

ЮРИДИЧЕСКИЙ ПОЗИТИВИЗМ И ПРОБЛЕМЫ РАЗВИТИЯ РОССИЙСКОГО ПРАВА ¹

Михаил Антонов

Санкт-Петербургский филиал Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

ORCID: 0000-0002-6462-2664

<https://doi.org/10.36169/2227-6068.2021.02.00006>

Аннотация. В настоящей работе рассматриваются некоторые идеологические предпосылки критики юридического позитивизма. Анализируется роль радикальных политических изменений в правовых системах, их влияние на правовое мышление. Автор предполагает, что при таких изменениях правоприменительные органы нередко фактически изменяют свое толкование закона с учетом новой идеологии. Порой такие изменения могут привести к подмене буквального смысла норм позитивного права идеологическими конструктами. Возможность таких изменений иллюстрируется на примере СССР сталинского времени и Германии времен национал-социализма, с изучением того развития, которое в связи с этими идеологическими изменениями претерпело теоретическое правоведение в этих двух странах.

Ключевые слова: юридический позитивизм, права человека, либерализм, консерватизм, политическая идеология, правоприменение, обновление права

¹ Это исследование было проведено в рамках Land Steiermark Senior Fellowship в Университете Граца, Австрия.

Введение

В настоящей работе рассматриваются некоторые идеологические предпосылки критики юридического позитивизма и то, как критическое отвержение юспозитивистской методологии может привести к подмене буквального смысла норм позитивного права идеологическими конструктами. При этом, конечно, не утверждается, что каждый случай критики методологических принципов юридического позитивизма можно рассматривать в смысле апологии децизионизма.

Признаком децизионизма нередко является ожесточенная критика юспозитивизма, методологические принципы которого исключают отказ в применении закона или изменение его содержания помимо установленных в правовом порядке процедур. Теоретическую адаптацию правоведов к идеологическим изменениям в политической сфере, если такие изменения не приводят одновременно к пересмотру основных правовых текстов, легче осуществить при помощи тех теоретических воззрений, которые обосновывают возможность обхода позитивного права во имя высших ценностей. Подобные изменения в праве и правовой теории отчасти характерны для развития постсоветского права и теоретических представлений некоторых постсоветских правоприменителей и правоведов.

Этот тезис развивается применительно к известному напряжению, которое можно обнаружить между либеральным духом и буквой российской Конституции 1993 г. и законодательства 1990-х годов, с одной стороны, и перетолкованием их норм в духе консервативной идеологии, что имеет место начиная с 2000-х годов. Все более частым стало обращение к общим и по своей сути бессодержательным формулам исключения из правил, обосновываемого особенностями национального развития. Типичный пример – дискуссия о цивилизационных особенностях России и связанных с ними «пределах уступчивости», которая была спровоцирована делом Маркина (Определение Конституционного Суда РФ от 15.01.2009 № 187-О-О) и последующими решениями ЕСПЧ по этому делу. Аргументы в пользу приоритета социокультурных и исторических особенностей российского общества как основания для ограничения конституционных прав меньшинств также прозвучали, например, в деле о гей-парадах (Постановление Конституционного Суда РФ от 23.09.2014 № 24-П). Беспокойство вызывает то, что такие формулы допускают на практике почти бесконтрольное нарушение прав человека, действие которых суживается ограничительным конституционным толкованием в духе «традиционных ценностей» и других консервативных формул.¹ В конечном итоге, о пределах действия гарантированных Конституцией и международными актами прав человека решают конституционные судьи, руководствуясь при этом оценочными суждениями, связь которых с Конституцией далеко не очевидна и не становится понятнее после прочтения текстов постановлений суда.

Не добавляют в этом отношении ясности и публичные дебаты. Например, в своей недавней лекции на Международном юридическом форуме Председатель

¹ Это развитие не является чем-то, характерным только для России. Аналогичные примеры можно найти в конституционном праве и других стран.

Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькин попытался обосновать особую позицию России по отношению к общеевропейскому консенсусу касательно содержания прав человека, пообещав соотечественникам «прорывную правовую модернизацию, начало которой положено состоявшимся обновлением Конституции» (Zorkin 2021: 14). Сокрушаясь о господствующей в либеральном мире «беспощадной толерантности», Председатель Конституционного Суда РФ отстаивает право России на «уважение своей самости, на признание права отличаться и, будучи при этом членом мирового сообщества, выражать своё несогласие» (Zorkin 2021: 10) по вопросам прав человека.

Можно согласиться с тем, что в позитивном праве существуют «особые нормы-принципы, которые выражают квинтэссенцию ценностей конкретного общества» (Zorkin 2021: 8), что «право, мораль, этические нормы взаимосвязаны, они основаны на общих принципах, главными из которых являются соразмерность и справедливость» (Zorkin 2021: 10). Вопрос не в том, признавать ли взаимосвязь таких нормативных регуляторов, как право и мораль (ее никто и не отрицает), и теоретическую возможность высших «норм-принципов» (они также не исключаются ни в юспозитивизме, ни в других подходах), а в том, кто и как эти принципы устанавливает и кто, в конечной инстанции, решает о том, что будет правом.

Правовые теории, которые оправдывают подмену содержания закона соображениями о справедливости и иных ценностях, упускают из вида важность культурных и иных условий каждого конкретного правового порядка. Если в демократических правовых порядках подобные дискурсы могут на самом деле способствовать улучшению качества правового регулирования, то в авторитарных и переходных политических режимах они, наоборот, способны привести к обоснованию любого ограничения основных прав через их «безграничное толкование» (термин немецкого исследователя Б. Рютерса) в духе господствующей политической идеологии. Поэтому критика юридического позитивизма в пользу разного рода «широких подходов к праву» не обязательно оказывается спутницей либеральной идеологии – порой она может служить для обоснования дискриминационных правоприменительных практик. Само по себе обращение к той или иной западной непозитивистской концепции (например, живого конституционализма или балансирования ценностей/принципов) и нередко сопутствующая этому обращению критика позитивизма еще не гарантирует того, что результатом будет более демократичное и либеральное истолкование права.

В правовом порядке, который наделяет высшей нормативной силой закон, созданные другими ветвями власти (исполнительной и судебной властью) нормы не могут, согласно принципу *lex superior*, отрицать юридическую силу закона или наполнять закон содержанием, противоречащим его буквальному смыслу. Если в юридическом сообществе получают массовое хождение теории, согласно которым обязывающая сила закона зависит, наряду с его изданием в установленном порядке и его непротиворечием вышестоящим нормам права, также и от его соответствия некоему «естественному порядку вещей», «национально-государственному самосознанию», «идеальному метаправу» (Zorkin 2021: 11, 19, 21), и схожим юснатуралистическим абстракциям, формулируемыми высшими судебными

инстанциями, остается вопрос о том, каковы реальные механизмы защиты субъективных прав против их ограничения через тот или иной ценностный дискурс. Как гарантировать то, что под прикрытием туманных рассуждений о ценностях и национальных особенностях судьи не подменяют буквальное содержание закона неким идеологическим содержанием и тем самым не лишат граждан тех прав, которые гарантированы им законом и международным правом?

Признавая неизбежность метанарративов в праве (Zorkin 2021: 7), проф. Зорькин убежден в необходимости «возвращения к ценностному фундаменту, положенному в основу конституционной системы государства» (Zorkin 2021: 9). Он предполагает, что «право – это не «чистая» форма, нейтральная к ее содержанию, и что национальная правовая система не может функционировать – и, соответственно, правовое развитие общества невозможно – в отрыве от его исторической, моральной и ценностной основы» (Zorkin 2021: 8–9), от «ценностей многонационального народа, разделяемых им на протяжении истории общежития, исторической памяти» (Zorkin 2021: 22). Но, как показала история XX века, подобные дискурсы могут превратиться в опасный инструмент ограничения установленных законом прав в угоду идеологии.

