса, а политический анализ права был ярко представлен в работах К.Шмитта. В американской правовой мысли в этой связи стоит отметить Л.Фуллера и его работу «Мораль права», а также проект так называемой «интегративной юриспруденции» (integrative jurisprudence), в рамках которого была предпринята попытка разработать целостную правовую теорию на основе объединения принципов правового позитивизма и естественного права.

Подобный поворот в правовой мысли, сказавшийся и в правовой практике, имел объективные причины. Большинство этого рода изменений объяснялось ощутимой динамизацией капиталистической экономики, что, в частности, проявлялось во все более частых столкновениях экономических интересов и нарастании конфликтных ситуаций. Не отвечая в достаточной мере требованию необходимой в создавшихся условиях гибкой правовой регуляции, судебная практика тем самым выявляла заметные лакуны в законодательстве. Подобные лакуны неизбежно компенсировались субъективным усмотрением судей, которое могло быть в том числе и политически мотивированным. Сам же Макс Вебер, разделяя в этом плане позиции правоведов-позитивистов, полагал, что прямое включение экономических и политических мотивов в процесс правоприменения опасно чрезмерной идеологизацией как правовых установлений, так и процедур судопроизводства.

Однако признавая, что идеологическая ангажированность в той или иной мере свойственна всякой нормативной системе, следует более четко обрисовать конструктивную функцию внеюридической (политической/экономической) компоненты правовой рациональности. Ведь критикуемая Вебером политическая мотивация судебных решений не всегда тождественна предвзятости (партийной ангажированности, открытой или завуалированной) – она может свидетельствовать и о стремлении судьи выполнить определенного рода обязательства перед обществом в целом. В этом случае этот аспект юридической мотивации стоит трактовать не через узкое определение политического (как служение политическим интересам той или иной небольшой социальной группы), а в опоре на целостное представление о сущности политики как формы деятельности, в которой формулируются стратегические цели общества и определяются способы их реализации. Подобное широкое понимание сути политического отнюдь не противоречит идее легитимности правоприменения, а напротив, даже обогащает ее важными смыслами. Ведь и сам Вебер признавал, что

содержание правовых норм в пределе своем обосновывается необходимостью решения важнейших общественных задач с помощью нормативной регуляции социального поведения. А потому политическая мотивация судей при правильном – широком – понимании сути политического никоим образом не разрушает идеал «чистоты» правоприменения.

Помимо прочего, в защиту этой идеи можно найти любопытные иллюстрации из истории права. Так, некоторые правоведы и историки права, считают, что введение в XIX в. в американское деликтное право⁷³ понятия халатности (negligence) как альтернативы английскому принципу прямой ответственности (strict liability) как единственной юридической формы вины было во многом мотивировано идеологически. В английском обычном праве, которое является основой американской правовой системы, всякое причинение вреда ранее подвергалось наказанию по принципу прямой ответственности без учета специфики вины: для доказательства виновности человека было достаточно установить, что вред был нанесен и его фактической причиной были именно действия этого человека. При этом не уточнялся характер намерений и специфика обстоятельств, сопутствовавших причинению вреда. В XIX в. американское деликтное право благодаря решению конкретных судей в нью-йоркском и массачусетском судах, а также действию принципа прецедента постепенно ограничило применение прямой ответственности небольшим числом особых ситуаций, потребовав от истца доказательств вины ответчика. А в самой классификации вины отныне учитывалась халатность - ненамеренное нанесение вреда другому человеку или его собственности вследствие неосторожности (неблагоразумия). Теперь на истце лежало бремя доказательства халатности (если речь не идет о злом умысле) или отсутствия таковой в действиях ответчика; ранее же для признания виновности достаточно было самого факта причинения вреда.

⁷³ Деликтное право (tort law) регулирует обстоятельства, возникшие в результате причинения вреда.

Подобная трансформация понятия вины в деликтном праве во многом мотивирована интересами капиталистического развития - а именно, созданием более мягкого «правового климата» для поощрения предпринимательства и инноваций. Очевидно, что технологический прогресс зачастую связан со значительным риском и даже с угрозой жизни людей на этапе апробации тех или иных инноваций. Однако общество (и суд как олицетворение общественной воли) всякий раз вынуждено взвешивать на чаше весов ценности безопасности и технологического развития – и выбор далеко не всегда должен автоматически делаться в пользу первой. Скажем, клиническое испытание лекарств сопряжено с возможным риском для здоровья испытуемых, однако ожидаемая общественная польза в случае успешности этих испытаний требует принятия этого обстоятельства (здесь, правда, требуется существенная юридическая детализация меры оправданности риска). В противном случае ценой безопасности может оказаться технологическая стагнация, которая, что наиболее вероятно, также повлечет новые социальные угрозы.

Подводя итоги этой части работы, отметим, что вторжение соображений политической и экономической целесообразности в юридическую рациональность, с одной стороны, представляет несомненную угрозу для правоприменения, поскольку может превратить суд в инструмент лоббирования частных интересов. Однако же более широкий взгляд на суть и социальное назначение правоприменения в современном, быстро изменяющемся мире, по-видимому, меняет облик логически формальной рациональности и требует признания более весомого значения рациональности материальной. Здесь стоит отметить, что едва ли речь идет о замещении одной формы рациональности на другую; сложно представить, что формальная рациональность права и принцип деперсонифицированности правовой регуляции, который ею поддерживается, в современном мире может быть полностью замещен принципом «ручного управления» процессами правоприменения. Социальный авторитет и легитимность права

и правоприменения в наши дни зиждется именно на идее воплощенной в законе общей воли, которая выше воли конкретных носителей власти и служителей закона. Идея автономии права и объективного характера правовых установлений является чрезвычайно значимым основанием социального порядка в современном мире. В силу этого здесь следует говорить скорее о радикальной трансформации – а именно, большей детализации и спецификации – правовых норм, с учетом нарастающей сложности тех социальных отношений, которые они должны регулировать. И потому чрезвычайно важно, чтобы право было современным и соответствовало духу времени, а не чинило излишние препятствия на пути общественного развития. В этой связи примечательно, что осуществлять «материализацию» формальной рациональности (обеспечивать соответствие между юридическими и внеюридическими ценностями) едва ли смогут веберовские судьи-бюрократы, которые должны автоматически следовать уже установленным нормам. Ведь главным отличием бюрократа является отсутствие критической рефлексии по поводу содержания и меры эффективности тех норм и правил, которым он должен реализовывать. Однако же и избыточное доверие индивидуальному усмотрению судей, как было сказано в разделе об американском правовом реализме, может привести к легитимации субъективистской трактовки норм и, тем самым, расшатать принцип деперсонифицированной правовой регуляции.

Принимая во внимание рассмотренные соображения, можно, тем не менее, признать, что именно предложенное Вебером разделение двух аспектов рациональности позволяет снять противоречие между сторонниками формализма и реализма в теории права и увидеть их позиции как взаимодополнительные. В этой связи требуется некий компромисс, позволяющий сбалансировать узкоспециальные аспекты юридического мышления (логически формальную рациональность) с внеюридическими факторами мотивации правоприменения (материальная рациональность). Как представляется, этот компромисс, в первую очередь, должен быть достигнут

на уровне теоретического обоснования – т.е. на уровне выработки адекватной модели взаимодействия двух ключевых составляющих юридической рациональности. Подобная модель могла бы не только описать актуальные тенденции в правоприменении, но и стать своего рода эталоном для оценки равновесия между формальной и материальной рациональностью конкретных судебных решений. Выработка такой практико-ориентированной модели в науке о праве существенно затруднена разнообразием правовых систем и правовых культур. Тем не менее, на теоретическом уровне механизм взаимного соотношения этих двух аспектов рациональности в праве представляет несомненный интерес. А потому дальнейшее исследование проблемы рациональности в праве должно быть направлено на поиск адекватного языка описания такого соотношения.

2.2. Рациональность как системное свойство права: подход Н. Лумана

2.2.1. Общие положения системной теории Н. Лумана в ее связи с анализом права

Проведенный в первом разделе диссертации анализ показал, что многие философские концепции, ориентированные на исследование проблем нормативности и возможностей (механизмов) социальной регуляции, вынуждены так или иначе прибегнуть к определенным этическим и антропологическим допущениям, чтобы укрепить выстраиваемую ими теоретическую конструкцию и обосновать действенность предложенного подхода. Однако именно эти допущения зачастую оказываются наиболее уязвимыми положениями таких концепций, поскольку они, как правило, апеллируют к мнимой очевидности и формулируются *ad hoc*, не имея под собой каких-либо верифицируемых оснований. Очевидно, что здесь мы сталкиваемся с существенной методологической проблемой – как для философии права, так и более широко – для всего комплекса социальных наук. Решение этой проблемы, как представляется, могло быть найдено либо в экспликации наиболее убедительной позиции по вопросу о природе человека и, в частности, присущей ему рациональности, либо же на путях макросоциологического подхода к проблемам нормативности и социальной регуляции, позволяющего обойтись без предположения об особых свойствах индивидов. Обе эти возможности нашли реализацию в теории права второй половины XX – начала XXI веков, во многом определив вектор осмысления всего спектра фундаментальных философско-правовых проблем, связанных с основаниями юридической рациональности, обоснованием права и объяснением условий действенности нормативно-правового вменения. С точки зрения интересующей нас проблемы поиска оснований юридической рациональности, известный интерес представляет учение о праве немецкого социолога Никласа Лумана.

Своеобразие подхода, предложенного Луманом, заключается в выведении вопросов, связанных с проблемой рациональности субъекта (в том числе, субъекта, действующего в правовом пространстве), за рамки выстроенной им теории. Сам Луман характеризовал свою теорию общества, частью которой является и системная теория права, как «радикально антигуманистическую». «Антигуманизм» Лумана во многом является следствием общего разочарования, связанного с поисками прочных оснований практической рациональности индивидуального субъекта. В общем виде эту идею выразил Ю. Хабермас в предисловии к своей работе по коммуникативной философии права: «...ни в телеологии истории, ни в природе человека не может быть отыскано содержание практического разума, с тех пор как философские основания идеи познающего субъекта были разрушены; мы также не можем обосновать соответствующее содержание случайными отсылками к «счастливым» историям и традициям. Это обстоятельство объясняет привлекательность единственно оставшейся возможности – дерзкого отказа от разума как такового, будь то в форме пост-ницшеанской критики разума или в рамках более трезвого системного функционализма, который нейтрализует все, что, с точки зрения индивидуальной перспективы, принимается как обязательное или значимое»⁷⁴ Концепция Лумана, бесспорно, не является прямым продолжением структурно-функционального анализа Т. Парсонса; оригинальность и революционность социологического воображения Лумана делают эту (как и всякую другую) историко-философскую атрибуцию крайне затруднительной. Однако же, при всем своеобразии, немецкий социолог, принимая принципы системного анализа, тем самым отказывается принять идею о конститутивной роли рационального субъекта в объяснении природы социальной нормативности. Эта идея, как известно, восходит к неокантианству и, главным образом, к типологии социального действия

⁷⁴ *Habermas J. Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1996. P. 3.*

М.Вебера. Радикальный разрыв Лумана с идеей суверенного индивида, или индивидуального сознания, происходит уже на самом фундаментальном для его теории уровне определения понятия коммуникации. «Под коммуникацией Луман понимает не передачу некоего смыслового содержания от одного индивида к другому или от передатчика к приемнику, а “...некое исторически-конкретно протекающее, зависимое от контекста событие”. [...] Коммуникация является операцией, в которой происходит перераспределение знания и незнания, а не связь или передача информации»⁷⁵.

Единственным агентом коммуникации для Лумана является общество, которое через коммуникацию воссоздает само себя. Общество, по Луману, представляет собой автопойетическую систему, т.е. систему, способную к структурному самовоспроизводству за счёт способности избирательного реагирования на воздействия окружающей среды. Эта система, в свою очередь, состоит из множественных автопойетических субсистем, которым, как и обществу в целом, свойственна «оперативная замкнутость». Последнее свойство, как известно, обозначает характерные для данной системы способы самовоспроизводства. Здесь существенно, что, стремясь описать характерные для каждой из систем способы автопойетезиса, Луман пытается заглянуть в «черный ящик» и понять механизмы, посредством которых система осуществляет выбор («селекцию») в ответ на сигналы тревоги, возникающие внутри. Эта особенность отличает подход Лумана от, скажем, сугубо «кибернетического» описания политической системы, предложенного американским политологом Д.Истоном, где политическая система предстает «черным ящиком», судить о функционировании которого можно лишь по косвенным признакам – по тому, какой «исход» (output) он выдает, реагируя на соответствующие «раздражающие» воздействия (input), поступающие

⁷⁵ Назарчук А.В. Теории коммуникации в современной философии. М.: Прогресс-Традиция, 2009. С.113.

извне ⁷⁶ . Напротив, для Лумана сам тезис о непосредственном взаимодействии системы со средой является крайне проблематичным.

Дело в том, что способность к автономии и конструированию границ, отделяющих систему от внешнего окружения, является одним из ее фундаментальных свойств. Устанавливая границы, система создает условие для выборки тех коммуникативных стимулов («информации» и «сообщений»), которые могут представлять для нее интерес и инициировать определенные операции. Иными словами, отнюдь не адаптация к внешним вызовам является условием выживания системы. Луман полагает, что адаптация как эволюционный процесс приспособления системы к внешним условиям ее существования вообще не является задачей систем. Ведь адаптация так или иначе подразумевает «знание» специфики внешней среды, в то время как лумановские системы благодаря своей изоляции не имеют доступа к окружению и потому не могут обладать таким «знанием». Под адаптацией, как уточняет Луман, может подразумеваться лишь усложнение структурной композиции самой системы, ее нарастающая внутренняя дифференциация, которая позволяет компенсировать неизвестность окружающего мира благодаря избытку возможностей для ответа на возникающие раздражения («ирритации»). Между тем, принципиально важно то, что ответом здесь будет не результат некоего обращения вовне (в окружающую среду), а самореферентная (автопоietetическая) реакция системы. Система всякий раз имеет дело только с самой собой. Даже «шоковое» (информационное) воздействие на систему, которое является совершенно неожиданным для системы и предполагает изменение операций внутри нее, рассматривается Луманом как «определение к самоопределению» ⁷⁷, т.е. как внутренний процесс в системе. Немецкий социолог называет такую закрытость системы «оперативной замкнутостью».

⁷⁶ Подчеркнём, что в данном случае речь идёт о различии в подходах к объяснению присущей системам общей способности к избирательному реагированию – в отвлечении от вопроса о качественном своеобразии политических и правовых систем.

⁷⁷ *Luhmann N. Gesellschaft der Gesellschaft. Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1998. P.103*

Оперативная замкнутость системы подразумевает, в первую очередь, полную автономию ее функционирования. Наиболее фундаментальным выражением этой автономии является то, что процесс распознавания системой того или иного события в качестве «своего» производится исключительно благодаря самоопределению системы. Как именно происходит это самоопределение? Всякое воздействие, исходящее из окружения системы, проходит через своеобразный фильтр, который представляет собой так называемый «бинарный код». Луман дает следующее определение бинарному коду: «Под кодом мы будем понимать такую структуру, которая для каждого произвольного элемента в пределах своей области релевантности может найти и упорядочить другой дополнительный элемент»⁷⁸. Система, по Луману, производит упрощение воздействий (так называемую «редукцию комплексности»), упорядочивая их благодаря бинарному коду. Релевантными являются лишь те воздействия, что подходят под установленную кодировку, либо же те, что должны подходить, однако система не может распознать, какой именно стороне оппозиции их следует атрибутировать (в таком случае система имеет дело с «парадоксом»). В случае с правовой системой бинарным кодом является оппозиция «правовое/неправовое», а оперативная замкнутость специфицируется как *нормативная замкнутость*, поскольку «только норма решает, имеют ли конкретные факты правовую значимость или нет»⁷⁹.

Специфическая особенность права заключается в том, что правовая система вынужденно пребывает на границе должного и сущего. Право выполняет нормативную функцию, формулируя общеобязательные правила взаимодействий между людьми. На этом уровне функционирование правовой системы должно оставаться полностью автономным. Это означает, что в процесс выработки правовых норм и осуществления нормативной функции

⁷⁸ Луман Н. Власть. М.:Праксис, 2001. С.54.