Применительно к использованию подобных формул в конституционном и ином толковании права, речь идет об известной практически всем правопорядком диалектике правила и исключения. Российские суды и их практика, умонастроения российского юридического сообщества здесь не являют чего-то особого с теоретико-правовой точки зрения. Вместе с тем, если в западных правопорядках действие диалектики правила и исключения встроено в механизмы делиберативной демократии и систему сдержек и противовесов, то в России – по причине практической неэффективности таковых – создается угроза того, что под видом толкования права суды будут проводить в жизнь идеологические установки правящих элит. Поэтому особенно актуально для отечественной теории права звучит вопрос: *Quis custodiet ipsos custodes?*

Критика позитивизма и обоснование децизионизма

Критика юридического позитивизма в истории идей нередко служит признаком радикальных политических изменений, происходящих в обществе. Позитивное право не может немедленно адаптироваться к подобным изменениям, тогда как в политических и культурных элитах, а нередко и в обществе в целом может формироваться запрос на то, чтобы право сразу интерпретировалось и применялось по-новому, согласно изменившейся обстановке (в духе новой идеологии, ценностей и т. п.). Верность букве закона в такие периоды истории может оказаться для судей хоть и похвальной, но политически нежелательной добродетелью. Следуя ей, правоприменители применяли бы правовые нормы предшествующего политического режима без учета тех изменений, которых требует новая политическая обстановка – изменений, которые новые правители не успевают внести в законы по разного рода техническим причинам. Строгое проведение в жизнь принципа легальности может при таких обстоятельствах быть чревато не только конфликтом между политической и судебной властью, но и потерей последней легитимности в глазах населения и

поддержки со стороны элит. При таких обстоятельствах юристам удобнее уйти в тот или иной позитивистский дискурс о высших началах права, чтобы получить свободу в адаптации старого права к новым политическим условиям.

В этом смысле, в частности, триумф естественного права в годы Французской революции, критика либерально-буржуазной идеологии со стороны идеологов Октябрьской революции в России 1917 г. и национал-социалистической революции 1933 г. в Германии были признаками соответствующих политических пертурбаций в обществе. Это, пожалуй, наиболее показательные примеры, которые приходят на ум, но в истории можно без труда найти и другие. В том числе и случаи, когда право прежних авторитарных режимов в течение некоторого времени перестраивается судьями под новые, либеральные режимы (скажем, Западная Германия в первые годы после окончания Второй мировой войны, где Федеральный конституционный суд и другие суды долго занимались «вычищением» позитивного права от остатков нацистской идеологии). Эти изменения в немалой степени подпитываются и новыми умонастроениями народных масс, для которых старое право становится нетерпимым, равно как и соответствующими требованиями «здорового народного чувства» или «революционного правосознания». Это позволяет легитимировать «преодоление» старого права, наполнение его формулировок новым идеологическим содержанием в правоприменительных процессах.

Эта диалектика движения идей, впрочем, является вполне ожидаемым следствием того отношения, что в странах романо-германского права имеет место между политической (исполнительной и законодательной) и судебной властью. В общем и целом, последняя зависит от первой, так что при неспособности законодателя оперативно обновить позитивное право суды вынуждены корректировать его нормы *ad hoc*, чтобы не оказаться в конфликте с носителями политической власти из-за слишком строгого следования закону. На такое прагматическое приспособление соглашается, конечно, не весь судейский корпус и не все юридическое сообщество полностью, но, как правило, большая его часть.

Нужно особо отметить ту интеллектуальную реакцию, что подобные конфликты между легальностью и легитимностью обычно вызывают в юридическом сообществе. Чтобы легитимировать отход судьи от буквы и духа закона в ситуациях радикальных перемен, в эти периоды истории получали развитие теории, обосновывающие новое соотношение между источниками права, подчиненную роль права по отношению к идеологии (как бы она не называлась), большую свободу правоприменителей в оценке применимости «старого» закона к отдельным случаям, необходимость отхода от буквального толкования в пользу тех способов толкования, которые позволяют интерпретировать закон в смысле новых идеологических принципов (на языке юридической техники: заменить волю изначального законодателя волей суверена, которому принадлежит власть в данный момент времени), обоснование возможности прямой, помимо норм права, реализации народной воли в правоприменении и иные формы преодоления формализма в праве.

Подобная ситуация сложилась и в постсоветском праве, которое в первые годы своего существования в значительной части вынужденно формировалось путем

переистолкования норм старого советского права в духе новых либеральных принципов. В силу п. 2 Постановления Верховного Совета РСФСР от 12 декабря 1991 г. № 2014-1 «О ратификации Соглашения о создании Содружества Независимых Государств»; п. 2 раздела II Конституции РФ советские правовые нормы продолжают действовать в российском правовом порядке до тех пор, пока законодательная власть не вводит новые нормы на смену старым, либо пока не устанавливается противоречие старых норм с новым правовым порядком. В последнем случае нередко речь идет не о логическом противоречии, а скорее о несовместимости идеологических основ.

Неудивительно, что в 1990-е годы позитивизм среди юристов стал непопулярен – верность букве закона имела мало смысла в ситуации, когда о применимости нормы закона судья должен был, в конечном счете, решать с точки зрения того, противоречит ли она новой либеральной идеологии. В те дни позитивистский подход стал казаться многим не только признаком «узости» правопонимания (по сравнению с разного рода «широкими подходами к праву»¹), но и показателем неспособности юристов адаптироваться под потребности времени, которые порой требовали в некотором смысле легитимных, то есть находящихся под поддержкой в общественном мнении, хотя и нелегальных решений. Как, например, разгон Президентом РСФСР Б. Н. Ельциным Конституционного Суда РСФСР и расстрел Верховного Совета РСФСР из танков в 1993 году, первая чеченская война и т. п.

В теории права спутником этих изменений стали различные «новые» подходы к праву, неизменным мотивом которых выступала критика юридического позитивизма. С одной стороны, эта критика демонстрировала неправильный выбор объекта (таковым по факту был формализм в праве, характерный для юриспруденции понятий или командной теории права XIX века, но не для современного юспозитивизма). С другой стороны, критики неизменно выступали против правовой идеологии, которая требовала соблюдения права вопреки возможной неудовлетворительности его содержания с той или иной точки зрения. Наиболее последовательно юридический позитивизм в ракурсе этого второго аспекта (требование верности закону) критиковался с точки зрения юснатурализма профессором С. С. Алексеевым и в перспективе либертарной теории профессором В. С. Нерсесянцем.

Нередко критика юспозитивизма связывалась с предполагаемой несовместимостью его методологических принципов с идеей прав человека (ср., напр.: Varlamova 2021). Отметим, как минимум, спорность утверждения о том, что права человека в принципе неприемлемы для юридического позитивизма (ср. критику такого подхода: Bulygin 2016: 66–72). Ответ на вопрос о возможной коллизии норм права и прав человека во многом зависит от понимания этих последних. Если их понимать как международно-правовые инструменты, выработанные международным сообществом в послевоенные годы для предотвращения массовых нарушений, подобных тем, что были допущены нацистским режимом, то никаких проблем для

¹ По недоразумению, нормативная юриспруденция и юспозитивизм в советской и постсоветской правовой науке ассоциируются с «узким» (нормативным) подходом к праву, сводящим все право к нормам. Этому «узкому» противопоставляется «широкий» подход (См., напр.: Ivashevskii 2007).

юридического позитивизма с их признанием нет. Следуя этой позиции и принимая монистическую теорию соотношения международного и национального права, нетрудно вывести и приоритет прав человека над нормами государственного правопорядка. Если же подходить к правам человека как разновидности естественного права, что может существовать вне зависимости от какой-либо позитивации на уровне международного или национального правопорядка, то против такого подхода (но не против самой идеи прав человека) позитивисты, конечно, могут выдвинуть известные методологические аргументы.

В начале 1990-х была принята новая Конституция, заново кодифицированы наиболее значимые отрасли, законодательно изменены многие нормы прежнего права, оставшимся старым нормам высшие судебные инстанции дали более или менее устойчивое толкование. Но что примечательно – критика позитивизма не сошла на нет после завершения этого этапа трансформации российского права. С начала 2000-х она вновь усилилась и стала не менее масштабной, чем в первые постсоветские годы. Об этом можно судить, в частности, как по возросшему количеству юридической литературы, в которой обсуждаются надпозитивные начала, при помощи которых можно безгранично корректировать нормы позитивного права, так и воплощение идей о таких надпозитивных началах в судебной практике. В этом направлении высказались и многие судьи Конституционного Суда РФ (напр., Kokotov 2004; Jaroslavtsev 2007; Zorkin 2008; Bondar' 2013; Aranovskij & Kniazev 2016).

Российское право в этом отношении не представляло собой исключения из общего правила, согласно которому фактическое расширение пределов судебной правотворчества нередко обосновывается именно существованием надзаконных начал, распознавать и устанавливать которые должны судьи – помимо, а иногда и вопреки закону. Как справедливо отмечает С. А. Белов,

Ценностные суждения предполагают возможность оценки не с точки зрения содержания правовых конституционных норм, а с точки зрения принятой системы ценностей, без обоснования выводов строгими формально-логическими аргументами ..., что делает такого рода деятельность политикой, замаскированной под право. (Belov 2012: 142–143)

Апелляция к конституционным и иным высшим ценностям, конечно, сама по себе не несет в себе ничего негативного, но на практике она позволяет Конституционному Суду РФ прийти к выводам, которые могут показаться несовместимыми с принципами современной западной правовой традиции в вопросах прав человека и иных ключевых вопросах. В качестве примера можно привести практику, которая затрагивает религиозные или сексуальные меньшинства, иностранных агентов и прочие стигматизированные категории (Mikhail Antonov 2020).