⁷⁹ Luhmann N. The Self-Reproduction of Law and its Limits // Dilemmas of Law in the Welfare State / Ed. by G.Teubner. Berlin: Walter De Gruyter, 1986. P. 113.

не может вмешиваться никакая другая система (в первую очередь, политическая). Луман уточняет, что «понятие автопойетической закрытости означает, главным образом, то, что обращение системы к своим собственным операциям, являющимся, в свою очередь, результатом ее предшествующих операций, есть неотъемлемый элемент воспроизводства системы»⁸⁰. Иными словами, ресурсом самоподдержания системы является совокупность ее собственных операций, которая обеспечивает темпоральное единство функционирования системы и предсказуемость направления ее развития. Очевидно, что идея автопойезиса, помимо прочего, выражает условия *стабильности* системы, что в применении к правовой системе обретает особый смысл. Специфической функцией права немецкий социолог видит «формирование коммуникативных ожиданий по поводу того, что должно (ought to) случиться»⁸¹.

Подобная формулировка может показаться не вполне убедительной, коль скоро функцию «формирования коммуникативных ожиданий» можно приписать всякой нормативной системе, а не только праву. Социокультурная специфика различных сообществ на этапах их истории отражает, в том числе, и разную степень общественного авторитета той или иной нормативной системы (морали, права или религии), в зависимости от чего будет различаться и мера их воздействия на регуляцию коммуникативных ожиданий. Однако же, справедливости ради стоит отметить, что системная теория Лумана (по его собственному признанию) ориентирована, главным образом, на описание и объяснение реалий современного ему капиталистического Запада, где именно позитивное право благодаря принципу юридической ответственности очерчивает общезначимый горизонт нормативных ожиданий. Никакая иная нормативная система в современном обществе не может столь же эффективно обеспечивать эту функцию так, как

⁸⁰ *Luhmann N. Closure and openness: On reality in the world of law // Teubner G. (ed.). Autopoietic law: A new approach to law and society. Berlin: Walter de Gruyter, 1988. P. 336.*

⁸¹ *Luhmann N. The Function of Law // Luhmann N. Law as a Social System. Oxford: Oxford University Press, 2004. P. 142-172.*

это делает правовая система. Многообразие религиозных форм, идейный плюрализм, невозможность и нежелательность непогрешимой, а потому репрессивной, системы моральных догм выражают ценность единства в различии, где основу единства задает именно правовая система, построенная на принципе формального равенства. Эта специфическая особенность права стала результатом длительного общеисторического процесса, течение которого требовало нарастающей функциональной «дифференциации» социальных институтов, установления все более явных и жестких границ между системами внутри суперсистемы общества. Мера функциональной обособленности (специализации) отдельных систем предстает здесь едва ли не определяющим критерием эволюционной динамики общества, которая выражается в нарастающей сложности его устройства.

Стоит ли уточнять, что, скажем, проблема моральной оценки правовых норм признается заведомо некорректной, поскольку система морали обладает автономией и собственным «бинарным кодом», который полностью отличен от кода правовой системы? Процесс выработки правовых норм, оценка их легитимности и действительности, их применение остаются внутренним делом правовой системы. Требование нормативной закрытости системы является условием ее успешного самовоспроизводства. Под «нормативной закрытостью» Луман, по-видимому, имеет в виду в том числе и то общепризнанное соображение, что единственным основанием и предпосылкой всех коммуникаций в системе права является совокупность позитивных норм. Никакие иные нормативные основания, существующие в рамках других систем (в религии, морали, науке и проч.), не могут лежать в основе коммуникаций в системе права. Прямым нарушением этого принципа будет, скажем, судебный приговор человеку за отрицание существования бога. Разумеется, такой приговор является заведомо неправосудным до тех пор, пока не будет законодательно закреплена соответствующая норма. Это очевидное для современных правоведов соображение Луман полностью разделяет с господствующими представлениями юридических позитивистов,

которые ограничивают понятие права совокупностью действующих норм. Однако подход Лумана позволяет компенсировать одну из лакун в правовом позитивизме, поскольку он не ограничивается представлением о нормативной закрытости правовой системы. Не менее значимым условием здесь является и *когнитивная открытость*, или, как говорит Луман, способность системы «учиться у окружающей среды»⁸². Социолог считает, что «правовая система является открытой для когнитивной информации, но закрытой для нормативного контроля»⁸³.

Эта идея представляется чрезвычайно значимой, поскольку в ней заключается альтернативное решение той теоретической трудности в обосновании права, с которой сталкивался юридический позитивизм. Эта трудность - в неспособности позитивизма дать последовательное объяснение структурным и содержательным изменениям в системе правовых норм. Дело в том, что наиболее последовательное (с точки зрения теоретических установок юридического позитивизма и, главным образом, идеи борьбы за «чистоту» права) объяснение предполагает необходимость признания за правом способности к самокоррекции. Причем, процесс самокоррекции должен быть наиболее легитимным в том случае, если он исключает какое-либо внешнее волевое вмешательство. Иными словами, это – самокоррекция без непосредственного участия человека, поскольку неминуемые субъективные привнесения так или иначе вредят идее «чистого» правоприменения. Последнее, в пределе своем, должно представлять своего рода *эманацию* нормы, ее неискаженную актуализацию в мире сущего. Эту идею отличает несомненное интеллектуальное изящество, однако ее реализация в мире, где в правоприменении участвуют люди, а не только идеальные структуры, всегда представлялась крайне затруднительной.

В этой связи любопытно, что логика построения системной теории Лумана предполагает возможность такой самокоррекции. И именно понятие

⁸² Там же. С.117

⁸³ Там же. С.113

«когнитивной открытости» призвано обосновать ее возможность. Как уже было сказано, Луман полностью отрицает факт адаптации системы под требования окружающей среды, отстаивая принцип автопойезиса. Однако же здравый смысл не позволяет утверждать и наличие обратной ситуации – полную герметичность систем, отсутствие каких бы то ни было способов их взаимодействия с окружающей средой и получения информации из нее. Луман полагает, что «система контролирует окружающую среду, которая является операционально недоступной для нее, посредством уточнения своих собственных операций, используя для этого бинарный код, который фиксирует согласие или несогласие [системы включать операции в число релевантных для нее – Л.Т.]»⁸⁴. Значение бинарного кода (напомню, что в случае с правом речь идет об оппозиции «правовое/неправовое») заключается в том, что он является главным средством установления границ правовой системы. Границы, в свою очередь, являются конститутивным элементом всякой системы, поскольку они строго фиксируют «возможные сочетания элементов», включенных в систему. И именно четкость и непоколебимость границ систем обеспечивает то их специфическое свойство *рекурсивности*, которое требует, чтобы все операции в системе проходили исключительно через отсылку к другим, уже совершённым, операциям этой системы. Иными словами, система не может «выдумывать» новые структурные композиции своих элементов; всякая совершающаяся операция внутри системы есть в той или иной мере репликация уже совершившихся операций в отношении к тем вновь случившимся обстоятельствам, которые были восприняты «из окружающего мира» посредством применения бинарного кода. В свете сказанного вполне правомерным представляется вопрос о том, каким же все-таки образом система (и в частности, правовая система) способна «уточнять собственные операции»? Луман, похоже, оставляет единственную возможность для ответа.

⁸⁴ *Luhmann N. Closure and openness: On reality in the world of law // Teubner G. (ed.). Autopoietic law: A new approach to law and society. Berlin: Walter de Gruyter, 1988. P. 336.*

2.2.2. Рациональность как свойство самоописания в наблюдении

Поскольку код представляет собой средство различения «своего» и «чужого», а событие может быть воспринято как «свое» только через отсылку к уже существующему, то «опыт» системы, мера разнообразия уже существующих в ней связей во многом определяют ее функциональные возможности, а именно – степень чувствительности системы к внешним раздражителям, а также широту спектра самих этих раздражителей. Иными словами, неизбежная информационная лакуна, существующая между системой и средой, может компенсироваться исключительно комплексностью системы. Здесь стоит отметить, что сложность правовой системы, по Луману, не должна иметь ничего общего с ее непредсказуемостью. В своем курсе лекций, посвященном общим положениям системной теории, Луман особым образом отмечает этот момент⁸⁵ и уточняет, что правовая система должна работать по принципу «тривиальной машины» фон Фёрстера, где определенной операции на «входе» всякий раз соответствует вполне определенная, заранее известная операция на «выходе». Так, в ходе выработки ответных реакций на раздражения система не должна принимать в учет текущие флуктуации в своем собственном состоянии – она должна учитывать лишь ранее принятые решения на сей счет. Именно это следует из требования оперативной замкнутости, которое предъявляется к системам. Например, оформляя бракоразводный процесс, суд не может решить не расторгать брак только на том единственном основании, что членам судейской коллегии надоело воспроизводить одни и те же «ответы» (решения) на одинаковые вызовы (бракоразводные дела) и они решили привнести разнообразие, отказав паре в разводе. Никакие случайные факторы, включая и собственно судейское усмотрение, не должны определять поведение правовой системы.

Это требование, следующее из положений системной теории Лумана, не является декларативным. Оно обеспечивает возможность осуществления

⁸⁵ Там же. С. 101.

правовой системой своей главной функции, о которой уже говорилось выше, - «формирование коммуникативных ожиданий по поводу того, что должно случиться». Очевидно, что отправление системой этой функции вплотную связано с устойчивостью ее самовоспроизводства, с реализацией тех ожиданий, которые существуют в отношении самой этой системы. Иными словами, правовая система должна функционировать достаточно стабильно (а значит, и предсказуемо), чтобы реализация этой ее задачи была возможна. Очевидно, что это замечание демонстрирует неприятие Луманом ранее озвученных доводов американского правового реализма в пользу приоритета судебного усмотрения. И хотя Луман не делает каких бы то ни было критических отсылок к традиции американского правового реализма, их концептуальные разногласия достаточно выражены. Любопытно, что в обоих случаях (и в концепции Лумана, и в АПР) речь идет о необходимости прогнозирования решений, принимаемых самой правовой системой или «от лица» правовой системы (в случае АПР). Однако же существенное различие между этими подходами заключается в том, что само свойство прогнозируемости в каждом случае рассматривается на разных уровнях. Немецкий социолог говорит о прогнозируемости как об эмерджентном свойстве правовой системы, которое, несмотря на отдельные отклонения, позволяет системе стабильно воспроизводиться.

В то же время правовые реалисты не считают возможным говорить о неких суммарных свойствах правовой системы, поскольку вообще не считают системность определяющей характеристикой права и правовых институтов. Реалисты, как было сказано ранее, полагают, что значимым в анализе права являются лишь те аспекты его функционирования, что являются непосредственно наблюдаемыми. Следуя этому допущению, они ограничивают сферу своего интереса областью «ситуативных исследований», ориентированных на выявление оснований профессиональной рациональности отдельно взятых судей. При этом возможность обобщения и экстраполяции знания, полученного в ходе такого исследования,

представляется крайне затруднительной. Правда, стоит заметить, что практикоориентированный характер программы правового реализма и не предполагает расширенных теоретических заключений. Целью подобного анализа, скорее, является обнаружение своего рода эмпирических закономерностей. Однако же правомерность подобных обобщений также вызывает вопросы, коль скоро реалисты уравнивают объективные (институционально определенные) требования, характеризующие профессиональную рациональность юристов, и ее вариативные (индивидуально значимые) составляющие. Поскольку последние варьируют в каждом отдельно взятом случае, то фактологические основания индуктивных обобщений здесь также представляются крайне ненадежными. Помимо этого, с точки зрения жестких требований воспроизводимости условий научных наблюдений, те выводы, которые получает правовед, не являются достаточно обоснованными. Ведь само наблюдение осуществляется не в условиях научной лаборатории, а в повседневном мире. Кроме того, современная эпистемология требует отбросить наивную веру в «чистого» (объективного и незаинтересованного) наблюдателя и обратить внимание на целый спектр социокультурных условий, опосредующих его познавательные акты. Вся совокупность подобных доводов позволяет заключить, что тот прогноз, который может быть получен правоведом-реалистом, основывается, главным образом, на интуиции, профессиональном опыте и здравом смысле наблюдателя. Этот вывод вполне соответствует общей радикально эмпиристской методологической установке американского правового реализма. Однако его признание едва ли не лишает значимости правоправедение как область знания и профессиональной деятельности, коль скоро достижение главной цели деятельности правоведов – предсказание судебного усмотрения – требует не столько специальных профессиональных навыков и знаний, сколько общей интуиции и жизненного опыта наблюдателя. Подобное заключение едва ли может считаться удовлетворительным. Ведь такой вывод может оправдывать не только

безоговорочное доверие «здравому смыслу» наблюдателя (правоведа), но и более радикальный шаг – полное и безоговорочное доверие «здравому смыслу» судьи. Ведь если правовые реалисты уравнивают в значимости специальные (профессиональные) и более общие свойства рациональности судей, то регулятивное значение, которое имеет правовой корпус и институционально оформленные процедуры правоприменения, перестает быть определяющим фактором судейской мотивации.

Теоретические трудности, решение которых искал правовой реализм, формулируя свою радикально эмпиристскую программу, во многом связаны с определением субъектных свойств носителей юридической рациональности. Практикоориентированный характер правоправедения заостряет проблему соотношения между теоретическим осмыслением проблемы рациональности и использованием этих моделей для решения прикладных задач, стоящих перед юристами. В более общем виде эта проблема формулируется как проблема перехода от *общего* к *особенному* и *индивидуальному*. Теоретическое осмысление юридической рациональности связано с формулировкой общих критериев самой этой рациональности, а значит, и с выстраиванием ее идеального образа. В то же время практика зачастую обнаруживает недостаточность таких моделей путем выявления значимых в каждом отдельном случае индивидуальных отклонений от заданного образца. Результатом здесь оказывается своеобразная дилемма, заставляющая правоведа сделать решительный выбор между логически последовательной, но достаточно неповоротливой моделью рациональности и существенным ограничением теоретических обобщений ради большей гибкости по отношению к эмпирическому разнообразию. Очевидно, что каждый из предложенных вариантов не является достаточным, а потому поставленная проблема требует поиска иных решений.

2.2.3. Наблюдатель как альтернатива субъекту

В этой связи крайне любопытным представляется альтернативный путь осмысления рациональности, предложенный Н. Луманом. В основании этого подхода лежит отказ от понятия субъекта в пользу понятия наблюдателя. Такая замена представляется оправданной в силу ряда причин. В первую очередь, за счет введения понятия наблюдателя Луману удастся избежать необоснованных допущений, связанных с наделением субъекта особым «внеобыденным даром». Как было показано выше, эти допущения являются важными предпосылками для обоснования юридической рациональности как в концепции Г. Кельзена, так и в АПР.

Примечательно, что немецкому социологу удастся избежать этой опасной ловушки, главным образом, благодаря жестко функционалистской трактовке понятия наблюдателя. Итак, «...наблюдение есть применение различия для обозначения одной стороны и необозначения другой».⁸⁶ Наблюдатель же – та инстанция, которая производит это различие. Уже это определение делает очевидным тот факт, что «наблюдатель – это не то же самое, что психическая система, не то же самое, что сознание»⁸⁷. Ведь если роль наблюдателя определяется функцией проведения различий, то в таких сложных системах, как право или экономика, наблюдателями оказываются не только отдельные индивиды, но целые институты, вроде судов или банков. Наблюдение понимается Луманом как постоянно воспроизводимая процедура конструирования различий внутри системы, которую осуществляет множество наблюдателей. Причем, это множество до некоторой степени может быть определено устойчивой структурой самой системы (например, в праве – это иерархия судов), однако функцию наблюдения в той или иной мере осуществляет всякий участник коммуникации внутри системы. По Луману, наблюдение «есть перемещение

⁸⁶ Луман Н. Введение в системную теорию / Пер. с нем. К.Тимофеевой. М.: Издательство Логос, 2007. С.149.

⁸⁷ Там же. С. 152.

границы между тем, что видно и тем, что не видно, но нет никакого научного или просветительского разъяснения мира как совокупности вещей, форм или сущностей...»⁸⁸. Исходя из этого пояснения, можно сделать вывод, что Луман отрицает самую возможность оценки наблюдений с точки зрения каких-либо независимых критериев. Ведь всякое новое наблюдение, по сути, заключается в пересборке объекта наблюдения путем изменения производимых различений. Оно обладает собственной познавательной значимостью и не может подлежать сравнению с каким-либо другим наблюдением.

Очевидно, что принцип наблюдения в системной теории Лумана выявляет радикально-конструктивистскую позицию автора⁸⁹. Специфичность этой позиции заключается в отсутствии некоего исходного наблюдателя (трансцендентального субъекта, Бога и т.д.), который удерживал бы единство наблюдения, задавая его общие принципы. Введение такого рода решающей инстанции невозможно, поскольку оно противоречило бы исходным посылки системной теории Лумана – главным образом, основополагающей идее автопойезиса. Ведь принцип самовоспроизводства и оперативной замкнутости систем не позволяет последовательно обосновать вмешательство каких-то внесистемных параметров в ход их операций. Между тем, Луман вполне сознает недостаточность тезиса о несопоставимости наблюдений, а потому находит иное обоснование верифицируемости наблюдений. Так, социолог отмечает, что всякий акт наблюдения предполагает наличие «слепого пятна», которым оказывается сам наблюдатель. Иными словами, наблюдатель является ненаблюдаемым для самого себя. Это обстоятельство требует введения еще одного уровня наблюдения («наблюдателя второго порядка»), что компенсирует «слепое пятно» первоначального наблюдения. А далее выстраивается целая иерархия

⁸⁸ Там же.

⁸⁹ Хотя сам Н. Луман определял свою позицию как «операциональный конструктивизм», его подход, однако, в данном случае может быть рассмотрен как частный случай радикального конструктивизма.

наблюдений и наблюдателей, которая в своем единстве обеспечивает целостное самописание системы.

С введением понятия наблюдателя Луман добивается большей ясности в понимании принципов функционирования систем. Так, именно благодаря этому понятию становится понятно, что все те свойства, которыми обладает система, реализуются посредством наблюдателя. В таком случае, очевидно, что наблюдатель – это не только исследователь, но и в некотором смысле инженер системы. Ведь акт наблюдения и описания системы не исчерпывается сугубо познавательными задачами; переписание системы в некотором смысле ведет и к ее реконфигурации.

В этой связи принципиально важным является вопрос о том, насколько равны наблюдатели в своих правах и возможностях для «пересборки» систем в процессе наблюдений? Ответ на этот вопрос не представляется столь уж очевидным. Ведь, с одной стороны, радикальный конструктивизм Лумана требует признания равной значимости за всяким наблюдением, или, по меньшей мере, не дает однозначных критериев для качественного отбора наблюдений.

С другой стороны, институциональная организация правовой системы, наличие четко дифференцированных функций и полномочий акторов внутри нее требует признания того, что наблюдение внутри правовой системы достаточно жестко упорядочено. Так, в качестве первичного наблюдателя в правовой системе можно выделить корпус правовых норм. Объектом его наблюдения является значительный сегмент общественных отношений, выделенный по критерию соответствия или несоответствия нормам права. Данный критерий задается самим правовым корпусом и не имеет оснований вне его самого. В качестве наблюдателей второго порядка, вероятно, можно рассматривать иерархию судов, осуществляющих правоприменение. Законодательные органы и конституционный суд также осуществляют наблюдение за правовым корпусом, обладая уникальным правом что-либо менять в нем. Здесь стоит отметить, что система наблюдения в праве едва ли

имеет последовательную иерархичную структуру – скорее, она представляет собой сеть, где за одним и тем же элементом может осуществляться наблюдение с разных позиций. А кроме того, сами отношения наблюдения являются, по-видимому, симметричными, а вовсе не однонаправленными. Также важно и то, что сама «архитектура» наблюдений внутри системы может меняться в зависимости от принадлежности правовой системы той или иной правовой традиции. Общей характеристикой наблюдения будет являться лишь то, что мера сложности организации системы будет напрямую связана с мерой дифференциации наблюдателей внутри нее.

2.2.4. Факторы системной рациональности в праве: тавтология и парадокс

Нарастающая сложность организации, в свою очередь, по Луману, свидетельствует в пользу нарастающей рациональности системы. Ведь «...функция дифференциации функциональных систем заключается в том, чтобы повысить возможности рациональности, повысить раздражимость, чувствительность, резонанс в функциональных системах, дать возрасти способности системы испытывать нарушения и в то же время держать наготове меры противодействия...»⁹⁰. Стоит отметить, что Луман толкует понятие рациональности как совокупное свойство системы, характеризующее степень ее чувствительности к внешним воздействиям и «резонансу» от других систем. Подобная трактовка позволяет Луману избежать опасных ловушек, связанных с субъектоцентристскими интерпретациями этого понятия. Рациональность не является свойством индивидуального сознания и не может быть сведена к нему. Понятие рациональности в системной теории служит для качественной оценки функционирования системы в целом. Рациональность оказывается понятием, позволяющим фиксировать значимые тенденции в историческом развитии

⁹⁰ Луман Н. Введение в системную теорию / Пер. с нем. К.Тимофеевой. М.: Издательство Логос, 2007. С.199-200.

общественных систем. Так, в случае с правовой системой, ретроспективный анализ западной системы права показывает, что ее нарастающая рационализация заключается в том, что все больше информации становится для нее «юридически релевантной». «Так, например, по сравнению с началом Нового времени или Средневековьем, мы располагаем более утонченными процедурами для проверки субъективных обстоятельств дела. Раньше не могла бы возникнуть сама идея считать волю на заключение договора юридически релевантной, потому что волю или мотивы невозможно было определить»⁹¹. Пусть и сейчас возникают существенные затруднения с анализом так называемой «субъективной стороны дела», однако же современное право невозможно представить совсем без учета таковой.

Современную западную систему права характеризует принцип самовалидации: легитимность правового вменения обосновывается особой социальной конвенцией, требующей следования этому вменению в силу законодательно закрепленного статуса норм. Иными словами, правовое вменение обосновывается юридическим статусом вменяющих норм. Это конститутивное свойство современных развитых (высоко автономных) правовых систем указывает на неотъемлемую *тавтологичность*⁹² обоснования права. Кроме того, эта особенность имеет значимое институциональное измерение: она обеспечивает автономию правовой системы - ее свободу, главным образом, от произвольного политического вмешательства в правовое регулирование. Согласно Луману, тавтология является неотъемлемой характеристикой самоописания всякой сложной автопойетической системы. Любопытно, что, с одной стороны, это свойство являет собой ресурс для самосохранения системы, а с другой – угрозу полной консервации системы, что чревато утратой адекватности ее взаимодействия

⁹¹ Там же. С.199.

⁹² Стоит отметить, что понятие тавтологии едва ли употребляется Луманом в его строгом логическом значении. Используя это понятие в применении к праву, Луман лишь пытается .показать, что вопрос «что такое право?» предполагает единственно возможный ответ: «право есть право».

со средой. Значимость этой проблемы для системы права может быть проиллюстрирована практическими затруднениями, с которыми сталкивается концепция Г. Кельзена. Так, упорядоченность правового корпуса под эгидой «основной нормы» обеспечивает единство интерпретации и создает возможности для автономии правовой системы. Однако же обратной стороной герметичности права оказывается невозможность последовательного обоснования изменений в структуре и содержании правового корпуса, а также исторических трансформаций самой «основной нормы». С позиции Лумана, теоретические трудности, с которыми сталкивается формальный нормативизм Кельзена, вызваны отнюдь не ограниченностью выбранного правоведом метода, а самой сутью рассматриваемого предмета – тавтологичностью права. Следует отметить, что на это свойство права нельзя, что называется, «указать пальцем» - оно выявляется как результат самоописания правовой системы. Однако же при всех радикально конструктивистских взглядах немецкого социолога, результат этого самоописания выражает основополагающее для понимания правовой системы свойство консистентности (внутренней [логической] упорядоченности), о котором уже говорилось выше в связи с Кельзеном. При всем своем значении, это свойство, равно как и самописание, которое его выявляет, обнаруживает консервативную тенденцию в праве, когда обратной стороной стабильности и упорядоченности оказывается косность и неповоротливость права. Подобное обстоятельство требует введения альтернативного типа описания, построенного на *принципе парадокса*.

Для понимания сути парадоксов в праве и их конструктивной функции необходимо, в первую очередь, определиться с самим понятием парадокса. Так, согласно дефиниции, предложенной американским философом Николасом Решером, парадокс представляет собой «совокупность пропозиций, каждая из которых является правдоподобной (plausible), однако

в сумме они оказываются несовместимыми»⁹³. С точки зрения Решера, «парадоксы возникают из-за конфликта между нашими послылками (commitments) и являются, таким образом, результатом когнитивной перегрузки (cognitive overcommitment). Мы признаем в качестве достоверного больше, чем того требует фактическая реальность; это обстоятельство подтверждается возникновением противоречий. Таким образом, в основе парадокса – информационная перенасыщенность, настоящее “затруднение от изобилия” (embarrassment of richness)»⁹⁴. Общее решение парадоксов, которое в этой связи предлагает Решер, заключается в том, чтобы «отбросить или, по крайней мере, модифицировать один из тезисов, порождающих коллизию»⁹⁵. Иными словами, разрешение конфликта, возникающего вследствие избытка информации, заключается в снижении «информационного возмущения» путем отказа от избыточных предпосылок.

Подобная тактика представляется достаточно последовательной, но ее применимость для разрешения парадоксов, возникающих в праве, едва ли выходит за рамки практических задач, стоящих перед юристами и правоведами. Так, способ, предложенный Решером, является едва ли не единственным средством разрешения правовых коллизий, возникающих, например, в результате наличия видимых противоречий между нормативно-правовыми и правоприменительными актами. Устранение подобных противоречий зачастую упирается в волевое решение, нацеленное на снижение «информационного возмущения» за счет признания приоритетности того или иного нормативного источника или конкретной нормы. Разумеется, подобное решение во многом оформляется благодаря структурной композиции самой правовой системы – тем принципам ее организации и функционирования, что создают основу для выработки

⁹³ Rescher N. Paradoxes. Their Roots, Range and Resolution. Open Courts. Chicago and La Salle, Illinois. 2001. P. xxi.

⁹⁴ Ibid. P.9.

⁹⁵ Ibid. P. 11.

желательных, с точки зрения системы, решений. Сами юристы сходятся во мнении, что коллизии в праве не только являются источником затруднений для правоприменения, но и во многом обеспечивают «динамику права», заставляя его всякий раз вновь и вновь пересматривать собственные нормативные установления на предмет их адекватности и эффективности.

Кроме того, современные правоведы отмечают, что некоторая «парадоксальность», присущая правовой системе, в целом является признаком сложности ее организации. А значит, в определенном смысле, и мерой ее совершенства. Так, Орэн Перез, один последователей Лумана в области правовой мысли, отмечает, что для современного права характерна своеобразная дилемма между «согласованностью» (consistency) и «чувствительностью к многообразию» (pluralistic sensitivity)⁹⁶. Эта дилемма имеет аксиологическую природу: речь идет о ценностном конфликте, выражающем едва ли не взаимоисключающие требования общества к правовой системе. С одной стороны, одним из наиболее выдающихся достижений западных правовых систем является институционализация принципа универсальности правоприменения, благодаря которому были устранены статусные (классовые, сословные, расовые и проч.) различия в отношении к закону. Этот принцип также называют принципом формального равенства перед законом, реализация которого требует строгости, однозначности и единства в правоприменении. Однако же этот принцип может вступать в некоторое противоречие с другим ценностным приоритетом, согласно которому правовая система должна, в первую очередь, выполнять функцию справедливого арбитра, чувствительного к сложной специфике рассматриваемых им обстоятельств. Основные затруднения, возникающие в этой связи, связаны, по мнению Переза, с

⁹⁶ *Perez O. The Institutionalisation of Inconsistency: From Fluid Concepts to Random Walk // Paradoxes and Inconsistencies in the Law / Ed. by O.Perez & G.Teubner. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publ., 2006. P.119-144*

социокультурным многообразием в обществе и угрозой «дискриминации тех сообществ, ценностные установки которых оказываются в той или иной мере несопоставимыми (incompratile) с существующими правовыми нормами»⁹⁷. С точки зрения такой установки, право оказывается инструментом постоянного проектирования и воссоздания желаемого образа общества. Общество (государство как форма общественной организации), в свою очередь, как бы выражает «действительность нравственной воли» людей, его составляющих. Вот только, в отличие от гегелевского телеологизма, нравственная воля отнюдь не является предсуществующей – напротив, она всякий раз нуждается в реализации посредством конкретных юридических решений. Право, тем самым, оказывается едва ли не ключевой формой самопонимания и самопрезентации общества. И потому мера рациональности (в лумановском смысле) права требует выработки особых процедур, повышающих меру его гибкости. В этой связи, разрешение противоречия между двумя важнейшими ценностными императивами, адресованными праву, едва ли может быть в полной мере осуществлено способом Решера. Ведь, следуя американскому философу, социокультурное многообразие оказывается тем самым «информационным шумом», который необходимо проигнорировать ради устранения противоречий. Вероятно, этот путь был бы наиболее простым, но, с учетом вышесказанного, едва ли желательным.

2.2.5 «Размытые понятия» и открытая структура права

Современные правовые системы находят решение подобной дилемме благодаря существованию в праве «размытых понятий» (vague concepts). Целый ряд конституционных принципов построен на использовании подобных понятий («равенство», «свобода мысли и слова», «достоинство личности», «защита чести» и проч.). Эти понятия специфичны принципиальной недоопределенностью их значений и, как следствие того, чрезвычайной гибкостью их интерпретации в ходе реального

⁹⁷ Ibid. P. 122.

правоприменения. Определенным образом вопрос о корректности интерпретации самых общих норм решается в более частных правовых источниках, где каждое из «размытых понятий» наделяется более или менее четким значением. Однако их общая недоопределенность всякий раз оставляет возможность опротестовать корректность той или иной интерпретации в конституционном суде. Недоопределенность фундаментальных определений оказывается, в данном случае, условием единства всей совокупности норм, поскольку каждая конкретная интерпретация может претендовать на генетическую связь с исходным принципом. С другой стороны, подобная недоопределенность позволяет примерять единые принципы под многообразие регулируемых отношений с учетом самой специфики этих отношений. Таким образом, обе стороны, казалось бы, непримиримой дилеммы реализуются без взаимоисключения.

Прекрасный пример подобного сосуществования демонстрирует принцип «превентивных действий» в экологическом праве, который анализирует О.Перез. Интересы защиты окружающей среды, реализуемые в этой области права, могут входить в противоречия с интересами технологического прогресса, а также экономического развития в целом, создавая дополнительные издержки для производителей. Вопрос о приоритетности того или иного интереса не может быть однозначно решен на уровне общей правовой регламентации. А потому в одном из основных документов - Рио-де-Жанейрской декларации по окружающей среде и развитию, принятой в 1992 г. – предельно обобщенно формулируется принцип разрешения возможных противоречий. Так, Принцип 15 утверждает, что

«в целях защиты окружающей среды государства в соответствии со своими возможностями широко применяют принцип принятия мер предосторожности. В тех случаях, когда существует угроза серьезного или необратимого ущерба, отсутствие полной научной уверенности не используется в качестве причины для отсрочки принятия экономически

эффективных мер по предупреждению ухудшения состояния окружающей среды»⁹⁸.

Употребление «размытых понятий», вроде «угрозы серьезного и необратимого ущерба, «отсутствия полной научной уверенности», «экономически эффективных мер», приводит к колоссальным разночтениям в интерпретации этого положения Декларации. Так, антиглобалисты и «зеленые» активисты настаивают на необходимости введения дополнительных налоговых обременений в отношении крупных промышленных компаний и транснациональных корпораций, поскольку оценка «серьезности и необратимости» ущерб от их деятельности не требует «полной научной уверенности». С другой стороны, промышленное лобби требует признания того, что этот принцип Декларации лишь указывает на принципиальную неопределенность понятия «риска», а потому не может быть аргументом в пользу введения дополнительных производственных ограничений. Подобные дискуссии, с одной стороны, усиливают общественное давление на правосудие. Но, вместе с тем, «размытые понятия» являются важным элементом нормативной основы для гибкости правоприменения – его способности примеряться к регулируемым им обстоятельствам, всякий раз вынося конкретное решение о допустимом соотношении технологического прогресса и экологического ущерба.