Опасность ценностного дискурса проявляется в том, что оценочные высказывания не имеют истинностного характера (не могут быть проверены на истинность и ложность), так что ценностные суждения группы судей бесконтрольно подменяют собой нормы права, созданные в установленном порядке демократического законодательства. Это, конечно, не проблема только российского права – она касается и высших судов в других государствах, равно как и

наднациональных судов (Европейский суд по правам человека, Суд Европейского Союза и проч.). Но если в других случаях этот ценностный дискурс как-то уравнивается сложившимися в западных обществах механизмами сдержек и противовесов, то в молодом российском правопорядке он может приводить к негативным последствиям в виде ограничения конституционных и иных прав, позитивированных в законе, ради реализации консервативной идеологии, которую можно спрятать за ширму «конституционных ценностей», надзаконных принципов и иных возвышенных слов.

Все чаще высказываемый в России и других странах романо-германского права тезис о пользе судейского нормотворчества (в смысле того, что судьи могут создавать нормы, которые бы дополняли и изменяли законодательные нормы исходя из постигаемых судьями ценностей (Bondar' 2007)), теоретически вступает в противоречие с идеологией романо-германского права, которая предписывает правоприменителям подчиненное место. Ведь они не только назначаются с участием политической (законодательной или исполнительной) власти, но и должны в своих решениях следовать издаваемым политическими властями общим правилам (нормам права) и тем ценностям, которые выводимы из текста этих правил, а не вопреки тексту. Дать судье возможность решать о применимости или неприменимости отдельных законодательных норм в зависимости от его личных этических убеждений и предпочтений – такое решение означало бы коренным образом перестроить саму систему источников права и те ментальные схемы, которые опосредуют понимание и применение права в странах континентального права. Объявление судьи глашатаем некоего всеобщего морального чувства (убеждения) не снимает проблему, а лишь ее усугубляет.

В этом отношении показательно, что, несмотря на первоначальные успехи «революций в праве», правовое регулирование в его хотя бы рудиментарной форме было сохранено и в Советской России, и в Третьем Рейхе, а теоретики этих режимов вынуждены были сочинять новые подходы к праву, которые интегрировали сложившуюся юридическую логику с новой правовой идеологией. Дойдя до идей об отказе от нормативного регулирования в принципе, теоретические «революции в праве» останавливаются перед таким решением и ищут теоретический компромисс – вроде концепции «социалистической законности». Именно в защите способности политической власти регламентировать и контролировать поведение подчиненных ей субъектов при помощи общих норм права и заключался основной пафос А. Я. Вышинского, когда он клеймил врагов народа среди юристов (вроде Е. Б. Пашуканиса), принижающих значение закона и ратовавших за его «выветривание» при социалистическом строе (Vyshinskiy 1938: 23ff).

До полного отказа от правового регулирования через общие нормы права в пользу ручного управления под прикрытием ценностного дискурса дело так и не дошло – ни в сталинском СССР, ни в гитлеровской Германии. После нескольких лет теоретических брожений в молодой советской юриспруденции в конце 1930-х возобладал принцип связанности правоприменителя законом. Другое дело, что эта связанность допускала широкие возможности для избирательного правоприменения

и подмены буквального смысла законов в зависимости от изменений в идеологии и государственной политике. Эта идеология обоснована А. Я. Вышинским через особую методологическую конструкцию, которая по своей сути не является позитивистской и стоит ближе к теории К. Шмитта, чем к чистому учению Г. Кельзена и к идеям других классических позитивистов. Это нетрудно заменить по определению, которое А. Я. Вышинский дает праву:

Совокупность правил поведения, выражающих волю господствующего класса, установленных в законодательном порядке, а также обычаев и правил общежития, санкционированных государственной властью, применение которых обеспечивается принудительной силой государства в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, выгодных и угодных господствующему классу. (Vyshinskiy 1938: 6)

Право в этом определении не ограничено нормативной формой, не тождественно приказу суверена – оно определяется через интересы и ценности, его действие зависит от метафизической воли господствующего класса, а практически определяется волей представителей политической элиты (ведь воля может быть у отдельных людей, но не у народа или социального класса). Эта воля и является высшее выражение справедливости, перед которым должна отступить формальная справедливость закона в случае коллизии.

В этом отношении своего рода справедливостью для обеих рассматриваемых случаев (сталинизм и гитлеризм) было теоретически обоснованное К. Шмиттом разделение общества на друзей и врагов. Древнеримская формула справедливости *suum quique tribuere* здесь требовала прежде всего определить категорию полноправных граждан (что – по расовому или классовому принципу – является «своим» для каждого), а затем *ad hoc* решать о том, в какой степени ограничивать права стигматизированных категорий – при том, что в законе возможности для такого ограничения иногда отсутствовали и для их применения требовалось обращение к внеправовым принципам, вроде классовой борьбы или чистоты крови.

По факту волевое содержание права состояло из усмотрения тех, кто выражает волю господствующего класса, то есть сводилась к воле партии, которая была формально отделена от государства. Вышинский без колебаний признает, что право не тождественно совокупности норм или приказу суверена:

Наше определение ничего общего не имеет с нормативистскими определениями. Нормативизм исходит из абсолютно неправильного представления о праве... как о норме (Кельзен), исчерпывающей содержание права, независимо от тех общественных отношений, которые определяют в действительности содержание права. (Vyshinskiy 1938: 6)

То же самое развитие имело место и в национал-социалистической юриспруденции Германии 1930-х – первоначальные смелые идеи К. Шмитта и других апологетов антинормативизма о замене права новой политической идеологией постепенно сошли на нет: в своем большинстве юристы продолжили придерживаться

привычной юридической дедукции. При этом сторонники «обновления права»¹ — точно так же, как и их советские коллеги — оппортунистически переиначивали смысл применяемых законов, а при необходимости и вовсе отказывая в применении законодательных гарантий к врагам народа (нации). Хотя германское право после 1933 г. напрямую не содержало оговорок, подобных оговорке в большевистском Декрете № 1 о суде, это не стало препятствием для радикального перетолкования законов имперского и веймарского периодов в русле идей национал-социализма (Rüthers 2017).

В этом сходстве нет ничего удивительного, поскольку соответствующие конструкции сталинских и нацистских правоведов выполняли одну и ту же функцию — обосновать фактическое уклонение от закона, спрятав его под личиной верности «духу закона» или лежащим в его основании высшим внеправовым началам. Отличались лишь формулировки ценностей, ради которых это уклонение допускалось — классовая или расовая справедливость. Юспозитивизм методологически не мог быть совмещен с таким подходом к праву: ни в не первой версии позитивизма Остина или Бергбома, ни тем более в смысле нормативизма чистого учения о праве Кельзена.

Позитивизм, оценочные суждения и правовая идеология

В общем, российское право является разновидностью романо-германского права, которому свойственна определенная организация источников права (с законом на первом месте), абстрактный стиль правового мышления (формулировка правовых предписаний при помощи общих категорий), дедуктивная модель правоприменения (подведение конкретных казусов под родовые случаи, описываемые в норме, с выводением из нормы следствий) и т.п. (David & Jauffret-Spinosi 1988: 118). Эти схемы юридического мышления, в свою очередь, опираются на имплицитное предположение о том, что правовое регулирование отношений между людьми предполагает описание права как автономного от политики, этики, религии, идеологии и других нормативных источников. В других, незападных правовых традициях (религиозная, традиционная, социалистическая правовые семьи — по типологии Р. Давида) такая автономия права отрицается в принципе.

Немалое значение для этого стиля правового мышления имеет и свойственная романо-германскому праву правовая идеология, в которой центральное место занимает требование подчинения закону и следующим из этого пониманием подчиненного места юриста в системе права: судья и любой другой правоприменитель суть слуга закона (в широком смысле, включая международное право и закрепленные в правовом порядке принципы права) — он не творит право, а лишь его применяет. Исключения из требования соблюдения закона хоть и допускаются, но только в особых случаях радикальной смены политической идеологии (например,

¹ *Rechtserneuerung* — термин, предложенный юристами Третьего Рейха для обозначения деятельности немецкой юриспруденции по перетолкованию веймарских либеральных законов в духе приоритета коллектива над личностью, расового и других принципов национал-социалистической идеологии. В более широком смысле — это обоснование подмены буквального смысла законов господствующей идеологией и сиюминутными политическими стратегиями.

избирательное действие в послевоенной Франции правовых норм, изданных правительством Виши, или действие законов времен Третьего Рейха или законов ГДР в Германии).

В остальном, с точки зрения такой идеологии, даже если действующее в стране позитивное право по тем или иным причинам считается плохим, такое оценочное суждение не освобождает юриста от подчинения этому праву. Данная идеология сложилась в эпоху формирования нового типа правового регулирования – при переходе от свойственного феодальному праву партикуляризма к единству регулирования на основе принципов разума, воплощением которых в XVIII веке стал считаться закон. Это требование связанности судьи законом имеет как свои достоинства, так и недостатки; но трудно спорить с тем, что именно оно составляет костяк свойственной континентальному праву правовой идеологии (Zweigert & Kötz 1995: 208–217).

Верность букве закона, конечно, может иметь и негативные аспекты, противоречить интуитивному чувству справедливости человека и даже «правовому чувству» целой эпохи. Данная проблематика уже давно обсуждается в философии права применительно к случаям, когда закон может ставить судью или другого правоприменителя перед трагической дилеммой – либо нарушить закон и поступить так, как этого требуют этические убеждения судьи, либо остаться верным своему долгу и следовать закону, несмотря на кажущуюся аморальность его применения в конкретном случае. Классический пример такой дилеммы описывал еще Софокл в трагедии «Антигона».

В своих полемических работах о надзаконном праве немецкий философ Густав Радбрух кратко, но предельно четко очертил эту проблематику применительно к нацистскому праву (Radbruch 2004: 225–238) – его формула «крайней несправедливости закона» стала одной из самых обсуждаемых тем в философско-правовых спорах второй половины XX века. Нельзя отрицать и того, что закон по своей природе всегда отстает от развития социально-экономической жизни, так что его применение нередко может оказаться экономически нецелесообразным – в этом, в частности, заключался пафос дискуссий начала 2010-х о введении в России прецедентного права (Mikhail Antonov 2013) и ведущиеся до настоящего времени дебаты об экономическом анализе права (Gadzhiev 2013; Bondar' 2017).

Правовая идеология «верности закону» может быть названа позитивистской в том смысле, что ее положения могут быть выведены из исходных принципов позитивизма (установление закрытого и ранжированного по уровню списка социальных источников права, отграничение определения и описания действия права от морали). Наиболее часто встречающимся аргументом против позитивизма является его родословная, которая якобы указывает на идейную связь позитивизма с тоталитарными практиками национал-социализма и большевизма. Достаточно большое количество российских правоведов считает, что советское правоведение было позитивистским, а в основе советского права лежали позитивистские принципы (напр., Varanov 2015). Те же самые аргументы против юридического позитивизма звучали и в послевоенной Германии – общим местом тогда стало обвинять

позитивизм в обосновании сервиллизма и духа покорности любым приказам власти (Arendt 2008).

Но совместимо ли избирательное применение законов, смешивание права с идеологией и другими авторитарные практики с базовыми установками юридического позитивизма? Чтобы в этом разобраться, нужно начать с определения юридического позитивизма.

Позитивизм обычно характеризуется при помощи двух критериев, которые называются разделительным тезисом и тезисом о социальных источниках. Разделительный тезис означает, что определение понятия «право» и установление обязывающей силы правовых норм не зависят от морали. Иными словами, то, как мы понимаем право и как мы описываем его действие, не должно быть выводимо из наших ценностных суждений. Классическая формулировка этого тезиса предложена еще в XIX веке Джоном Остином: «Существование права – это одно дело, его достоинства и недостатки – другое. Существует ли право или нет – это одно исследование, соответствует ли оно или нет некоему общепринятому стандарту – другое». Эта формулировка по-разному интерпретировалась юспозитивистами в XX и XXI вв. (Didikin 2016), в нее вводились различные уточнения, но она по-прежнему служит одной из линий водораздела между позитивизмом и непозитивизмом (Mikhailov 2015).

Тезис о социальных источниках означает, что действительность нормы права определяется в зависимости от наличия социальных фактов, которые подтверждают то, что норма была создана и введена в действие в установленном другими позитивно-правовыми нормами порядке. Если норма права считается обретающей свою обязывающую силу от каких-либо надсоциальных источников (вытекающие из природы или разума универсальные принципы, воля Бога, нации, социального класса и проч.), то это служит признаком непозитивизма.

Стоит также отметить, что современная юридическая техника далеко отошла от стандартов формалистской юриспруденции понятий XIX века. На сегодняшний день есть достаточно технических способов решить возможные конфликты между требованиями закона и этики, оставаясь при этом в рамках позитивного права. Применение принципов права для уточнения содержания норм права, балансировка принципов между собой, применение общих законодательных формулировок (требования добросовестности, разумности, надлежащей осмотрительности, непротиворечивого поведения и прочие оценочные категории в праве) для корректировки законодательства там, где оно содержит пробелы или устанавливает нормы, несовместимые с этими общими оценочными категориями – это лишь некоторые из способов решения подобного рода конфликтов между требованиями закона и предписаниями этики. Если такие формулировки включены в источники действующего права (закон, обычай, прецедент и проч.), то их применение вполне совместимо с позитивизмом и не требует корректировки самого понятия права и методологических принципов правоприменения.

В развитии юридического позитивизма XX века были предложены некоторые средства для решения противоречия, при котором, с одной стороны, судья связан

законом, но, с другой, применение права должно содействовать реализации справедливости и иных ценностей даже в тех случаях, когда буквальный текст законов этого не позволяет. Сегодня практически в каждом развитом правовом порядке юридическая доктрина признает, что в некоторых случаях судья должен через новое истолкование норм права скорректировать те из них, буквальный смысл которых не соответствует изменившемуся мировоззрению (т. н. оценочные или мировоззренческие пробелы).

Этот подход позволяет оставаться в рамках идеологии законности — судья по-прежнему связан законом и применяет его, оставаясь при этом подотчетным перед правовым порядком. Это означает обязанность дать в интерпретационном акте описание и оценку сталкивающимся ценностям и оценочным суждениям, обосновать выбор той или иной позиции в порядке, установленном позитивным правом. Те исключения и уточнения, которые судья время от времени вносит в нормы права, подаются как результаты истолкования или развития (*Rechtsfortbildung*) права, но не как его изменение через судоговорение. Отдельный теоретический вопрос — до какой степени это остается «развитием» права и насколько такая игра понятиями может скрывать то, что через толкование судьи меняют содержание права и по факту наделяют себя нормотворческими функциями (Timoshina 2016). Но этот вопрос не входит в предмет настоящей работы.

Революционные изменения в праве и верность букве закона

Такие методологические рецепты позитивной юриспруденции не удовлетворяют тех правоведов, которые не желают быть стесненными позитивными нормами в своих суждениях, особенно в ситуации, когда прагматические соображения требуют от них действовать вопреки нормам, в угоду господствующей идеологии. Для преодоления такой стесненности гораздо более удобно наделение тех или иных ценностей (точнее, своих суждений об этих ценностях) прямым юридическим действием так, чтобы в случае конфликта одной из таких ценностей с нормой позитивного права прямое юридическое действие получала бы именно ценность. Лицезрение такой ценности и само по себе ее упоминание освобождало бы судью (другого правоприменителя) от обязанности следовать закону в таком случае. Особенно такая «переоценка» норм права полезна в эпохи радикальных перемен.

Избирательность правоприменения суть факт, который встречается в любых обществах, и особенно в тех, в которых происходят политические изменения. При незначительных переменах для адаптации установленных норм права к изменениям в правовой жизни оказывается достаточно позитивистской юридической техники. Иначе происходит в эпохи революционных перемен в обществе и правовом порядке — когда меняется политический строй, господствующая идеология или происходят иные сопоставимые по масштабу изменения. То же может произойти и в случаях, когда декларируемый на бумаге политический строй и провозглашаемые правовые гарантии начинают резко контрастировать с тем, что происходит на практике.

В случаях таких изменений правоприменители по очевидным практическим причинам не могут применять старые законы совершенно без оглядки на изменившуюся политическую обстановку и мнение новых носителей власти. Немалое число судей предпочтет — из идеалистических или, чаще всего, из оппортунистических соображений — следовать политике правящей партии и применять старые законы с учетом новой политической воли. Точнее говоря, наделяя эти законы новым содержанием — заменяя волю прежних законодателей на волю тех лиц, кому принадлежит политическая власть в данный момент. Если закон кажется устаревшим (его применение не отвечает «потребностям времени»), судья может уклониться от его применения, не испытывая неблагоприятных последствий со стороны властей а, возможно, и получая от этого некоторую выгоду — как минимум, демонстрируя тем самым лояльность новым властям.