Значимость «размытых понятий» подтверждается не только их практической востребованностью, но и ролью в решении проблемы информационной недостаточности, которую испытывает система по отношению к другим системам, пребывая в состоянии «оперативной замкнутости». Система, как указывал Луман, может компенсировать незнание исключительно переизбытком собственных возможностей. В этой связи, «размытые понятия» можно считать своего рода «защитным поясом» правовой системы, позволяющим ей сохранять собственную стабильность и эффективность в условиях постоянного информационного дефицита. Однако

⁹⁸ См. здесь: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/riodecl.shtml

же, здесь стоит отметить то важное обстоятельство, что конструктивная функция «размытых понятий» в отправлении правосудия может обосновываться лишь в соотнесении с социокультурным и историческим контекстом, в котором эти понятия наделяются тем или иным значением. Современные европейские правоведы, отстаивая идею их значимости, по умолчанию отсылают к социокультурному контексту секулярного западного общества с развитыми демократическими институтами, независимым судом, важностью идеи прав человека и т.д. Однако именно на «размытых понятиях» выстраивалось инквизиционное правосудие в Европе времен Торквемады, а также позднее, во времена ренессанса испанской инквизиции в конце XVIII в.⁹⁹. А потому определяющим фактором, позволяющим судить о том, насколько использование «размытых понятий» способствует гуманности и справедливости правосудия (а именно их достижение требует гибкости правоприменения), является именно качественное своеобразие социокультурного контекста, определяющего границы дозволенного при их интерпретации.

Подводя итог анализу понимания рациональности в праве Н.Луманом, хотелось бы еще раз обратить внимание на некоторые его преимущества. Так, несомненным достоинством системного подхода является отказ от тех наивных допущений об идеальных носителях рациональности в праве, что предполагались как в формальном нормативизме Г.Кельзена, так и в

⁹⁹ Как показывает исторический анализ Р.Сабатини в его работе о Торквемаде, важнейшей нормативной составляющей инквизиционного суда была презумпция виновности, основанная на неопределенности понятий вины и невиновности. Кроме того, инквизиторы, стремясь добыть признание от еретика, пользовались уловкой, связанной с неопределенностью понятия *милосердия* (*gratia*). Последнее было ему обещано церковью в случае признания своего вероотступничества. Сабатини поясняет, что в латыни значение этого понятия предполагает как «полное помилование», так и лишь «обращение к Богу, молитву». Обвиняемый не мог знать, какое именно «милосердие» будет ему даровано, однако в нем подпитывалась надежда на полное прощение. По факту, «милосердие» в основном «означало то, что приговоренный к сожжению у позорного столба мог [...] рассчитывать на отпущение грехов и обращение в веру перед сожжением». В случае же, если еретик обвинял инквизиторов в обмане, последний должен был сообщить, что «душа может быть спасена только в том случае, если сгорит плоть». См. об этом: Сабатини Р. Юриспруденция Святой палаты // Сабатини Р. Торквемада и испанская инквизиция. М.: Terra-Книжный Клуб, 1999. 320с.

американском правовом реализме. Системное понимание рациональности, в отличие от ее субъектоцентричных версий, позволяет анализировать рациональность как интегральное свойство права. Применение понятий «оперативной (нормативной) замкнутости» и «когнитивной открытости» позволяет выявить механизмы, благодаря которым правовая система сохраняет собственную автономию, не утрачивая при этом способности к адекватной коммуникации с другими системами. Это обстоятельство дает возможность найти срединный путь между «герметичной» (замкнутой в действующей нормативной системе) рациональностью в формальном нормативизме и крайностями американского реализма, где юридическая рациональность утрачивает специфичность, уравниваясь в статусе со всеми прочими, не всегда очевидными, основаниями судебного усмотрения. Кроме того, взгляд на правовую систему с точки зрения присущих ей тавтологий и парадоксов самоописания позволяет увидеть свойственный высокорациональным правовым системам баланс между нормативной упорядоченностью и гибкостью правоприменения. Таким образом, концепция Лумана фиксирует ряд значимых составляющих рациональности в праве, которые могут быть выявлены только в ходе анализа на том высоком уровне абстрактности, который характерен для работ немецкого социолога. И именно эта особенность метода Лумана может компенсировать недостатки более узких концепций рациональности в праве.

Выводы к главе 2.2

Применение понятий системной теории Н.Лумана к анализу рациональности в праве оказывается достаточно продуктивным с точки зрения осмысления проблемы взаимодействия между формальной и материальной рациональностью. Своеобразие языка системной теории создает впечатление, что Луман задает слишком специфичный ракурс рассмотрения проблемы рациональности, который всецело определяется изначальными принципами его учения об обществе. Однако же за видимым

своеобразием лумановской интерпретации рациональности скрывается все та же проблема соотношения формальной и материальной рациональности в праве. Ведь рациональность, следуя Луману, определяется сочетанием нормативной замкнутости и когнитивной открытости правовой системы, которые, с одной стороны, призваны гарантировать постоянство структурной композиции, а с другой – обеспечивать способность системы адекватно реагировать на новые внешние раздражения. Баланс между этими двумя способностями системы и позволяет, в конечном счете, судить о мере ее рациональности. Здесь следует отметить, что при всех концептуальных различиях между подходами Лумана и Вебера, понятие нормативной замкнутости оказывается своего рода аналогом формальной рациональности, в то время как «когнитивная открытость» функционально схожа с понятием материальной рациональности. Подобное ассоциативное сходство между понятиями едва ли является случайным. По-видимому, именно проблема соотношенности правовых норм и принципов их интерпретации (внутренней структуры права, его «механики») с внешним социальным контекстом («средой») и составляет ядро проблемы рациональности в праве. Характер подобного рода соотношенности является общим свойством рациональности права.

Специфика взаимодействия между внутренними принципами правовой системы и средой, как было показано в анализе функции «размытых понятий», характеризуется стремлением системы компенсировать недостаточность знания о ее среде за счет наращивания ее собственной гибкости. Мерой этой гибкости является, в частности, вариативность интерпретаций «размытых понятий», которая обеспечивает возможность толковать правовые нормы в соотношении с наличествующими экономическими, политическими и прочими значимыми для общества обстоятельствами. Данная особенность, как представляется, свидетельствуют в пользу растущей роли материальной рациональности в современном праве. А потому, некоторые положения концепции Лумана и его последователей в

области философии права, в значительной мере оказываются созвучными ряду идей М.Вебера.

Тем более любопытно, что именно такой ракурс проблемы объединяет столь разные подходы к анализу права. Этого рода соотнесенность может рассматриваться как на уровне общих принципов системной организации права – тех его свойств, что не зависят коренным образом от действующих в нем индивидуальных субъектов, так и на более конкретном уровне – например, в анализе факторов мотивации судебных решений. Эти уровни анализа дополняют друг друга, все больше уточняя самое понятие юридической рациональности.

Глава 3. Материальная рациональность и поворот к междисциплинарности в науке о праве: случай «права и экономики»

2.3.1. Исследование проблемы рациональности как повод к диалогу правоведения и экономической науки

Одним из существенных следствий все большей «материализации» рациональности в современном праве является потребность правоведов в более полном и адекватном знании об обществе. Эта нужда в значительной мере характеризует современную науку о праве, поскольку задачей правоведов является теоретическое обоснование тех моделей правовой практики, которые используются непосредственно агентами правоприменения. Подобного рода соображения способствуют определенным методологическим и эпистемологическим новациям, которые начались в западной науке о праве в последней трети XX века. В общем виде этого рода новации связаны со все большим размыканием дисциплинарных границ науки о праве и поиском путей взаимодействия с другими областями социального знания.

Следует отметить, что этого рода подвижки знаменуют определенный сдвиг в правоведении, поскольку для этой области знания всегда был характерен консерватизм и стремление к эпистемологической самостоятельности. Неслучайно наиболее влиятельным течением в теории права в XX веке оставался юридический позитивизм, который в своем требовании чистоты метода во многом схож с позитивизмом философским. А потому, как представляется, этого рода подвижки являются отнюдь не данью современной моде на междисциплинарность. Напротив, они являются следствием внутренней логики развития юридического знания, которое постепенно признает недостатки дисциплинарной самоизоляции. Так, выявленная тенденция ко все большей «материализации» рациональности в праве, которая является производной развитости капиталистических отношений, требует от правоведов все более глубокого понимания самой

специфики этих отношений. Стоит отметить, что жесткое дисциплинарное самоограничение науки о праве, по-видимому, и не позволило бы ей расширить понятие логически формальной рациональности (той формы рациональности, что может быть осмыслена в узких границах «чистой» теории права) и включить в ее анализ внеюридические факторы.

В этой связи вполне естественным представляется союз между правоведами и экономистами, результатом которого стало зарождение одного из самых перспективных современных направлений в юридической теории – «права и экономики». Справедливости ради стоит отметить, что один из центров этого направления – Йельская школа права – своим поворотом к междисциплинарности во многом обязан случайным обстоятельствам, а именно – образовательной политике университета. Ввиду сильной конкуренции с лидером в этой области – Колумбийской школой права, руководство факультета права Йельского университета еще в конце XIX века приняло решение о реформировании научно-образовательных программ с упором на междисциплинарные исследования. Мотивом подобных преобразований, бесспорно, было стремление заинтересовать потенциальных студентов и преподавателей гибкостью академической политики факультета, а также возможностью проводить исследования, выходящие за рамки жесткого дисциплинарного канона. Во многом именно поэтому несколько десятилетий спустя йельские правоведа достаточно легко решились на сотрудничество с экономистами из Чикагского университета, поддержав их междисциплинарные начинания.

Однако, повторяюсь, неверно было бы сводить причины подобного поворота лишь к академической конъюнктуре. Здесь, помимо прочего, следует учитывать место и колоссальную роль правовых отношений в американском обществе. Ведь если право является прочно укоренившимся (а отнюдь не формальным, сугубо внешним) элементом регуляции общественной жизни, то и вопрос о способности правовой системы применяться к многообразию реальных социальных взаимоотношений

выходит за рамки теоретической повестки - он становится злободневным общественным запросом.

Методологический поворот, о котором говорилось выше, может быть охарактеризован как переход от формалистского правоповедения к одной из разновидностей «мягкого натурализма» (soft naturalism) в юриспруденции. Целью этого перехода являлся поиск путей взаимодействия юридической науки с какой-либо «успешной социальной или естественной наукой»¹⁰⁰. Однако, справедливости ради стоит отметить, что «успешность» экономики как науки вызывает серьезный скепсис среди методологов. Так, один из самых именитых специалистов в этой области Дэниел Хаусман (Daniel Hausman) отмечает, что методологические принципы экономической науки не соответствуют попперовскому критерию научности: «антропологическое» основание (представление об индивидуальных ожиданиях и предпочтениях) не может быть вполне обосновано эмпирически; в этой науке нет неопровержимых общих законов; в экономике тестируются не теории, а модели, которые имеют собственные упрощения и допущения, а потому проверка теорий возможна лишь опосредованно¹⁰¹.

А потому признаком «успешности» здесь служит, скорее, общественный авторитет науки экономики, который, как можно предположить, основывается не столько на компетентной оценке качества знания, сколько на убедительности формы представления этого знания. С этой точки зрения, одно преимущество экономики должно представляться юристам несомненным: современная экономическая наука в значительной степени ориентирована на выявление и математическое описание социально значимого поведения индивидов. Иными словами, экономика, как

¹⁰⁰ Leiter B. Naturalism in Legal Philosophy // *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2014 Edition) / Ed. by E.N.Zalta. URL: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/-naturalism/> (дата обращения: 12.10.2016)

¹⁰¹ См.: Hausman D.M. *Methodology and Theory Appraisal // Essays on Philosophy and Economic Methodology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. P. 74-106, а также: Hausman D.M. *Models and Theories in Economics // The Inexact and Separate Science of Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994. P. 70-82; Caldwell B.J. *Appraisal and Criticism in Economics: a Book of Readings*. L.: Unwin Hyman, 1984. 400p.

представляется, сумела выработать достаточно эффективный математизированный язык для описания мотивов и действий людей. Стоит, кстати, отметить, как незаметно способность к математическому выражению знания – исконная ценность ‘hard science’ – становится значимым критерием эпистемологической состоятельности для концепции, выстраиваемой в парадигме ‘soft science’. По крайней мере, эта особенность экономической науки выражает одно из ее значимых преимуществ в глазах правоведов.

Экономическая теория может в существенной мере способствовать продвижению правоведов в осмыслении проблемы рациональности в праве. Ведь требование соответствия внутренней логики права и «среды» может быть реализовано лишь при наличии четкого понимания принципов мотивации человеческого поведения. А потому предполагается, что дескриптивная составляющая экономического знания может компенсировать некоторое неведение, в котором пребывает наука о праве в силу своего нормативного характера.

Признавая данное преимущество, вероятно, следовало бы заключить, что союз экономики и правоведения не может выстраиваться на принципах паритета. Ведь именно экономика рассматривается как дисциплина, которая должна помочь разрешить внутренние трудности внутри правоведения, а значит, она предстает более зрелой дисциплиной. Так, например, предшествовавший проект экономического анализа права, у истоков которого стоял еще И.Бентам, «изучает мир с точки зрения экономической теории и в результате этого исследования одобряет правовую реальность, подвергает ее сомнению и часто стремится реформировать. Фактически он действует в качестве архимедовой точки, на которую можно встать и где установить рычаг, который бы позволил ученому в случае необходимости привести доводы в пользу изменения этой правовой реальности»¹⁰².

¹⁰² *Калабреззи Г.* Будущее права и экономики. Очерки о реформе и размышления / пер. с англ. И.В.Кушнаревой; под науч. ред. М.И.Одинцовой. М.: Изд-во Института Гайдара, 2016. С.12-13.

Экономический анализ права предполагал, таким образом, оценку правовой реальности с точки зрения ее соответствия критериям, формулируемым в рамках экономической теории. Подобная оценка отсылает к мнимой очевидности приоритета экономического анализа, а главное – утверждает вторичность, несамостоятельность правовой реальности.

Специфика современного проекта «права и экономики» предполагает обнаружение твердой почвы для реального методологического сотрудничества между двумя областями знания. Вопрос о взаимодействии здесь рассматривается через признание общего горизонта: «Основа экономического подхода к праву – допущение о том, что люди включены в правовую систему как рациональные существа, нацеленные на достижение максимального удовлетворения своих стремлений» (“as rational maximizers of their satisfactions”) ¹⁰³. Подобная трактовка очевидным образом вновь отсылает к ключевой идее утилитаристской (бентамовской) антропологии: «природа поставила человечество под управление двух верховных властителей, *страдания* и *удовольствия*. Им одним предоставлено определять, что мы можем делать, и указывать, что мы должны делать. Они управляют нами во всем, что мы делаем, что мы говорим, что мы думаем» ¹⁰⁴. Ценностным ориентиром в реализации стремлений для человека является представление о полезности (согласно классическому бентамовскому определению, «полезным называется то, что обещает благо» ¹⁰⁵). Существенно, что идея полезности не может быть сведена исключительно к экономической целесообразности, которая подразумевает прямую материальную выгоду. Эта идея в современной неинституциональной теории охватывает широчайший круг факторов, влияющих на мотивацию человеческого поведения – а они - хотя и зачастую превосходят сугубо

¹⁰³ Posner R. The Economic Approach to Law // Texas Law Review. 1975. Vol. 757. P. 761.

¹⁰⁴ Бентам И. Тактика законодательных собраний: Политические опыты. СПб.: Л.А.Велихов, 1907. 208 с. Цит по: Беккер Г. Человеческое поведение: экономический подход. Избранные труды по экономической теории / пер. с англ., сост., науч. ред., послесл. Р.И.Капелюшниковой, предисл. М.И.Левина. М.: ГУ ВШЭ, 2003. С. 36.

¹⁰⁵ Бентам И. Тактика законодательных собраний. Челябинск: Социум, 2006. С. 18.

меркантильные резоны, - тем не менее, не вступают в противоречие с принципом полезности.

Идея максимизации полезности подразумевает также идею минимизации издержек, которые неминуемо возникают на пути к желаемому. Эти издержки могут иметь денежное или психологическое выражение, их порой бывает не так-то легко увидеть и понять стороннему наблюдателю¹⁰⁶, но именно их наличие и влияние на предпочтения и действия людей делает человеческое поведение доступным для экономического анализа и прогноза. «Предпосылка стабильности предпочтений (основывающаяся на идее максимизации полезности и минимизации издержек – *Л.Т.*) обеспечивает основу для предсказания реакций на самые разнообразные изменения»¹⁰⁷ и, тем самым, обеспечивает экономике (в ее неоинституциональной версии) преимущества по сравнению с другими науками о человеке и обществе.

Однако данные преимущества не исключают сотрудничества с другими областями знания – они лишь выступают в качестве фундамента, на котором основывается это взаимодействие. Ведь если полезность предлагается в качестве универсальной ценности и критерия анализа предпочтений, то именно экономика обретает все привилегии в социальном анализе, тогда как остальные дисциплины будут рассматриваться лишь в качестве вспомогательных. Так, один из классиков чикагской школы, нобелевский лауреат по экономике Гэри Беккер, отдавая должное другим областям знания, считал, тем не менее, что именно «экономический подход предлагает плодотворную унифицирующую схему для понимания *всего* человеческого поведения» (курсив мой – *Л.Т.*), именно он должен быть «всеобъемлющим»¹⁰⁸. Беккер, таким образом, не сомневался в потенциале

¹⁰⁶ Беккер Г. Человеческое поведение: экономический подход. Избранные труды по экономической теории / пер. с англ., сост., науч. ред., послесл. Р.И.Капелюшников, предисл. М.И.Левина. М.: ГУ ВШЭ, 2003. С.34-35.

¹⁰⁷ Там же. С.35.

¹⁰⁸ Там же. С.47.

экономической науки и разделяет позитивистскую веру в то, что потенциал этот будет со временем нарастать. Напротив, правовед и действующий судья Гвидо Калабреззи полагает, что тотальная экспансия экономической теории должна смениться более гибкой рефлексивной моделью взаимодействия, в которой некоторые юридические «практики и правила, которые экономическая теория не в состоянии объяснить», заставляют экономистов задаться вопросом: «можно ли развить экономическую теорию, можно ли расширить ее или уточнить [...], дабы она могла объяснить реальный мир права таким, какой он есть?»¹⁰⁹. Калабреззи не отрицает самостоятельности правовой реальности, однако полагает, что она может вполне успешно исследоваться в том числе и при посредничестве экономической теории, выступая не только в качестве предмета анализа, но и в качестве средства критики самой экономической теории. И именно попытка выстроить модель двусторонних отношений между правом и экономикой отличает направление, которое представляет Калабреззи, от концепции экономического анализа права, где все преференции отдавались экономической теории. Так в чем же суть этих двусторонних отношений?

Основа этих отношений заложена уже в самом определении права, которое используется представителями направления «права и экономика»: «правовая система нацелена на поиск наиболее оптимального способа аллокации (размещения – *Л.Т.*) ресурсов»¹¹⁰. Можно сказать, что в этом определении правовая система мыслится едва ли не единой с экономической, поскольку последняя также занимается проблемой размещения ресурсов и доступа к ним – только не на законодательной уровне, а на уровне рыночной саморегуляции. Представление о единстве экономики и права исходит из самого ядра неоинституционализма. Ведь последний выстраивается вокруг анализа влияния институциональной организации общества на характер

¹⁰⁹ *Калабреззи Г.* Будущее права и экономики. Очерки о реформе и размышления / пер. с англ. И.В.Кушнаревой; под науч. ред. М.И.Одинцовой. М.: Изд-во Института Гайдара, 2016. С.15.

¹¹⁰ *Posner R.* The Economic Approach to Law // *Texas Law Review.* 1975. Vol. 757.P. 760.

сопутствующих экономической деятельности издержек (главным образом, транзакционных издержек, связанных, помимо прочего, с затратами на правовое сопровождение экономической деятельности). Центральным для неинституциональной теории является вопрос о том, каким образом должны быть устроены социальные институты, чтобы эти издержки сокращались.

При такой постановке проблемы становится понятным особый интерес экономической науки к области правоведения, ведь право является социальным институтом *par excellence*, посредством которого могут производиться преобразования во всех прочих институтах (речь, разумеется, идет о «нормальной», а не «революционной» ситуации в обществе, когда правовые механизмы воздействия замещаются прямым принуждением). Суть этого преимущества, с точки зрения экономической теории, заключается в особой способности права «регулировать стимулы» (*to alter incentives*), определяющие поведение людей¹¹¹. Право в сравнении со всеми прочими институтами, регулирующими нормативную систему общества (религией, моралью, обычаями и традициями и проч.), является, по-видимому, наиболее гибким и мобильным механизмом социальных преобразований. Однако успешность этого института прямо пропорциональна его адекватности реалиям (запросам, вкусам и предпочтениям) индивидов, составляющих общество. Ведь для всякой системы, регулирующей общественные отношения, существует угроза «нормативной слепоты», когда обратной стороной ее автономии и внутренней устойчивости оказывается неспособность схватывать и своевременно отвечать на изменения в социальной среде.

И здесь на помощь праву приходит экономика. Ведь именно она, по мнению Калабреззи, является той наукой, которая агрегирует *реальные* интересы людей. «'О вкусах не спорят' – в экономике это едва ли не символ

¹¹¹ *Posner R.* The Economics of Justice. Cambridge, Massachusetts, L.: Harvard University press, 1981. P.75.

веры»¹¹². Экономическая теория, осмысляющая эти самые вкусы, может, таким образом, помочь правовой системе учитывать их, дабы сила долженствования, выражаемого в норме, упрочивалась своей отнесенностью к *реалиям* общественных предпочтений.

Другой стороной подобной гибкости права оказывается возможность быстрого получения «обратной связи» от общества, реагирующего на различные (в том числе и экономические) институциональные преобразования. В качестве главного средства подобного реагирования Калабреззи выделяет судебные иски. Реальная практика судопроизводства является, по его мнению, своеобразным зеркалом, которое наиболее быстро и наглядно отображает реакцию общества на проведение тех или иных изменений. Юридическая практика оказывается своего рода эмпирическим «фальсификатором» экономической теории, в которой последняя крайне нуждается. Калабреззи полагает, что во многом именно правовая практика позволила выявить такой экономический феномен, как «эффект безбилетника». Так, «право прекратить нарушение покоя, но только в том случае, если тот, кто им воспользуется, выплачивает компенсацию тому, кто нарушает покой, [...] почти никогда не встречается в апелляционных делах»¹¹³. Причина тому - отказ людей затевать судебные тяжбы с надеждой на то, что это сделают другие. Экономическая теория едва ли может с достоверностью просчитать, какие выгоды (и, соответственно, какие издержки этих выгод) являются более предпочтительными для людей в тех или иных конкретных ситуациях. Только статистика судопроизводства по подобным делам позволила выявить то, что не могло быть выявлено на уровне теории. Прогностический потенциал теоретического моделирования в социальных науках всякий раз предполагает большую или меньшую погрешность, возникающую из-за переменчивости настроений и

¹¹² Калабреззи Г. Будущее права и экономики. Очерки о реформе и размышления / пер. с англ. И.В.Кушнарева; под науч. ред. М.И.Одинцовой. М.: Изд-во Института Гайдара, 2016.С.232.

¹¹³ Там же. С.47.

предпочтений людей. В случае с «эффектом безбилетника» издержки времени и материальных затрат на судебную тяжбу оказываются в ряде случаев более значимыми, чем полученная по решению суда компенсация ущерба, которая, скорее всего, покрыла бы издержки судопроизводства для истца. Именно подобный выбор едва ли мог быть просчитываемым в экономической теории заранее, поскольку явным образом противоречит логике *homo economicus*, однако стремление неоинституциональной теории к самокоррекции может быть поддержано благодаря взаимодействию с правоведением. Однако справедливости ради стоит отметить, что и внутри самой экономики в последнее время активно развивается направление поведенческой экономики (behavioral economics), в рамках которого экономисты в тандеме с психологами пытаются выработать альтернативную антропологическую основу экономического анализа, в центре которой находится понятие иррациональности¹¹⁴. И тем не менее, теория рационального выбора все еще остается главной методологической предпосылкой экономической науки, а потому значимость междисциплинарного сотрудничества не теряет для нее своей актуальности.

2.3.2. Р. Познер о Г. Кельзене: к проблеме дисциплинарной идентификации «права и экономики»

В одном из своих текстов¹¹⁵ классик «права и экономики» Ричард Познер отстаивает оригинальный тезис о совместимости «чистого учения о праве» Г.Кельзена и экономического анализа права. Резкость формулировки требует анализа оснований этого утверждения, поскольку «право и экономику» традиционно считают направлением, близким, скорее, американскому правовому реализму (АПР). Как представляется, это

¹¹⁴ См., например: *Ариэли Д.* Предсказуемая иррациональность. Скрытые силы, определяющие наши решения. М.: Манн, Иванов и Фарбер, 2010. 296 с.

¹¹⁵ Имеется в виду текст доклада Р.Познера «Kelsen, Hayek, and the economic analysis of law», прочитанного в 2001 году на конгрессе Европейской ассоциации права и экономики в Вене, на родине Г. Кельзена и Ф. фон Хайека.

утвердившая среди правоведов позиция основывается на том, что именно приверженцы АПР настаивали на признании равнозначности всей совокупности внешних факторов, влияющих на формирование судебного мнения, и, соответственно, утверждали приоритет социологии права среди юридических дисциплин. В этой связи экономический анализ права, определяющий право как ключевой механизм общественной регуляции экономического поведения, разделяет установку АПР о первенстве внеюридических составляющих рациональности судей. Однако «права и экономики», в отличие от АПР, как раз не поддерживает тезис о равенстве всех факторов, влияющих на вынесение судебных решений, требуя обязательного соотнесения правовых решений с представлениями об экономической целесообразности. Со своей стороны, Кельзен в позитивистском анализе права сознательно выносит за скобки все те элементы профессиональной рациональности юристов, что не имеют формально-нормативной основы. Подобное методологическое ограничение, как это было показано ранее, логически вытекает из нормативной природы «чистого учения о праве». В этой связи стоит обратить особое внимание на аргументы, сформулированные Познером в защиту своего тезиса.

Реконструируя позицию американского правоведа, стоит, прежде всего, отметить, что Познер, не приводя конкретных цитат, полагает все же, что Кельзен понимает право как систему «распределения полномочий» («assignment of competences») ¹¹⁶. По-видимому, австрийский правовед едва ли стал бы поспорить с этим довольно поверхностным определением, однако трудно согласиться с тем, что именно оно выражает суть его правопонимания. Подобное определение очевидным образом размывает значимый для Кельзена акцент на «велящей силе нормы», которая в первую очередь повелевает тем, кто обеспечивает ее реализацию (т.е. судьей). Иными словами, круг «полномочий», очерчиваемых правом, заключается, по

¹¹⁶ *Posner R. Kelsen, Hayek, and the economic analysis of law. P. 19. URL: <http://users.ugent.be/~bdpoorte/EALE/posner-lecture.pdf> (дата обращения: 17.05.2016)*

Кельзену, в возможности дедуктивно реконструировать смысл императивов, заложенных в правовых нормах. Тем не менее, Познер полагает, что решающее значение все же имеет «тезис (Кельзена – *Л.Т.*) о том, что правоприменение не является механическим процессом, а зачастую требует “создания (creation) подчиненной нормы на основе вышестоящей”, (...) а также его понятие интерпретации, которое задает лишь общие рамки, а не жесткий алгоритм этой процедуры, оставляют широкие возможности для свободного, и, тем не менее, правомочного (lawful) юридического действия»¹¹⁷. Как полагает Познер, если взглянуть на «чистое учение» с точки зрения самих судей, эти соображения указывают на то, что граница между правоприменением (“applying law”) и правотворчеством (legislation) практически стирается. А потому кельзеновские судьи, следуя Познеру, не выходят за пределы своих широких полномочий не только тогда, когда им приходится заполнять лакуны в системе норм, «но и когда они принимают решения, которые в конечном счете ориентированы на реализацию финансовых или политических интересов»¹¹⁸.

Обобщая аргументы американского правоведа, можно сказать, что, с его точки зрения, Кельзен отнюдь не стремится обосновать научный принцип толкования логически стройной, иерархически организованной системы правовых норм, гарантирующий единство правоприменения. Напротив, австрийский правовец лишь формулирует представление о «духе» права – его ценностно-мировоззренческих ориентирах – и принципах толкования, позволяющих следовать этому «духу» в юридической практике. Тем самым за декларируемым намерением Кельзена обосновать «чистоту» юридической рациональности скрывается готовность признать легитимным судебское усмотрение, предполагающее выход за рамки принципов формального нормативизма. Американский правовец делает подобный вывод, опираясь на тезис о том, что основой юридического процесса является распределение

¹¹⁷ Там же. С. 20.

¹¹⁸ Там же. С. 22.

полномочий (юрисдикция), которая закрепляется корпусом правовых норм. И именно принцип юрисдикции, а вовсе не логическая строгость метода толкования норм обосновывает юридическую рациональность и обеспечивает легитимность судебных решений. При этом правоприменение вполне может быть мотивировано целями, заданными вне правового корпуса – политикой, экономикой, религией, и т.д. А потому идея соотнесенности целей правоприменения с принципами экономической целесообразности – ключевая предпосылка «права и экономики» - в целом соответствует замыслу «чистого учения о праве» Г. Кельзена. Так, «поскольку судья занимается, по сути, правотворчеством в ходе уточнения конкретных норм, он не должен смущаться привнесения экономики в содержание новой нормы. Он может ошибиться, но он не окажется вне закона (he is not being lawless)»¹¹⁹.

Как представляется, подобная интерпретация концепции Кельзена в целом действительно не противоречит одному из центральных тезисов «чистого учения о праве» - об исторически случайном содержании «основной нормы». Этот тезис допускает, в частности, что «основная норма» - по сути, конституция – какой-то конкретной правовой системы может требовать подчинения правоприменения принципам экономической целесообразности. Однако следует подчеркнуть, что в этом случае наиболее существенно то, что эти принципы должны быть выражены на языке права и тем самым явным образом эксплицированы в содержании конкретных норм, на которые ссылаются судьи в ходе правоприменения. Взятая сама по себе, экономическая целесообразность не может служить прямым основанием индивидуального судебного усмотрения, поскольку это противоречило бы модели формальной рациональности, которую, как было показано ранее, воплощает учение Кельзена. В соотнесении с концепцией Кельзена, понятие «усмотрения» имеет в виду исключительно заложенный законодателем

¹¹⁹ Там же. С. 23.

юридический смысл нормы, который требуется восстановить в ходе правоприменения. Учение Кельзена исключает неограниченно-широкую автономию воли судей по отношению к содержанию нормативного кодекса.

Кроме того, значимым аргументом против идеи о прямой совместимости «чистого учения о праве» и концепции «права и экономики» является философско-методологическая установка австрийского правоведа об онтологическом разрыве между сущим и должным – своеобразная «гильотина Кельзена», о которой говорилось ранее. Повторим, что суть этой установки заключается в невыводимости правового долженствования (содержания нормы) из сущего (того или иного фактического положения вещей). В дисциплинарном измерении этот принцип указывает на необходимость разграничения сфер «чистого учения» и социологии права, поскольку последняя лишь устанавливает причинные связи между материальными фактами, но не анализирует их в соотношении с юридической нормой¹²⁰. Это дает основания предположить, что область экономического анализа права была бы также отнесена Кельзеном к рубрике «социологии права», поскольку в ней анализируются эмпирические следствия правоприменения – а именно, мера стимулирующего воздействия правовых норм на реализацию той или иной модели экономического поведения. Таким образом, чрезмерный акцент на социально-регулятивном измерении права входит в противоречие с принципом автономии нормы, требуя ее подчинения текущему положению вещей (скажем, учету наличных ценностных предпочтений индивидов, значимых для принятия тех или иных экономических решений). А потому экономический анализ права является несовместимым с базовой неокантианской установкой «чистого учения». В этой связи стоит отметить, что в самом начале своего доклада Ричард Познер отмечает важность разграничения должного (“ought”) и сущего (“is”) в

¹²⁰ *Kelsen H.* Introduction to the problems of legal theory. Oxford: Clarendon Press, 1992. P. 14.

концепции Кельзена, однако в дальнейшем изложении явно пренебрегает этим принципом.