Идеология неукоснительного соблюдения закона не может выдерживаться с той же последовательностью, что в нормальной ситуации, когда судьи только время от времени корректируют отдельно взятые нормы через их интерпретацию. Неудивительно, что в такие революционные эпохи юспозитивизм, методологические принципы которого созвучны идеологии верности закону, попадает под критику за формализм и апологию буквы закона. Ведь потребности времени, как кажется, диктуют «опережающее правовое регулирование», не дожидаясь, пока законодатель скорректирует тексты права в установленном порядке. Давно было замечено, что именно в годы революций многократно умножается число сторонников естественного права, для которых оно служит средством критики старого порядка и его права. Наоборот, усталость от революционных потрясений вызывает консервативную реакцию (Lukovskaya 2020). И в том, и в другом случаях бурно развивается юснатурализм — в его революционной (обосновывающей радикальные изменения помимо норм права) или консервативной (обосновывающей возврат к традициям опять-таки помимо норм) версиях.

Если судья по тем или иным причинам решает перетолковать закон в угоду политической конъюнктуре и применить его соответственно, либо же не применять его к какой-то специфической родовой ситуации или группе лиц (избирательное применение закона), то обосновать уклонение от закона в этой юснатуралистической перспективе теоретически нетрудно через обращение к высшим надпозитивным источникам права (народный дух, интересы классовой борьбы или строительства коммунизма, солидарность, традиция, суверенитет и т.п.), которым дается приоритет по отношению к закону.

С юридико-технической точки зрения, обычно требуется значительное время для подготовки законодательных изменений, вроде кодификаций, для радикальной замены старых норм правопорядка нормами нового правопорядка.¹ Поэтому при изменении политического режима и/или господствующей идеологии общество на достаточно долгое время неизбежно остается со старым нормативно-правовым материалом, который с течением времени постепенно заменяется на новый.

¹ Так, в Третьем Рейхе так и не успели принять Народный кодекс (*Volksgesetzbuch*), которым предполагалось заменить ГГУ и гражданское законодательство Веймарской республики.

Юридический позитивизм по своей внутренней логике не может одобрять кажущуюся необходимой в такие периоды нормативную подмену содержания норм (воли исторического законодателя – волей тех или иных политических инстанций, которую правоприменитель берет для себя в качестве практического руководства для истолкования) в обход установленных процедур. Тем самым, позитивизм тормозит политическую волю, ставит формальные и процедурные препятствия для ее реализации в юридической практике, в связи с чем становится объектом критики. Аналогичная критика позитивизма иногда высказывается и с точки зрения либеральной идеологии, например, в дебатах между сторонниками оригинализма и интерпретативизма (живого конституционализма) в американском конституционализме (Berlyavskiy 2015).

После Октябрьской революции воля господствующего класса (пролетариата и представляющей его партии большевиков) была отличным кандидатом на роль высшей сверхпозитивной ценности, при помощи которой преодолевался формализм в праве. Согласно марксистско-ленинской политической философии, источником власти является пролетариат, диктатура которого не может быть ограничена формальным законом, так что любое применение насилия само по себе законно и необходимо, независимо от правовых норм (Lenin 1981).

Ссылки на какие-либо установленные позитивным правом гарантии отменялись в марксизме как признак отсталой буржуазной идеологии, прикрывающей интересы капитала в ущерб делу пролетарской революции: «Ваше право есть лишь возведенная в закон воля вашего класса, воля, содержание которой определяется материальными условиями жизни вашего класса» (Marx & Engels 1955: 443), а «законы, мораль, религия – все это для него не более как буржуазные предрассудки, за которыми скрываются буржуазные интересы» (Marx & Engels 1955: 448). Нельзя в этой связи не вспомнить и господствующее в первые годы революции учение о революционном правосознании, теоретической основой которого стало учение о «стихийно-классовой природе права, которое вырабатывается вне каких бы то ни было официальных рамок в рядах угнетенной и эксплуатируемой массы» (Reisner 1925: 20).

Неудивительно, что позитивное право уподоблялось первыми советскими теоретиками права опиуму, опасному снадобью, религиозному дурману, отвлекающему рабочий класс от классовой борьбы (Goukhbarg 1924: 3; Reisner 1925: 35–36), а правоприменителю предписывалось «стоять не на почве законности, а встать на почву революции» (Stuchka 1964: 227). В резолюции «I Всесоюзного съезда марксистов-государственников и правоведов» в 1931 г. содержался характерный для этого строя представлений призыв:

Нужно перенести центр тяжести из области чисто правовой, чисто юридической на вопросы государства, диктатуры пролетариата, классовой борьбы. (Rezolyutsiya 1931: 149)

Схожие мотивы находим и в идеологии национал-социалистической революции в Германии. В 1933 г. Карл Шмитт писал:

Повсюду национал-социализм создает своего рода порядок, от Партии до многочисленных новых порядков, которые вырастают перед нами. Все эти порядки несут в себе право. (Schmitt 1938 / Rùthers 2017: 295)

Эти идеи имеют под собой теоретическое основание, сформулированное еще в 1922 г.:

Нормальное не доказывает ничего, исключение доказывает все; оно не только подтверждает правило, само правило существует только за счет исключений. В исключении сила действительной жизни взламывает кору застывшей в повторении механики. (Schmitt 2000: 29)

Логика этой апологии децизионизма в праве предполагает, что конституционные кризисы требуют внеправовых, предельно политических решений, принимаемых исполнительной властью – единственной способной восстановить порядок на основе права государства на самосохранение (Teschke 2012: 17). За счет такого подхода идеология получает приоритет над нормой закона, а эта последняя преодолевается дискрецией, ориентированной на идеологемы.

В духе этой апологии идеологии в праве немецкие судьи и правоведаы осуществляли *ad hoc* пересмотр Веймарского правопорядка, руководствуясь речами Гитлера, резолюциями партийных съездов и, нередко, своим собственным политическим оппортунизмом (теоретическое обоснование такого «обновления права» см., напр.: Larenz 1934). В результате, мышление в категориях конкретного порядка, понимавшее право как производное от коллективного сознания и народного духа, постепенно начало заменять собой нормативное мышление, требовавшее следовать норме права (Nazmutdinov 2016), что привело к фактической подмене закона политической идеологией (Boris Antonov 2019), к торжеству легитимности над легальностью (Stolleis 2017), и не преминуло выразиться в откровенной враждебности новой правовой идеологии к юридическому позитивизму и нормативному пониманию права.

В этом плане трудно не заметить, что по своему методологическому содержанию советская теория права была близка к децизионизму, которого придерживался К. Шмитт, К. Ларенц, Ю. Биндер и другие идеологи обновления немецкого права при национал-социализме. Это содержание совпадало во всех основных моментах: подчинение процессов создания и применения права конкретным задачам политики (мышление в категориях конкретного порядка, по К. Шмитту); ограничение абстрактной и формальной легальности через соображения содержательной легитимности, опирающейся на волю народа и партии; замена плюрализма единообразным порядком, в котором будет строго проводиться единая воля – вместо согласования разнонаправленных волей в рамках законотворческого процесса; обоснование обязанности соблюдать право через те или иные «конкретно-общие понятия» (К. Ларенц); оправдание любых исключений из норм права ради борьбы с врагами народа и общества. Применительно к известному спору Г. Кельзена (Kelsen 2006) и К. Шмитта (Schmitt 2013) о том, кто должен быть гарантом конституции, и о тех методологических допущениях, которые лежали в основе этого спора (понимание права, его нормативности, механизма и пределов его действия), нельзя не

заметить, что те аргументы, что выдвигал Шмитт и другие сторонники мышления в категориях конкретного порядка против нормативизма, повторяются и большевистскими адептами торжества принципа революционной целесообразности в праве (Lukovskaya 2019).

Этот аспект позволяет объяснить и то, что позитивизм в таких ситуациях нередко оказывается под критикой со стороны радикальных политических идеологий, сторонники которых не удовлетворены более медленным темпом изменений в правовой сфере по сравнению с другими сферами общественной жизни, где изменения могут производиться без привязки к соблюдению формальностей, в ручном режиме. Это – общий момент для всех «революционных теорий права», которые исходят из того, что «революция творит особое, невиданное нигде право..., которое все же право, в смысле средства подавления сопротивления меньшинства трудящимися классами» (Kozlovskiy 1918: 24), то есть используется для дискриминации и подавления стигматизированных меньшинств.

Юспозитивизм по своей направленности противоположен общей для всех этих «революционных» учений магии слов о некоей единой и неизменной надпозитивной (классовой, расовой и т. п.) сущности права. Верность букве закона и требование неукоснительного соблюдения закона, как правило, стоят на пути «обновления права» через его идеологическое перетолковывание. Неудивительно поэтому враждебность разного рода «теоретических революций в праве» к позитивизму, среди методологических требований которого находится общий запрет на уклонение от применения норм права по внеправовым (идеологическим, этическим и иным) соображениям и предписание строгого разграничения между правом и политикой. Так, лидер современного позитивизма Г. Кельзен оказался в первых строках списка врагов как советской, так и национал-социалистической юриспруденции за то, что свел науку о праве к оперированию понятиями вместо того, чтобы изучать скрытые за этими понятиями конкретные явления, в результате чего его взгляды оказались враждебными «революционной теории» – примечательно, что критика А. Я. Вышинского и К. Шмитта в этом отношении совпадает не только содержательно, но дословно.

Позитивизм оказался равным образом заклеен советскими и нацистскими правоведами за пустой формализм, лицемерие, оторванность от жизни, противоречие общественному сознанию, классовому или расовому принципу (напр.: Pashukanis 1927: 12–15; Aleksandrov 1948: 43–49; см. об этом: Bilalutdinov 2016). Подобная критика имеет понятный идеологический подтекст – недовольство правящих элит и поддерживающих их интеллектуалов неповоротливостью правового механизма. Под действием такой критики, многие судьи и правоприменители в сталинском СССР или нацистской Германии стали фактически применять законы не с точки зрения их буквального содержания, а исходя из понимания (иногда ошибочного) политической конъюнктуры.

Высшая нормативная сила права напрямую отвергалась и национал-социалистическими теоретиками права, которые – подобно своим советским коллегам – видели высший источник обязывающей силы в народном правосознании,

в духовном единстве нации и т.п. (Boris Antonov 2020). Из этих метафизических инстанций без труда могли выводиться «конкретно-всеобщие понятия», основывающие свою легитимность на народном правосознании и за счет этого способные на практике подменять собой закрепленные в законе понятия (Rüthers 2017: 302–322).

В плане такого обновления, к примеру, были фактически пересмотрены нормы Германского гражданского уложения (ГГУ) о правосубъектности, перетолкованные путем введения в порядок нового понятия «товарищей по праву», *Rechtsgenossen*. При этом соответствующие нормы ГГУ не претерпели существенных законодательных изменений. В свете этого понятия полноправными носителями субъективных прав стали считаться только лица арийской национальности. Как писал один из лидеров тогдашнего обновления права К. Ларенц:

Правовой товарищ по праву суть товарищ по народу, а в качестве последнего может выступать только тот, в ком течет немецкая кровь. (Larenz 1934 / Rüthers 2017: 495)

Применительно к правосубъектности неарийцев делался вывод, что «тот, кто не участвует в народном товариществе, стоит за пределами права, не является товарищем по праву» (Larenz et al.: 1935 / Rüthers 2017: 330).

Этому выводу с готовностью следовали многие судьи Третьего Рейха, нередко отказывая евреям в правовой защите – вопреки формальным требованиям ГГУ.¹ Особо любимым у нацистских правоведов было обосновать отход от требований закона и осуществить его «обновление» в духе новой идеологии за счет туманных философских рассуждений о сущности права (Schinnerer 1938). В цитированной выше работе М. Д. Билалутдинов убедительно показывает, что представления о праве у национал-социалистических авторов базировались на «предположении существования высших источников права в неотъемлемых априорных принципах, на которые позитивное право не должно посягать» (Bilalutdinov 2016: 222). Аналогичные юснатуралистические мотивы Г. Кельзен прослеживает и в большевистской теории права (Kelsen 1955).

Можно поэтому усомниться в широко распространенном воззрении, что критика юспозитивизма связана именно с либеральной идеологией.² Как раз наоборот, требование соблюдения закона суть одна из немногих гарантий свободы личности в авторитарных государствах. Можно в этой связи вспомнить, что основным лозунгом советских диссидентов в 1970-х было требование к властям, чтобы они соблюдали собственные Конституцию, законы и ратифицированные международные договоры.³ То же самое можно сказать и о сталинских чистках, которые были

¹ Нормы Нюрнбергских расовых законов 1935 г. касались преимущественно публично-правовой сферы и не распространялись на гражданско-правовые отношения, за исключением некоторых вопросов семейного права (брак, сожительство, усыновление и проч.).

² В качестве таковой в целях настоящей статьи мы рассматриваем такую, которая высшей целью ставит защиту прав и свобод личности перед интересами коллектива.

³ С недавних пор это стало и требованием современных российских диссидентов (Popomarev 2017). Но это уже отдельный разговор.

несовместимы с гарантиями Конституции СССР и советского Уголовно-процессуального кодекса (Solomon 2008; Sinel'shchikov 2012; Kodintsev 2012), о практике избирательного применения уголовных и иных законов Веймарского периода судами национал-социалистической Германии (Kotkovskiy & Sokolov 2011).

Именно строгое соблюдение законов в таких случаях нередко было высшим проявлением гражданской добродетели со стороны судей, а не туманные рассуждения о классовых интересах, кровной солидарности народа и прочих надзаконных критериях того, что другие судьи – под прикрытием лозунгов о справедливости – использовали для приспособления права под сиюминутные политические цели и легитимации властного произвола вопреки букве закона. Поэтому позитивизм вовсе не является «слугой тиранов», как его иногда описывают методологические противники, считая, что именно позитивистская методология стала обоснованием сервилизма юристов перед лицом властного произвола (Laraeva 2012).

Если здесь приводятся зловещие примеры противозаконного террора в СССР и в Третьем Рейхе, это совершенно не означает, что этими примерами ограничивается действие указанной закономерности – она касается любых существенных перемен. Причем чем радикальнее перемены, тем более правоприменители будут склонны подправлять ее сообразно политическим изменениям, а от правоведов-теоретиков будут ожидать интеллектуальные схемы, позволяющие обосновать такую корректировку. Ожидаемой мишенью для критики в качестве враждебного задачам революционного обновления права становится юридический позитивизм, который настаивает на отделении права от политики и на необходимости выведения и обоснования судебных решений исключительно из текстов позитивного права.

Как было уже упомянуто выше, эта закономерность может иметь место и в обратном идеологическом направлении. Если судьи при новом либеральном режиме продолжают применять законы, принятые при прежних авторитарных правителях (например, после свержения военных хунт в Чили, Аргентине и проч.), но начинают наполнять их более либеральным смыслом. Хотя в обществах либерального типа правители обычно более внимательно относятся к своевременности внесения изменений в законодательство, чем правители в авторитарных режимах, власть которых осуществляется в немалой степени по каналам, которые остаются свободными от правового регулирования и контроля.

Обновление права в постсоветском теоретическом правоведении

В свете вышесказанного недовольство юридическим формализмом имеет вполне понятные практические основания, а обойти его можно при помощи незамысловатой цепочки рассуждений. Если предположить, что судья служит не столько проводником воли государства, выраженной в тексте законов, сколько проводником высших ценностей, что должны защищаться правом, то правильное истолкование воли государства и означает выявление в ней высших этических принципов. Другой вариант решения – выделить в правовой действительности некоторые базовые закономерности (например, экономические законы, законы развития истории и т. п.)

и дать возможность судьям изменять право согласно этим закономерностям. В конце концов, можно сконструировать определенные смыслообразующие паттерны национальной культуры (традиционные ценности, народный дух и т. п.), наделив их конституционно-правовым значением. Во всех этих и иных вариантах буквальный текст закона и изначальная интенция его создателя в процессах толкования и применения права отступают на второй план перед «объективными» началами права, которые судьи готовы выводить без опоры на тексты законов.

Если взять в качестве примера постсоветское российское право, то в нем как-раз можно заметить «обновление» сразу в обоих направлениях. Так, в девяностых годах старое советское право, которое формально сохранило свое действие, постепенно стало перетолковываться в духе принципов либерального правопорядка, которые будут закреплены в Конституции 1993 г. А с нулевых годов начался обратный процесс – нормы и принципы либерального правопорядка, сформулированные в нормативно-правовых актах 1990-х годов, начали перетолковываться в судебной практике в духе все более идеологически довлеющих консерватизма и авторитаризма (Mikhail Antonov 2021). Российское конституционное право стало наполняться консервативным содержанием, что нередко легитимируется обращением к высшим, объективным началам права. Этот процесс в судебной практике символизировался появлением нормативных оговорок, которые позволяют делать исключения из применения конституционных и законодательных норм – например, защита суверенитета или традиционных ценностей. Какие переменные будут использованы в формуле исключения из правил, в каком идеологическом направлении такие исключения будут делаться – это уже вторичный, непринципиальный для теории вопрос. В силу описанной выше логики развития идей, децизионизм вступил в ожидаемый конфликт с юспозитивизмом.