Вместе с тем, как представляется, идею концептуальной совместимости «чистого учения» и «права и экономики» можно обосновать через соотнесение юридической и экономической нормативности. Этот ракурс рассмотрения проблемы предполагает теоретико-экономическое сопровождение правотворчества и правоприменения – а именно, рецепцию и коррекцию экономического знания средствами правоведения. Как можно видеть, именно взаимодействие права и экономики как разновидностей нормативного знания об обществе в большей мере соответствует замыслу «чистого учения». В этом случае не нарушается методологическая установка «гильотины Кельзена» - сохраняется четкое различие между нормативным и дескриптивным подходом. С другой стороны, попытка прямого совмещения этих автономных областей нормативного знания противоречит принципам логически формальной рациональности, основания которой в отношении права анализирует Кельзен. Этот тип рациональности, в отличие от рациональности материальной, предполагает герметичность каждой из сфер нормативной регуляции в обществе (права, экономики, политики, религии, морали и проч.), что, в свою очередь, требует автономии каждой областей знания. Лишь на этом пути может быть разработана надежная теоретическая основа для практических решений. Не случайно Ганса Кельзена причисляют к сторонникам юридического позитивизма, который, при всех своих различиях с позитивизмом философским, все же разделял идею о необходимости дисциплинарной самостоятельности.

Подводя итоги сказанному, следует еще раз подчеркнуть уязвимость идеи Р.Познера о сопоставимости проектов «чистого учения», основанного на принципах логически формальной рациональности, и «права и экономики», иллюстрирующего поворот к материальной рациональности в социальных науках.

Тем не менее, доклад Р. Познера заставляет задуматься о том, почему же правовед, один из классиков междисциплинарного анализа права, счел важным предложить обоснование этой связи. Как представляется, в замысле доклада можно увидеть больше, чем деликатное стремление отдать должное «малой родине» Кельзена – Вене – городу, где доклад был прочитан. Куда более примечательно то, что в этой своей попытке Познер пытается продемонстрировать связь «права и экономики» с тем учением в правоведении, которое представляет правовую теорию *par excellence*, формулируя основания полной методологической и дисциплинарной автономии науки о праве. В этой связи можно предположить, что выбор концепции Кельзена здесь неслучаен.

Дело в том, что для правоведов, обсуждающих теоретические проблемы «права и экономики», одним из наиболее острых является вопрос о том, не является ли заявленный междисциплинарный диалог лишь прикрытием реальной методологической экспансии экономической теории?¹²¹ Основания для подобного рода сомнений дает то обстоятельство, что первоначальным стимулом к дисциплинарной конвергенции было, как уже говорилось выше, желание правоведов и готовность экономистов заполнить внутренние лакуны в правовой теории путем рецепции понятий неинституциональной экономики.¹²² Более того, последующее развитие этого направления доказало востребованность поведенческой экономики,

¹²¹ *Hirshleifer J.* The expanding domain of economics // *The American Economic Review*. December 1985. P. 53-68; *Stigler G.* Economics – The imperial science? // *Scandinavian Journal of Economics*. 1984. Vol. 86. P. 301-313; *Clarke S., Walsh A.* Scientific Imperialism and the Proper Relations Between the Sciences // *International Studies in the Philosophy of Science*. 2009. Vol. 23. P. 195 – 207; *Lazear E.P.* Economic Imperialism // *Quarterly Journal of Economics*. 2000. Vol. 115. P. 99 -146; *Mäki U.* Scientific Imperialism: Difficulties in Definition, Identification and Assessment // *International Studies in the Philosophy of Science*. 2013. Vol. 27. No. 3. P. 325-339; *Mäki U., Walsh A., Fernández Pinto M.* Scientific Imperialism: Exploring the Boundaries of Interdisciplinarity. L.: Routledge, 2017. 332 p.

¹²² Среди программных работ по «праву и экономике» особым образом выделяют: *Calabresi G., Bobbitt P.* *Tragic Choices*. N.Y.: W.W. Norton & Co., 1978. 256 p; *Becker G.* *Crime and Punishment: An Economic Approach*. URL: <http://www.nber.org/chapters/c3625> (дата обращения: 06.07.2016);

которая подвергла жесткой критике базовые предпосылки неонституционализма - концепт *homo economicus* и идею рациональной максимизации полезности, которая, как предполагалось, направляет экономический выбор¹²³. Поведенческая экономика пытается анализировать экономическое поведение путем признания свойственной человеку иррациональности и критикует нормативные экономические модели за их чрезмерный догматизм.

Институционализация поведенческой экономики знаменует едва ли не парадигмальный сдвиг в экономической науке, поскольку это направление возникает как результат исследования тех «аномалий», с которыми не справилась господствовавшая теория рационального выбора. При этом совсем не является очевидным то, насколько ключевой для поведенческой экономики тезис об иррациональности предпочтений может быть воспринят и использован в правоведении. Здесь краеугольным является вопрос о том, не противоречит ли идея иррациональности нормативной природе правового знания? Ответ на этот вопрос, по-видимому, требует отдельного исследования и более глубокого погружения в поведенческую версию «права и экономики». Однако же предварительно можно отметить, что, по-видимому, само научное исследование иррациональности потребует, как это ни парадоксально, рационализации учеными-экономистами и правоведами тех мотивов и предпочтений индивидов, которые изначально признаются ими в качестве иррациональных (не поддающихся нормативному анализу). А потому, коль скоро научное объяснение – от которого при всей своей радикальности не отказываются специалисты в поведенческой экономике –

¹²³ Основоположения поведенческой версии «права и экономики» представлены здесь: *Thaler R.* Quasi Rational Economics. N.Y.: Russel SAGE Foundation, 1994. 367 p.; *Thaler R.* Misbehaving: The Making of Behavioral Economics. N.Y.: W.W. Norton & Co., 2016. 432 p.; *Sunstein C.* Choosing Not To Choose: Understanding The Value Of Choice. N.Y.: Oxford University Press, 2015. 219 p.; *Jolls C., Sunstein C., Thaler R.* A Behavioral Approach to Law and Economics // *Stanford Law Review*. Vol. 50. May 1998. P. 1471 – 1550; *The Oxford Handbook in Behavioral Economics And The Law / Ed. by Zayal E., Teichman D.* Oxford: Oxford University Press, 2014. 824 p.

предполагает выработку абстрактных моделей, типизацию и классификацию изучаемых объектов, то и иррациональность, становясь предметом теоретической рефлексии, превращается в частный случай рациональности. А потому, вполне возможно, за видимым отказом от идеи рациональности субъекта в «праве и экономике» скрывается анализ проблемы рациональности на новом теоретическом уровне.

Заметим все же, что та легкость, с которой правоведа воспринимают новые веяния в экономической теории, лишь укрепляет позиции апологетов идеи дисциплинарной экспансии. В этой связи, возвращаясь к докладу Познера, подчеркнем, что попытка классика «права и экономики» установить взаимосвязь с «чистой» правовой теорией выдает намерение показать преимущество в развитии юридического знания, внутреннюю необходимость перехода к междисциплинарному анализу. Иными словами, американский правоведа, помимо прочего, пытается показать, что обращение правоведа к ресурсам науки экономики является необходимым именно с позиций самого правоведения – оно отнюдь не выражает слепое признание приоритета экономической теории. А потому все те натяжки, которые характеризуют познеровскую интерпретацию учения Кельзена, могут быть объяснены тем, что само это прочтение выполняет скорее «идеологическую» функцию – легитимирует интерес правоведения к объединению усилий с экономической наукой. Вместе с тем, дальнейшее развитие этого взаимодействия, особенно в связи с переходом к гибким поведенческим моделям объяснения правовой и экономической рациональности, требует постоянной методологической рефлексии с целью сохранения дисциплинарного паритета.

2.3.3. Рационализация моральных предпочтений в деликтном праве

Между тем, несмотря на все перипетии методологических дискуссий, междисциплинарное взаимодействие в анализе юридической рациональности все же доказывает свою эффективность. В подтверждение этого тезиса интересно рассмотреть пример, приведенный одним из родоначальников «права и экономики» Г. Калабреззи в его недавней работе «Будущее права и экономики».

Так, одним из центральных понятий, демонстрирующих значение этого взаимодействия, по мнению Калабреззи, является понятие мериторных благ (*merit goods*)¹²⁴. Специфика этой разновидности благ заключается в том, что их «оценивание само по себе вызывает уменьшение их полезности для значительной группы людей. Это своего рода «бесценное сокровище», по крайней мере, мы стремимся считать их подобным бесценным сокровищем, коммодификация («отоваривание» – *Л.Т.*) которого *сама по себе* приводит к издержкам»¹²⁵. Издержки же в данном случае являются моральными (ибо рыночное распределение подобных благ вызвало бы в нас «душевные страдания») ¹²⁶. Однако и альтернатива рынка – командное распределение – отнюдь не всегда снижает эти издержки. Так, общество в целом не считает приемлемым подвергать «коммодификации» (оцениванию с точки зрения предполагаемых издержек) жизни мигрантов, терпящих кораблекрушение в проливе на пути в Европу. Точно также граждане не хотели бы видеть в лице

¹²⁴ Мериторным является благо, которое должно быть предоставлено людям независимо от их возможности заплатить за него. В качестве мериторных благ могут выступать: бесплатная система здравоохранения, бесплатное среднее образование, система публичных библиотек, свободный доступ к Wi-Fi, питание за бездомных людей, вакцинация. Считается, что эти блага не могут распределяться согласно рыночным законам – их распределение должно быть организованным (однако оно может контролироваться как государством, так и частными организациями – благотворительными фондами и проч.). Основным достоинством этих благ является не прямая экономическая выгода от их распределения, а разного рода позитивные экстерналии.

¹²⁵ Калабреззи Г. Будущее права и экономики. Очерки о реформе и размышления / пер. с англ. И.В.Кушнаревой; под науч. ред. М.И.Одинцовой. М.: Изд-во Института Гайдара, 2016. С.54.

¹²⁶ Там же. С.56.

государства единственного арбитра, определяющего приоритеты в случаях ценностных коллизий (например, когда речь идет о рассекречивании военных документов, публикация которых может повлечь уголовную ответственность для бывших солдат, выполнявших неправомерные приказы вышестоящих командиров). Необходимость выбора между ценностями свободы слова и человеческими жизнями влечет колоссальные моральные издержки. «Командификация» (политическое регулирование) решения в данном случае угрожала бы потерей доверия между обществом и властью.

Спасительным здесь оказывается, по мнению Калабреззи, институт деликтного права, регулирующий обязательства, возникающие в результате причинения вреда. Несмотря на то, что функционирование этого института является весьма дорогостоящим, его существование снижает то самое моральное напряжение, которое в некоторых случаях возникает из-за прямого рыночного или административного регулирования. Благодаря подобному аргументу американский правовед стремится показать, что экономическое понятие «мериторного блага» позволяет обосновать существование конкретного правового института – деликтного права. Общество, как полагает американский правовед, соглашается нести затраты на работу этого дорогостоящего института ради возможности диффузного распределения ответственности (и, тем самым, совокупной минимизации моральных издержек) при необходимости разрешения ценностных конфликтов. Для американской правовой системы подобный пример является актуальным, поскольку сам принцип ее устройства предполагает существенную роль личного судьейского усмотрения по делу.

Однако нельзя ли расширить подобный аргумент, сказав, что нормативное вменение всякой правовой нормы благодаря тому, что оно отсылает к некоей высшей реальности закона/справедливости/универсальных ценностей, попутно снимает моральную ответственность с общества, принимающего, скажем, решение о смертной казни или пожизненном заключении преступника? Формальная рациональность правовой системы и

без идеи «мериторного блага» работает по принципу апелляции к автономному (в неокантианском смысле) миру ценностей, которые опосредованно (превращаясь в конкретные правовые нормы и подвергаясь юридической интерпретации) регулируют социальные отношения. Также эти ценности являются и основой признания верховенства правовой системы, поскольку мы признаем право в качестве легитимного института принуждения во многом потому, что оно обеспечивает сохранность социального порядка, устроенного более или менее в соответствии с нашим представлением о должном. Общий принцип формальной справедливости, который воплощает собой этическое измерение права, обеспечивает, таким образом, минимизацию «моральных издержек» прямого регулирования, поскольку результат правоприменения в пределе своем обосновывается не личной волей конкретных участников процесса, а интересами защиты и реализации общезначимых ценностей. А потому аргумент Калабрезии, как представляется, не столько выявляет исключительную специфику деликтного права, сколько иллюстрирует функционирование общего принципа формально-нормативного регулирования на уровне конкретной отрасли права. Однако наряду с этим хотелось бы отметить, что рецепция понятия мериторного блага представляется продуктивной как для науки о праве, так и для философии права, поскольку оно позволяет фиксировать этические ценности и издержки их реализации, являющиеся объективно значимыми для конкретного общества. А значит, его использование может способствовать анализу классической проблемы, связанной с соотношением морали и права, не только в рамках философии, но и в более узких границах науки о праве.

Мериторные блага, а также институт деликтного права, разрешающий споры по поводу их распределения, по-видимому, также свидетельствуют в пользу нарастающей «материализации» юридической рациональности. Их существование, помимо прочего, говорит о том, что этическое измерение права – представления о морально желательных формах правовой регуляции – становится все более значимым элементом формальной рациональности.

Более того, можно сказать, что, воспринимая понятие мериторного блага, право в некотором смысле получает возможность придать собственно юридическую смысл этому самому моральному измерению, которое большей частью выражалось в качестве внешней (социальной) оценки функционирования права. В этой связи, следует отметить, что «материализация» юридической рациональности способствует и гуманизации права.

Выводы к главе 2.3.

Модель междисциплинарного взаимодействия в рамках «права и экономики», если использовать понятийный аппарат Лумана, во многом построена на принципе взаимообогащения через прояснение свойств «среды» каждой из областей. Так, если для права «средой» является реальность экономических отношений, то экономика благодаря анализу судебных исков получает важную информацию о степени принятия обществом тех или иных экономических решений. Правовая практика здесь также оказывается важной составляющей эмпирической проверки тех теоретических положений в экономике, что основываются на определенных антропологических предпосылках.

По-видимому, значимость междисциплинарного взаимодействия здесь может быть обоснована в категориях лумановского анализа, согласно которому каждая из областей знания (систем) увеличивает меру рациональности другой области за счет предоставления более полной информации о ее «среде». Этот процесс возможен постольку, поскольку смежные области знания в некотором смысле и составляют «среду» друг для друга. Кроме того, с точки зрения рассмотренного ранее тезиса о тенденции к «материализации» рациональности, междисциплинарный диалог оказывается чрезвычайно продуктивным. Ведь будучи ориентированным на более гибкую нормативную регуляцию капиталистических отношений, право крайне нуждается в знании о специфике этих самых отношений. А потому экономический анализ права во многом способствует более полной реализации принципов материальной рациональности в правоприменении.

Важно здесь и то, что тандем права и экономики, как это было показано Калабреззи, способен производить и учитывать в анализе знание о некоторых этических предпочтениях людей. С точки зрения свойственной современной материальной рациональности права установке на все более точечное и деликатное нормативное регулирование, подобного рода предпочтения являются значимыми для правоприменения наравне с прочими

чисто экономическими соображениями. Данное обстоятельство позволяет предположить, что по мере развития междисциплинарных связей в социогуманитарном знании понимание рациональности в рамках отдельных областей знания будет подвергаться своего рода «гибридизации». А значит, именно исследование проблемы рациональности (свойственная ей тенденция к «материализации») является одной из внутренних причин нарастающего взаимодействия между различными областями знания. Остается лишь надеяться, что «гибридная» природа изучаемого предмета будет способствовать равноправному диалогу, а не экспансионистским настроениям представителей какой-либо одной области социального знания.

Заключение

Продланное исследование показало, что проблема юридической рациональности требует разностороннего анализа. Как представляется, он должен быть осуществлен не только в жестких рамках науки о праве (с точки зрения формалистского и антиформалистского подходов), но и с социально-эпистемологической позиции (как было показано на примере концепций М.Вебера и Н.Лумана). Вместе с тем, наблюдаемые сегодня тенденции в обосновании рациональности в праве демонстрируют все более отчетливо различимый поворот к междисциплинарному анализу. По-видимому, именно рациональность является одной из тех важнейших проблем, что задают повестку междисциплинарного диалога.

Наряду с этим можно утверждать, что наметившееся стремление к диверсификации подходов в правоведении, и, в частности, в исследовании юридической рациональности обусловлено потребностью в более надежной и гибкой правовой регуляции общественных отношений. Вместе с тем, есть достаточные основания полагать, что охарактеризованные в работе изменения в методологии правоведения идут в общем русле изменений в духовной культуре современного общества, где все более ощутимо влияние материальной рациональности.