Одним из наиболее любопытных теоретических движений стало в этом отношении стала получившая широкое распространение в российской правовой науке идея о том, что функция Конституционного Суда заключается в формировании «конституционного правопонимания» – вопреки прямому запрету на введение государственной идеологии в ст. 13 Конституции РФ. Например, в характерном для непозитивизма духе под конституционализацией права профессор В. И. Крусс предлагает понимать «соответствующий национальной конституционной модели суверенный процесс институционального и нормативного усовершенствования (развития, обновления) государства и права» (Kruss 2016: 16). Этот подход предполагает обращение к надпозитивным ценностям для преодоления предположительно «плохого законного права», и поэтому ожидаемо оказывается враждебным идеям юридического позитивизма.

Показательным примером проведения принципа децизионизма в российском праве стала теория «опережающего нормотворчества», которая напрямую обосновывает долг судьи изменять позитивное право исходя из того, что идеологи этой теории называют «принципом достоверного и опережающего отражения действительности» и что по своей сути тождественно идеям *Rechtserneuerung*. В интерпретации некоторых правоведов, этот принцип «позволяет правильно

использовать аспекты познавательного процесса и обнаруживать явления и события, требующие правового регулирования. Причем смысл этого принципа заключается не столько в пассивном отражении явлений и процессов с помощью правовых средств, сколько в модельном отражении» (Tikhomirov 2010: 6). Недавно идеи *Rechtserneurung* получили боевое крещение в Постановлении Конституционного Суда РФ, в котором прямо признана возможность для органов исполнительной власти принимать противоречащие закону нормативные акты в качестве «опережающего регулирования», допустимого с учетом «конкретно-исторической ситуации» (Постановление Конституционного Суда РФ № 49-П от 25.12.2020).

В постсоветской России критика позитивизма стала орудием политической борьбы и ценностного дискурса, причем на обеих сторонах баррикады. Так, Председатель Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькин уверен:

Каждый, кто встанет на жесткую позицию «чистого права» юридического позитивизма, опрокинет государственный корабль. (Zorkin 2010)

В этой связи он сокрушается о том, что позитивизм «растерял свой глубинный смысл», поскольку последовательное проведение разделительного тезиса мешает «подходам, предполагающих, что в конституции страны содержатся особые нормы, выражающие квинтэссенцию ценностей конкретного общества. Ценностей, которые не могут быть изменены без утраты национальной идентичности» (Zorkin 2019).

Достается позитивизму и с другой, либеральной стороны. Рассмотрение позитивного права как единственного применимого стоит на пути тех, кто требует немедленных социальных и политических перемен вопреки тем способам и условиям, которые конституция и закон предусматривают для таких перемен. Если есть закон, — хотя бы плохой и несправедливый, — то для позитивиста он имеет обязывающую силу, так что для проведения изменений нужно искать лазейки в законе или пытаться изменить закон в установленных для этого формах. Конечно, это не гарантирует сиюминутного политического успеха и требует долгой и кропотливой работы — не только на поприще политической борьбы, но и в плане развития правовой культуры, изменения шаблонов и стереотипов юридического мышления, т.н. «стратегических» судебных процессов.

В полемике с В. Д. Зорькиным Е. А. Лукашева сожалеет о том, что позитивизм игнорирует требования к содержанию и форме этих правил, к тому, как они формулируются, каким образом принимаются и как работают. По ее мнению, «это обусловлено тем, что в России, начиная с последних десятилетий XIX века и до 20-х годов XX века, активно разрабатывалась позитивная теория права..., произошла консервация позитивистских взглядов на право» (Lukasheva 2015). Интересно, что исследовательница упрекает юспозитивизм в том, в чем меньше всего имеет смысл его упрекать — в пренебрежении к форме юридических правил, их формулировкам и механизму их применения. Далее мы читаем, что «авторитарной советской власти позитивный подход к праву был выгоден, и советские ученые, отвергая враждебные «буржуазные» исследования, продолжали изучать постулаты позитивистской теории права» (Lukasheva 2015). При этом остается не проясненным, почему же теории Кельзена и других ведущих позитивистов XX века настойчиво отвергались советской

наукой о праве как одна из худших форм буржуазной идеологии (Vyshinskiy 1949: 83ff; Tumanov 1971: 161ff).

Смешение в умах отечественных юристов доходит порой до комизма. Так, некоторые практикующие адвокаты заразились всеотрицающим пафосом анти-позитивизма и выражают уверенность в том, что «подрыв устоев юридического позитивизма изнутри... неизбежно влечет повышение прозрачности деятельности государственных чиновников, в том числе системы юстиции» (Nagorny 2010). Откажемся от юспозитивизма и через это узрим, как воруют чиновники – достойный пера Гоголя рецепт для дальнейших шагов по «обновлению» российского права!

Оказывается, во всех или, по меньшей мере, в части проблем отечественной правовой системы виновен юридический позитивизм, якобы безнадежно устаревший и легитимирующий государственный произвол. Трудно найти теоретико-правовую конференцию, где не будут воспеты литании об узости позитивизма, а призывы в стиле *«позитивизм должен быть разрушен»* стали своего рода хорошим тоном для теоретиков, которые хотят казаться «продвинутыми» в своих суждениях. Если абстрагироваться от теоретической неграмотности этой критики, тут важен другой, идеологический момент – насколько такого рода анти-позитивизм в умах юристов может служить показателем продолжающейся «консервативной революции» в российском праве и, в более широкой перспективе, склонности этих юристов к децизионизму.

В теоретико-правовой перспективе эта ситуация выразилась в расцвете разнообразных методологических построений, авторы которых, с одной стороны, не рисковали полностью отказаться от роли закона в правовом регулировании, но, с другой, обосновывали приоритет по отношению к закону тех или иных высших начал права. Современная отечественная теоретико-правовая литература, как и правовая мысль рассмотренных выше эпох, изобилует ссылками на правосознание и его типы, на противопоставление права и закона, на необходимость широкого подхода, преодолевающего узкую нормативность права, на постижение права не через призму его норм, а через коллективную ментальность и правовое чувство.

Неудивительна та мода на «интегративную юриспруденцию», которая в 1990-х распространилась в отечественном теоретическом правоведении (Martyshin 2003). С одной стороны, она позволяет заявить о широте своих взглядов на право (в пику позитивистам), а с другой, не предполагает прямой зависимости юридической силы закона от оценочных суждений. Идеологическая функция таких теорий остаточна проста – закон хоть и обязателен для соблюдения, но есть некоторые исключения, установить которые может тот, кто знает формулу комбинирования «типов правопонимания».

Изобретаемые формулы исключения из правил неизменно преследуют одну цель – найти некое высшее начало, которое являло собой сущность права, а соответствие ему составляло условие для надления закона качеством правового. Эта магия слов позволяет с поразительной простотой найти ответ на сложнейшие вопросы юридической техники – в тех случаях, когда норма позитивного права предоставляет неудовлетворительный ответ, нужно оставить эту норму в стороне и решить случай

путем обращения к сущности права. В чем эта сущность заключается, суть отдельный вопрос, который до настоящего времени служит предметом философских споров. В практическом плане важно, что такая конструкция позволяет содержательно изменять закон путем истолкования старых норм с учетом новой идеологии, без изменения буквальных формулировок законов (напр., Sorokin 2019). Столь усердное отрицание ценности позитивного права во имя надпозитивных ценностей в отечественном правоведении заставляет задуматься о том, может ли это отрицание быть связано с какими-то особенностями российской правовой культуры.

Критика позитивизма и российская правовая культура

Как и в любом другом правопорядке, система правового регулирования в России не свободна от дефектов – как в прошлом, так и в настоящем. Дефекты дореволюционного российского права иногда характеризовались как «вопиющая несправедливость», которая, – по словам А. И. Герцена, – заставила людей ненавидеть и все остальные, не страдающие несправедливостью законы и подчиняться им как силе, обходить или нарушать закон всюду, где это можно сделать безнаказанно. Принудительная сила позитивного права была относительна, так что суровость российских законов смягчалась, – по известному выражению М. Е. Салтыкова-Щедрина, – необязательностью их исполнения. Об опасности такого пренебрежения позитивным правом предупреждали авторы «Вех» в 1909 г. и многие другие мыслители в последующие годы. Эти предупреждения не смогли остановить Октябрьскую революцию 1917 г., которая смела прежний правопорядок и установила еще менее справедливый строй.