Подводя итог проведенного исследования, обозначим ключевые результаты рассмотрения проблемы рациональности в науке о праве.

В первом разделе диссертации на примере учения Г. Кельзена и ключевых идей американского правового реализма были рассмотрены основоположения формалистского и антиформалистского подходов к обоснованию юридической рациональности. Средоточием конфликта между этими двумя подходами является полярное отношение к формально-нормативной составляющей юридической рациональности. В «чистом учении о праве» создается идеальная модель юридической рациональности, построенная на принципе строгой логической дедукции и научного метода

интерпретации правовых норм, в которой выносятся за скобки все субъективные (случайные) характеристики субъектов правоприменения (судей). Основанием для подобного самоограничения являются эпистемологические следствия нормативного анализа юридической рациональности, сторонником которого выступал Г. Кельзен. Вместе с тем подход к обоснованию юридической рациональности, предложенный австрийским правоведом, наиболее последовательно выражает понимание юридической рациональности в строгих рамках «чистой» науки о праве.

В то же время понятие рациональности в американском правовом реализме (АПР) обсуждается через проблему судейского усмотрения. Отправным пунктом анализа юридической рациональности для сторонников АПР является скептическое отношение к возможности чистой и незаинтересованной реализации смысла правовой нормы в отправлении правосудия. А потому во главу угла представители этого направления ставили проблему комплексного исследования всей совокупности факторов, влияющих на судей в ходе рассмотрения конкретных юридических дел. Последовательная реализация скептической установки потребовала от сторонников АПР признания равнозначности формально-нормативных и прочих, зачастую совершенно случайных, обстоятельств, влияющих на судейские решения. Основным мотивом этой радикальной позиции в отношении рациональности являлась практическая задача – предсказание судейских решений, в которой представители АПР усматривали важнейшую социальную функцию правоведения. Эпистемологической проекцией скептической установки стало признание приоритета социологии права в исследовании оснований юридической рациональности.

Анализ двух названных концепций позволил выявить предельные позиции в проблематизации юридической рациональности в науке о праве. Методологическая бескомпромиссность, характеризующая каждое из учений, позволяет предположить, что они могут быть рассмотрены как

взаимодополнительные. Между тем, несмотря на противоположность позиций в отношении проблемы рациональности, общим недостатком «чистого учения о праве» и АПР является наличие скрытых методологических допущений, предполагающих сильную идеализацию природы субъекта правоприменения. А потому одним из важных результатов исследования, проведенного в первом разделе диссертации, является обоснование необходимости выхода за пределы субъектоцентризма в анализе проблемы юридической рациональности.

Вместе с тем, ядром проблемы обоснования рациональности в науке о праве может быть признано выявление меры соотношения ее собственно правового (формально-нормативного) и внеюридического (заданного социальными ориентирами правоприменения) компонентов.

Во втором разделе на примере концепций М. Вебера, Н. Лумана и современного направления «право и экономика» были рассмотрены способы концептуализации внеюридической обусловленности рациональности в праве. Важным результатом этой части исследования стало обоснование необходимости использования понятий «логически формальной» и «материальной» рациональности, разработанных М. Вебером. Значимость эти понятий в анализе юридической рациональности состоит в том, что они позволили концептуально зафиксировать основные затруднения в исследовании интересующей нас проблемы: соотнесение внутренней логики права (его формальной рациональности, гарантирующей принцип верховенства права) с социальными ориентирами правоприменения (его материальной рациональностью). Кроме того, значимой тенденцией в понимании рациональности в праве является переход от жестко формалистского к материальному пониманию, который обоснован Вебером как следствие динамики капиталистических отношений, требующей все более гибкого правоприменения.

Вместе с тем дальнейшая разработка проблемы соотношения материальной и формальной рациональности потребовала нахождения языка описания, позволяющего выявить механизм их соотнесения в правовой системе. В этой связи продуктивным оказался язык системной теории Н. Лумана. Идею соотношения формальной и материальной рациональности немецкий социолог выражает в понятиях «нормативной замкнутости» и «когнитивной открытости». Использование этих понятий в контексте общих положений системной теории позволяет показать, что формальная рациональность гарантирует устойчивость воспроизводства права и, главным образом, стабильность (предсказуемость) правоприменения. Одним из значимых следствий подобного рода предсказуемости является реализация правом своей важнейшей социально обусловленной функции – формирования коммуникативных ожиданий. Вместе с тем, «когнитивная открытость» правовой системы обеспечивает реализацию материальной рациональности права – его обращенности на своеобразие тех конкретных обстоятельств, которые оно должно регулировать. Частным случаем материальной рациональности права является наличие «размытых понятий» в праве и возникающих благодаря им парадоксов. Язык системной теории позволил обосновать конструктивное значение недоопределенности некоторых фундаментальных правовых понятий с точки зрения реализации социальных целей правоприменения.

Рассмотрение методологических оснований «права и экономики» позволило выявить эпистемологическое измерение «материализации» рациональности в праве. Активное развитие этого междисциплинарного направления может быть объяснено ограниченностью эпистемологических ресурсов правовой науки в применении к исследованию рациональности. Подобного рода ограниченность обусловлена, прежде всего, нормативной природой юридического знания. В этой связи целесообразным является обращение к ресурсам науки экономики, поскольку экономическое

моделирование рациональности в значительной мере связано с эмпирическим исследованием реальных ценностных предпочтений индивидов. Междисциплинарная кооперация, таким образом, оказывается обоснованным следствием все более комплексного понимания оснований рациональности в праве. Некоторые реалии этого взаимодействия продемонстрированы на примере перераспределения моральных издержек институтом деликтного права.

Вместе с тем, несмотря на многообещающие перспективы междисциплинарного анализа, в случае с «правом и экономикой» сохраняет свою актуальность угроза дисциплинарной экспансии и разрушения паритетного методологического диалога. Так, обеспокоенность вызывает та легкость, с которой правоведы воспринимают новые веяния в экономике (например, критику теории рационального выбора и тезис об иррациональности экономического поведения в рамках поведенческой версии «права и экономики»). Это обстоятельство позволяет предположить, что конструктивное развитие междисциплинарного сотрудничества требует компетентного философско-методологического сопровождения. Философия науки может выступить в роли «местоблюстителя» каждой из областей знания и вместе с тем способствовать выработке полноценного языка междисциплинарного анализа, который позволил бы защитить науку о праве от «империалистических» амбиций науки экономики. Кроме того, с точки зрения исследования проблемы рациональности дисциплинарный паритет способен предотвратить подмену юридической специфики понимания рациональности особенностями ее экономической интерпретации.

Таким образом, проведенное исследование позволило выявить комплексный характер проблемы рациональности в науке о праве; объяснить постепенный переход от жесткого формального к все более гибкому, социально ориентированному пониманию рациональности, а также

обосновать значимость перехода к междисциплинарному анализу в связи с нарастающей «материализацией» рациональности в праве.

Форма данного исследования не позволяет претендовать на исчерпывающий анализ обозначенной проблемы. Однако, как представляется, его результаты способствуют лучшему пониманию основных тенденции в исследовании проблемы рациональности в науке о праве и некоторых методологических затруднений, возникающих на пути ее осмысления.

Список литературы

1. *Автономова Н.С.* Рассудок. Разум. Рациональность. М.: Наука, 1988. 287 с.
2. *Анисов А.М.* Интерсубъективные методы построения теории // *Философия науки.* 2009. Вып. 14. С. 195-208.
3. *Анисов А.М.* Фантазии, мнения, ценности и знания // *Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Философия.* 2013. №4. С. 58-72.
4. *Ариэли Д.* Предсказуемая иррациональность. Скрытые силы, определяющие наши решения. М.: Манн, Иванов и Фарбер, 2010. 296 с.
5. *Артемов В.М.* Этика П.А. Кропоткина и проблема соотношения нравственности и права // *Вопросы философии.* 2016. №5. С. 209-214.
6. *Артемов В.М.* Нравственное измерение свободы и права в контексте парадигмы человекоцентризма // *Lex Russica.* 2015. №4. С. 99-103.
7. *Аршинов В.И.* Луман и Латур: возможности конвергенции системного и сетевого походов // *Философские науки.* 2016. № 10. С. 130-139.
8. *Беккер Г.* Человеческое поведение: экономический подход. Избранные труды по экономической теории / пер. с англ., сост., науч. ред., послесл. Р.И. Капелюшникова, предисл. М.И.Левина. М.: ГУ ВШЭ, 2003. 672 с.
9. *Бентам И.* Тактика законодательных собраний: Политические опыты. СПб.:Л.А. Велихов, 1907. 208 с.
10. *Берман Г.-Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. М.: Инфра- М, Изд-во МГУ, 1998. 624с.
11. *Буданов В.Г.* Проблемы коэволюции антропо- и техносферы, квантово-синергетический подход // *Сложность. Разум. Постнеклассика.* 2014. № 4. С. 34-47.
12. *Васюков В.Л.* Интерсубъективность и распределенные представления // *Эпистемология и философия науки.* 2011.Т.27. № 1. С. 64-66.
13. *Васюков В.Л.* Проблема сознания с точки зрения логического функционализма // *Философия науки.* 2006. Т. 12. № 1. С. 154 – 172.

14. Вебер М. Хозяйство и общество. Очерки понимающей социологии. Т.1. Социология / сост., общ. ред и предисл. Л.Г.Ионина. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2016. С.261.
15. Вебер М. Хозяйство и общество. Очерки понимающей социологии. Т.1. Социология / сост., общ. ред и предисл. Л.Г.Ионина. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2016. 448 с.
16. Войшвилло Е.К., Маркин В.И. Философское и методологическое значение логики // Вопросы философии. 1988. №2. С. 89-94.
17. Выготский Л. С. Вопросы детской психологии. М.: Союз, 2006. 224 с.
18. Герасимова И.А. Человек в техногенной цивилизации // Высшее образование сегодня. 2013. № 9. С. 39-43.
19. Веденеев Ю.А. Интерпретации права как культурно-исторический феномен // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. Т. 58. № 3. С. 5-15.
20. Веденеев Ю.А. Правовая реальность: онтология и эпистемология // Lex Russica. 2015. № 5. С. 7-22.
21. Выготский Л. С. Вопросы детской психологии. М.: Союз, 2006. 224 с.
22. Гаджиев Г.А. Конституционно-правовое концептуальное пространство и его ценности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2012. №2. С.3-16.
23. Гаджиев Г.А. Онтология права: критическое исследование юридического концепта действительности. М.: НОРМА: ИНФРА-М, 2013. 320 с.
24. Гаджиев Г.А. Официальное толкование конституции: сочетание онтологического и эпистемологического подходов // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2012. №1. С. 130-154
25. Гаджиев Г.А. Право и экономика (методология). М.: НОРМА: ИНФРА-М, 2016. 256 с.
26. Гайденок П.П., Давыдов Ю.Н. История и рациональность: социология М.Вебера и веберовский ренессанс. М.: Политиздат, 1991. 367 с.

27. *Грундманн Р., Штер Н.* Власть научного знания. СПб: Алетейя, 2015. 328 с.
28. *Дворкин Р.* О правах всерьез. М.: Российская политическая энциклопедия, 2004. 392 с.
29. *Джеймс У.* Что такое прагматизм // Джеймс У. Прагматизм: новое название для некоторых старых видов мышления. Популярные лекции по философии. СПб.: Изд. «Шиповникъ», 1910. С.32 – 55.
30. *Ивлев Ю.В.* Логико-методологические критерии научности и ненаучности знания // Вестник Московского университета. Серия 7. Философия. 2008. №5. С. 40-45.
31. *Калабреззи Г.* Будущее права и экономики. Очерки о реформе и размышления / пер. с англ. И.В.Кушнаревой; под науч. ред. М.И.Одинцовой. М.: Изд-во Института Гайдара, 2016.304 с.
32. *Касавин И.Т.* Нормы в познании и познание норм // Epistemology & philosophy of science/Эпистемология и философия науки. 2017. Т. 54. № 4. С. 8-19.
33. *Касавин И.Т.* О ситуациях проблематизации рациональности // Рациональность как предмет философского исследования / под ред. В.С. Швырева, Б.И. Пружинина. М.: ИФ РАН, 1995. С.187-208.
34. *Касавин И.Т., Лекторский В.А., Швырев В.С.* Рациональность как ценность культуры // Вестник Российской академии наук. 2005. Т. 75. № 11. С. 1028-1037.
35. *Касавин И.Т., Сокулер З.А.* Рациональность в познании и практике. Критический очерк. М.: Наука, 1989. 192 с.
36. *Киященко Л.П.* Простота сложности и сложность простоты (мерность различения) // Философия науки. 2013. Т.18. №1. С. 278-292.
37. *Коген Г.* Теория опыта Канта М.: Академический проект, 2012. 618 с.
38. *Коммонс Дж.Р.* Правовые основания капитализма / пер. с англ. А. Апполонова, А.Маркова; под общ. ред. М.Одинцовой. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2011. 416 с.

39. *Князева Е.Н.* Сборка субъекта с точки зрения коэволюции сложных систем // Проблема сборки субъектов в постнеклассической науке / Отв. ред. В.И. Аршинов, В.Е. Лепский. М.: ИФ РАН, 2010. С. 86-96;
40. *Кржевов В.С.* Истины и ценности в социальном знании // Вестник Московского университета. Серия 7. Философия. 2014. № 3. С. 20-29.
41. *Кржевов В.С.* Некоторые актуальные проблемы философии и методологии науки о праве // Государство и право. 2016. № 4. С. 11-13.
42. *Кржевов В.С.* Номотетическое познание в общественных и гуманитарных науках / *Момджян К.Х., Антоновский А.Ю., Никифоров А.Л., Арагамакова А.А.* // Epistemology and philosophy of science/ Эпистемология и философия науки. 2015. Т.45. № 3. С.16-55.
43. *Кржевов В.С.* Человек правоспособный. Концепция естественного права и антропологический подход // Философские науки. 2014. № 11. С. 162-165.
44. *Кун Т.* Замечания на статью И. Лакатоса // Структура и развитие науки. Из Бостонских исследований по философии науки // под общ. ред. Б.С. Грязнова, В.Н. Садовского. М.: Прогресс, 1978. С. 270 – 283.
45. *Лазарев В.В.* Нормативная природа судебного прецедента // Журнал российского права. 2012. №4 (184). С. 92-99.
46. *Лазарев В.В.* Толкование права: классика, модерн, постмодерн // Журнал российского права. 2016. № 8 (236). С. 15-28.
47. *Лекторский В.А.* Рациональность как ценность культуры // Вопросы философии. 2012. №5. С. 26-34;
48. *Лекторский В.А.* Рациональность, социальные технологии и судьба человека // Epistemology and philosophy of science/Эпистемология и философия науки. 2011. Т.29. № .3. С.35-48.
49. *Лисеев И.К.* Системная познавательная модель и современная наука // Системный подход в современной науке. К 100-летию Людвиг фон Бергаланфи / отв. ред. И.К. Лисеев, В.Н. Садовский. М.: Прогресс-Традиция, 2004. С. 69-80.

50. *Луман Н.* Введение в системную теорию / Пер. с нем. К.Тимофеевой. М.: Издательство Логос, 2007. 360 с.
51. *Луман Н.* Власть / Пер. с нем А.Ю.Антоновского. М.: Праксис, 2001. 256 с.
52. *Мамчур Е.А.* Рациональная реконструкция познавательного процесса и психологические факторы // *Вех. Философский журнал.* 2016. № 21. С.425 – 435.
53. *Назарчук А.В.* Теории коммуникации в современной философии. М.: Прогресс-Традиция, 2009. 320 с.
54. *Неважай И.Д.* Критерии научности в нормативных теориях: неокантианство и теория права Г. Кельзена // *Известия Саратовского университета. Новая серия. Серия: Философия. Психология. Педагогика.* 2014. Т.14. № 2-1. С. 25-30.
55. *Неважай И.Д.* Право на право как матрица европейской традиции права // *Известия высших учебных заведений. Правоведение.* 2013. №2 (307). С. 257-262.
56. *Неважай И.Д., Суровягин Д.П.* К вопросу о структуре гуманитарной научной теории // *Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Философия.* 2013. № 4. С. 81-94.
57. *Нерсесянц В.С.* Философия права Гегеля. М.: Юристъ, 1998. 352 с.
58. *Нерсесянц В.С.* Философия права. М.: ИНФРА-М, 2010. 256 с.
59. *Нерсесянц В.С.* Философия права: либертарно - юридическая концепция // *Вопросы философии.* 2002. № 3. С. 3-15.
60. *Никифоров А.Л.* Соотношение рациональности и свободы в человеческой деятельности // *Исторические типы рациональности / под ред. В.А.Лекторского.* Т.1. М.: ИФ РАН, 1995. С. 282-288.
61. *Новгородцев П.И.* Введение в философию права: кризис современного правосознания. М.: Наука, 1996. 269с.
62. *Новгородцев П.И.* Кант и Гегель в их учениях о государстве и праве. СПб.: Алетейя, 2000. 320 с.

63. *Новгородцев П.И.* Об общественном идеале. М.: Красанд, 2010. 514с.
64. *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности в 2 ч. Ч.1. М.: Изд-во Юрайт, 2017. 295с.
65. *Печенкин А.А.* Проблема концептуального обоснования научного знания: классика и современность // Вопросы философии. 1987. № 6. С. 48-57.
66. *Порус В.Н.* Парадоксы научной рациональности и этики // Исторические типы рациональности / под ред. В.А.Лекторского. Т.1. М.: ИФ РАН, 1995. С. 317-335.
67. *Порус В.Н.* Рациональность // Новая философская энциклопедия / под ред. В.С. Степина. М.: Мысль, 2000-2001.
68. *Пржиленский В.И.* Эволюция понятия факта: проблема юридического познания и правоприменительной практики // Всероссийский криминологический журнал. 2016. Т. 10. С.779-789.
69. *Пржиленский В.И.* Реальность и истина в конструктивистской парадигме философии права // Lex Russica. 2015. № 5. С. 23-43.
70. *Пржиленский В.И.* Юридическое познание и правоприменительные практики в контексте неклассической эпистемологии // Вопросы философии. 2015. №8. С. 42-52.
71. *Радбрух Г.* Философия права. М.: Международные отношения, 2004. 240 с.
72. *Розин В.М.* Философия права. М.: URSS, 2016. 256 с.
73. *Розов М.А.* История науки и проблема ее рациональной реконструкции Исторические типы рациональности / под ред В.А.Лекторского. Т.1. М.: ИФ РАН, 1995. С. 157-192.
74. *Сабатини Р.* Торквемада и испанская инквизиция. М.: Терра-Книжный Клуб, 1999. 320с.
75. *Севальников А.Ю.* О возможности нового понимания реальности // Философия науки. 2009. Вып. 14. С. 144- 157.
76. *Соловьев В.С.* Оправдание добра. М.: Академический Проект, 2000. 672 с.

77. *Степин В.С.* Историко-научные реконструкции: плюрализм и кумулятивная преемственность в развитии научного знания // Вопросы философии. 2016. №6. С. 5-14.
78. *Степин В.С.* Научная рациональность в техногенной культуре: типы и историческая эволюция // Вопросы философии. 2012. №5. С. 18-25.
79. *Степин В.С.* Особенности научного познания и критерии типов научной рациональности // Epistemology and philosophy of science/Эпистемология и философия науки. 2013. Т. 36. № 2. С. 78-91.
80. *Степин В.С.* Проблемы методологии гуманитарных наук / *Лекторский В.А., Федотова В.Г., Касавин И.Т., Мамчур Е.А., Филатов В.П., Маркова Л.А., Пружинин Б.И., Порус В.Н.* // Epistemology and philosophy of science / Эпистемология и философия науки. 2007. Т.12. № 2. С. 38 – 74.
81. *Степин В.С.* Теоретическое знание: структура, историческая эволюция. М.: Прогресс – Традиция, 2003. 744 с.
82. *Суровцев В.А., Оглезнев В.В.* Аналитическая философия, юридический язык и философия права. Томск: Изд-во Томского ун-та, 2016. 236 с.
83. *Тома Ш.* Макс Вебер, Толкотт Парсонс и социология правовой реформы: переоценка с последствиями для права и развития // Право и правоприменение в зеркале социальных наук. Хрестоматия современных текстов / науч. ред. Э.Л. Панеях. М.: Статут, 2014. С. 25-58.
84. *Трубецкой Е.Н.* Энциклопедия права. М.: Товарищество скопореч. А.А. Ливенсон, 1908. 225 с.
85. *Финнис Дж.* Естественное право и естественные права. М.: ИРИСЭН, Мысль, 2012. 554 с.
86. *Фрейд З.* Я и Оно // Фрейд З. Я и Оно (сборник) / сост. М. Блюменкранц.. М.: Антология мысли, 2016. С. 839 – 860.
87. *Фуллер Л.* Мораль права. М.: ИРИСЭН, 2007. 312 с.
88. *Харт Г.Л.А.* Понятие права. СПб.: Изд-во С. – Петерб.ун-та, 2007. 302 с.
89. *Харт Г.Л.А.* Философия и язык права. М.: Канон+ РООИ «Реабилитация», 2017. 384 с.

90. *Честнов И.Л.* Научная новизна постклассической юриспруденции // Российский журнал правовых исследований. 2016. № 2(7). С. 7-15.
91. *Честнов И.Л.* Постклассическое правопонимание // Общественные науки и современность. 2010. №5. С. 157-162.
92. *Честнов И.Л.* Теоретические проблемы правоприменения // Криминалистика. 2015. № 2. С. 76-79.
93. *Четвернин В.А.* Либертарно – институциональная концепция права // Неклассическая философия права: вопросы и ответы / под общ. ред. А.В. Стовба. Харьков: ІнЮре, 2013. 272 с.
94. Чистое учение о праве Ганса Кельзена / отв. ред. В.Н. Кудрявцев, Н.Н. Разумович.
95. *Швырев В.С.* Рациональность в спектре ее возможностей Исторические типы рациональности / под ред. В.А.Лекторского. Т.1. М.: ИФ РАН, 1995. С. 7-29.
96. *Швырев В.С.* Рациональность как ценность культуры. Традиция и современность. М.: Прогресс-Традиция, 2003. 176 с.
97. *Швырев В.С.* Рациональность как философская проблема // Рациональность как предмет философского исследования / под ред. В.С. Швырева, Б.И. Пружинина. М.: ИФ РАН, 1995. С. 3-20.
98. *Шевцов С.П.* Метаморфозы права. Право и правовая традиция. М.: Изд.дом Высшей школы экономики, 2014. 405 с.
99. *Шмитт К.* О трех видах юридического мышления // Государство: Право и политика / Шмитт К. М.: Издательский дом «Территория будущего», 2013. 448с.
100. *Шмитт К.* Политическая теология. Четыре главы к учению о суверенитете // Политическая теология. Сборник. - М.: «КАНОН-пресс - Ц», 2000. 336 с.
101. *Шульга Е.Н.* Понимание и интерпретация. М.: ИФ РАН, 2008. 317 с.
102. *Becker G.* Crime and Punishment: An Economic Approach. URL: <http://www.nber.org/chapters/c3625> (дата обращения: 06.07.2016);

103. *Berman H.J.* Toward an Integrative Jurisprudence: Politics, Morality, History // California Law Review. 1988. Vol. 76. No. 4. P. 779 – 801 p.
104. *Berman H.J., Reid C.J.* Max Weber as Legal Historian // The Cambridge Companion to Weber / Ed. by S. Turner. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. P. 223-239.
105. *Calabresi G., Bobbitt P.* Tragic Choices. N.Y.: W.W. Norton & Co., 1978. 256 p.
106. *Caldwell B.J.* Appraisal and Criticism in Economics: a Book of Readings. L.: Unwin Hyman, 1984. 400 p.
107. *Clarke S., Walsh A.* Scientific Imperialism and the Proper Relations Between the Sciences // International Studies in the Philosophy of Science 2009. Vol. 23. P. 195 – 207.
108. *Dewey J.* The Quest for Certainty: A Study of the Relation of Knowledge and Action. NY: Capricorn, 1960. 318 p.
109. *Dworkin R.* Law's Empire. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986. 470 p. *Dworkin R.* A Matter of Principle. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986. 448 p.
110. *Edel G.* The Hypothesis of the Basic Norm // Ed. by St.L. Paulson, B.L.Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1998. P. 95 – 220.
111. *Elster J.* Rationality, Economy, and Society // The Cambridge Companion to Weber / Ed. by S. Turner. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. P. 21-41.
112. *Finnis J.* Philosophy of Law: Collected Essays in 4 vol. Vol 4. Oxford: Oxford University Press, 2011. 509 p.
113. *Finnis J.* Reason in Action: Collected Essays. Vol.1. Oxford: Oxford University Press, 2011. 384 p.
114. *Frank J.* Are judges human? // University of Pennsylvania Law Review. 1931. Vol. 80. P. 233–267.
115. *Frank J.* Law and the Modern Mind. NY: Brentano's Publ., 1930. 374 p.

116. *Habermas J.* Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1996. 631 p.
117. *Hall J.* Integrative Jurisprudence // *The Hastings Law Journal*. 1976. Vol. 27. P. 779 – 792.
118. *Hart H.L.A.* Kelsen Visited // Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes / Ed. by St.L. Paulson, B.L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1998. P. 69 – 88.
119. *Hart H.L.A., Honore T.* Causation in the Law. Oxford: Oxford University Press, 1985. 604 p.
120. *Hausman D.M.* Methodology and Theory Appraisal // *Essays on Philosophy and Economic Methodology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. P. 11-106.
121. *Hausman D.M.* Models and Theories in Economics // *The Inexact and Separate Science of Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994. P. 70 – 82.
122. *Hirshleifer J.* The expanding domain of economics // *The American Economic Review*. December 1985. P. 53-68.
123. *Holmes O.W.* The path of law. New Orleans: Quid Pro LLC, 2009. 52 p.
124. *Jolls C., Sunstein C., Thaler R.* A Behavioral Approach to Law and Economics // *Stanford Law Review*. Vol. 50. May 1998. P. 1471 – 1550.
125. *Kelsen H.* Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1920. 320 p.
126. *Kelsen H.* Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht. Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr, 1922. 253 p.
127. *Kelsen H.* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1911. 370p.

128. *Kelsen H.* Introduction to the problems of legal theory. Oxford: Clarendon Press, 1992. 216 p.
129. *Kennedy D.* The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought // *Hastings Law Journal*. 2004. Vol. 55. P. 1031 – 1076.
130. *Kennedy D.* Two Globalizations of Law and Legal Thought: 1850 – 1968 // *Suffolk University Law Review*. 2003. Vol. XXVI. No. 3. P. 631 – 679 p.
131. *Lazear E.P.* Economic Imperialism // *Quarterly Journal of Economics*. 2000. Vol. 115. P. 99 -146.
132. *Leiter B.* 1997. Rethinking legal realism: Toward a naturalized jurisprudence // *Texas Law Review*. 1997. Vol. 76. P. 267–315.
133. *Leiter B.* Legal indeterminacy // *Legal Theory*. 1995. Vol. 1. P. 481–491.
134. *Leiter B.* Naturalism in Legal Philosophy // *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2014 Edition) / Ed. by E.N.Zalta. URL: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/lawphil-naturalism/> (дата обращения: 10.02.2017).
135. *Leiter B.* Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2007. 300 p.
136. *Leiter B.* Objectivity, morality, and adjudication // *Objectivity in Law and Morals* / Ed. by B. Leiter. Cambridge, UK: Cambridge University, 2001. P. 66–98.
137. *Llewellyn K.* Remarks on the theory of appellate decision and the rules and canons about how statutes are to be construed // *Vanderbilt Law Review*. 1950. Vol. 3. P. 395–406.
138. *Llewellyn K.* A realistic jurisprudence – the next step // *Columbia Law Review*. 1930. Vol. 30. P. 431–465.
139. *Llewellyn K.* Some Realism About Realism // *Llewellyn K. The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Boston: Little, Brown and Co., 1960. 432 p.

140. *Luf G.* One the Transcendental Import of Kelsen's Basic Norm // Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes / Ed. by St.L.Paulson, B.L.Paulson. Oxford. 1998. P. 221-234.
141. *Luhmann N.* Closure and openness: On reality in the World of Law // Teubner G. (ed.). Autopoietic law: A New Approach to Law and Society. Berlin: Walter de Gruyter, 1988. P. 335-348.
142. *Luhmann N.* Gesellschaft der Gesellschaft. Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1998. 1164 p.
143. *Luhmann N.* Law as a Social System. Oxford: Oxford University Press, 2004. 498 p.
144. *Luhmann N.* The Function of Law // Luhmann N. Law as a Social System. Oxford: Oxford University Press, 2004. P. 142-172.
145. *Luhmann N.* The Self-Reproduction of Law and its Limits // Dilemmas of Law in the Welfare State / Ed. by G. Teubner. Berlin: Walter De Gruyter, 1986. 352 p.
146. *Mäki U.* Scientific Imperialism: Difficulties in Definition, Identification and Assessment // International Studies in the Philosophy of Science. 2013. Vol. 27. No. 3. P. 325-339.
147. *Mäki U., Walsh A., Fernández Pinto M.* Scientific Imperialism: Exploring the Boundaries of Interdisciplinarity. L.: Routledge, 2017. 332 p.
148. *Oliphant H.* A Return to Stare Decisis // American Bar Association Journal. 1928. Vol. 14. No.2. P. 71 - 76.
149. *Paul J.* The Legal Realism of Jerome Frank: A Study of Fact-Skepticism and the Judicial Process. The Hague: Martinus Nijhoff, 1959. 177 p.
150. *Perez O.* The Institutionalization of Inconsistency: From Fluid Concepts to Random Walk // Paradoxes and Inconsistencies in the Law / Ed. by O.Perez & G.Teubner. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publ., 2006. P.119-144.
151. *Posner R.* Kelsen, Hayek, And The Economic Analysis Of Law. URL: <http://users.ugent.be/~bdpoorte/EALE/posner-lecture.pdf> (дата обращения: 17.05.2016)

152. *Posner R.* The Economic Approach to Law // Texas Law Review. 1975. Vol. 757. P. 757-782.
153. *Posner R.* The Economics of Justice. Cambridge, Massachusetts, L.: Harvard University press, 1981. 415 c.
154. *Raz J.* Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason. Oxford: Oxford University Press, 2009. 413 p.
155. *Raz J.* The Concept of a Legal System. 2nd Edition. Oxford: Clarendon Press, 1980. 241 p.
156. *Rescher N.* Paradoxes. Their Roots, Range and Resolution. Open Courts. Chicago and La Salle, Illinois. 2001. 320 p.
157. *Shapiro S.J.* The Bad Man and the Internal Point of View // The Path of Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr. / Ed. by S. Burton. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. P. 197 – 210.
158. *Stigler G.* Economics – The imperial science? // Scandinavian Journal of Economics. 1984. Vol. 86. P. 301-313.
159. *Sunstein C.* Choosing Not To Choose: Understanding The Value Of Choice. N.Y.: Oxford University Press, 2015. 219 p.
160. *Teubner G.* How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law // Law and Society Review. 1989. Vol. 23. No. 5.P. 727 – 758.
161. *Thaler R.* Misbehaving: The Making of Behavioral Economics. N.Y.: W.W. Norton & Co.,2016. 432 p.
162. *Thaler R.* Quasi Rational Economics. N.Y.: Russel SAGE Foundation, 1994. 367 p.
163. The Oxford Handbook in Behavioral Economics And The Law / Ed. by *Zayal E., Teichman D.* Oxford: Oxford University Press, 2014. 824 p.
164. *Trubek D.* Max Weber on Law and the Rise of Capitalism // Wis .L. Rev., 1972. No. 3. P.720 – 753.
165. *Volkomer W.* The Passionate Liberal: The Political and Legal Ideas of Jerome Frank. The Hague: Martinus Nijhoff, 1970. 233 p.

166. *Weber M.* Economy and Society: An Outline of Interpretative Sociology / Ed. by G. Roth, C. Wittich. Berkley: University of California Press, 1968. 1712 p .
167. *Weber M.* Max Weber on Law in Economy and Society 1/ Ed., transl. by M. Rheinstein, transl. by E. Shils. Harvard University Press, 1954. 437 p.
168. *White M.* A Philosophy of Culture: The Scope of Holistic Pragmatism. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2002. 193 p.
169. *Wiethölter R.* Rechtswissenschaft. Frankfurt a. M., Hamburg: Fischer – Bücherei, 1968. 399 s.