В послереволюционный период ситуация с соблюдением позитивного права и отношением к нему как со стороны властей, так и граждан не менялась в лучшую сторону. Как было показано выше, ценность позитивного права по факту измерялась тем, насколько оно соответствует партийной программе и воле партийных вождей. То, что проф. С. С. Алексеев удачно назвал «двухэтажным правом» (Alekseyev 1999: 499–509), а Г. Берман – «дуальным правом» (Berman 1963), означало наличие в правовой реальности, наряду с создаваемым системой советов позитивным правом, также системы этико-идеологических постулатов марксизма-ленинизма, утверждаемых и проводимых в жизнь Коммунистической партией.

Своеобразными для российской правовой культуры являются не сами по себе дефектность, несовершенство позитивного права, а пренебрежение этим правом. В западной правовой традиции признание несовершенства позитивного права еще в средние века пробудило масштабную деятельность по его улучшению. Сначала изучение римского права в первых университетах средневековой Европы с попытками перестроить существующее позитивное право согласно идеальным образцам древности, затем – в эпоху Просвещения – дискуссии об улучшении позитивного права за счет его согласования с универсальными образцами права естественного, а начиная с XIX века – напряженная работа правоведов по описанию и оптимизации категориального аппарата правовой науки. Успех этой работы по совершенствованию позитивного права и развитию описывающей его правовой науки

в XIX – XX веках в Европе был символизирован распространением позитивистской правовой теории, которая сохраняет свою лидирующую роль в странах романо-германского права вплоть до наших дней.¹ Конечно, современная западная правовая традиция не является образцом совершенства, но любой может отметить те блага и преимущества, что доставили многовековые усилия правоведов по совершенствованию позитивного права в этой традиции.

Отношение российской интеллигенции к праву несколько иное – еще более века назад авторы «Вех» указали на его специфику: несовершенство права приводит к его отторжению и толкает интеллектуалов на поиск высших этико-религиозных начал, которые способны дать окончательный ответ на все жизненные споры и вопросы. Это отторжение сопровождается критикой позитивного права. Так, общей линией славянофильской критики права были ссылки на славянский и/или православный менталитет, создавший «нашей правды идеал», который «не влезает в формы узкие юридических начал».² Предполагалось, что большая часть населения испытывает отчуждение по отношению к чуждому бюрократическому праву, импортированному Петром Великим и его преемниками, что русскому человеку не нужно это и вообще какое-либо другое позитивное право и изучающая его наука. Как выразил эту мысль славянофил А. С. Хомяков:

Наука права самобытного есть прямая и яркая бессмыслица, и разумное толкование о праве может основываться только на объявленных началах всемирного знания или верования, которые принимает такой-то или другой человек. (Хомяков 2017: 258)

Это типичное для нигилистической критики права стремление найти некое универсальное знание о праве, чудесным образом свободное от недостатков, отчасти получило свое теоретическое обоснование в марксистско-ленинской теории права. Во главу угла она ставила базисные производственные отношения, которые должны были найти свое правильное отражение в той классовой воле, которую государство закрепляло в форме законов. Вопреки нередко встречающемуся мнению, такая теоретическая позиция не означала преклонения перед позитивным правом, требования его неукоснительного соблюдения – ведь депутаты могли неправильно осознать потребности классовой борьбы. Для контроля была нужна Партия, которая стояла над процессами создания и применения права и которая, при необходимости, в режиме ручного управления могла исправить «дефекты», вызванные недостаточной политической грамотностью товарищей. Практически в любой ситуации можно было вмешаться в процесс правоприменения и настоять на исключении этой ситуации из-под действия позитивного права. Это, конечно, не добавляло позитивному праву авторитета и не могло не усилить пренебрежение («правовой нигилизм»), которое сложилось в течение нескольких веков.

¹ В этом можно убедиться, посмотрев на методологические приемы и категориальный аппарат работы с правом, которому учат студентов юридических факультетов германских, французских и иных университетов. Что, конечно, не исключает того, что некоторые правоведы могут высказывать свое недовольство позитивизмом и утверждать о преимуществах непозитивистских подходов.

² Знаменитые строки из стихотворения Б. Н. Алмазова.

Недостаток уважения к позитивному праву в постсоветской России стал стимулом для возникновения огромного количества теоретических попыток преодолеть «узость» позитивизма за счет построения новых синтетических, интегральных типов правопонимания, которые бы разрешали многовековые философско-правовые проблемы. Сформулированное в «Вехах» предостережение Б. А. Кистяковского о том, что «право не может быть поставлено рядом с такими духовными ценностями, как научная истина, нравственное совершенство, религиозная святость. Значение его более относительно» (Kistyakovskiy 1991: 122), как кажется, нисколько не останавливает рвение настроенных на радикальное обновление позитивного права теоретиков как в деле построения единственно верного учения о праве, так и в пафосной критике позитивистской теоретической юриспруденции.

Заключение

В эпохи радикальных политических изменений для большей части судей и иных правоприменителей по практическим причинам не может быть безразлична та реакция, которую их действия и решения вызывают у нового политического режима. В вопросах финансирования, карьерного роста и других экзистенциальных аспектах они находятся в зависимости от тех, в чьих руках политическая власть, равно как и, собственно, исполнение судебных решений и приговоров. Поэтому неудивительно, что в тех случаях, когда новая власть напрямую не отменяет старые законы или не вводит оговорку о их действии только в пределах, не противоречащих новой идеологии, многие судьи и юристы – по идеалистическим убеждениям или из материальных соображений – спешат скорректировать эти старые законы *ad hoc* в рамках рассматриваемых ими дел так, чтобы решения по этим делам (особенно по резонансным, громким процессам) соответствовали господствующей идеологии или, по меньшей мере, не бросали ей вызов.

Было бы упрощением представить дело так, что судьи автоматически приспосабливаются под новую идеологию и становятся инструментами ее проведения. В большинстве случаев по факту действуют не даваемые партийными функционерами инструкции судьям (пресловутое «телефонное право»), а приспособленческие стратегии самих судей, которые пытаются улавливать (порой и неточно) идеологические изменения и имплементируют их в своих интерпретационных актах и решениях.

Юспозитивизм оказывается мало пригоден для быстрой перестройки старой системы правового принуждения под потребности новой политической системы. Рост антипозитивистских настроений можно было наблюдать не только после «национал-социалистической революции» 1933 г., но и в послевоенной (после 1945 г.) Германии; не только после Октябрьской революции 1917 г., но и после падения коммунистического режима в 1991 г. Критика юридического позитивизма может использоваться в обоих идеологических направлениях – для «обновления» либерального правопорядка в духе новой авторитарной политики, либо, наоборот, для «обновления» старого авторитарного права в новом либеральном духе. Это объясняет

и то, почему сегодня позитивизм критикуется с обоих спектров политической идеологии.

В этой связи неудивительны обвинения позитивизма в апологии верности букве закона – именно эта буква закона мешает как властимущим, так и ищущей власти оппозиции в реализации их программных установок помимо установленных законом правил. Для первых, буква Конституции 1993 года и либеральных законов 1990-х гг. нередко стоит на пути реализации противоречащих ей задач защиты традиционных ценностей, что время от времени требует подавления стигматизированных меньшинств. Для вторых, препятствием служит другая половина законодательства – та, что расходится с либеральными принципами и поддерживает существующие властеотношения. Эту ситуацию можно в известном смысле описать цитированными выше словами Герцена о ненависти русских к одной половине законов из-за предполагаемой несправедливости другой части законов.

Эти политические стратегии сами по себе вполне понятны и объяснимы, но юридический позитивизм как методологическое направление правовой науки здесь совершенно не причем. Если при помощи критики позитивизма правоведаы пытаются провести в жизнь те или иные политические идеалы (либеральные или консервативные), то эта критика будет по факту служить теоретическим прикрытием для «контрабанды» идеологии в право.

Библиография:

- Aleksandrov, Nikolai. (1948). K kritike perezhitkov burzhuaznoj ideologii v opredelenii prava [from Rus.: To the criticism of the relics of the bourgeois ideology in what concerns the definition of law]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* (10): 43–49.
- Alekseyev, Sergei. (1999). *Pravo: azbuka – teoriya – filosofiya: Opyt kompleksnogo issledovaniya* [from Rus.: Law: ABC – theory – philosophy: an attempt of a complex research]. Moskva: Norma; Infra-M.
- Alekseyev, Sergei. ([1997] 2010) *Uroki: Tyazhkij put' Rossii k pravu* [from Rus.: The lessons: a difficult way of Russia towards law]. In: Alekseev, Sergei. *Sobranie sochinenii* [Collected works]. T. 4. Moskva: Statut, 89–101.
- Antonov, Boris. (2019). Pravovaya sistema Germanii 1933–1945 gg.: myshlenie v kategoriyakh konkretnogo poryadka [from Rus.: Germany's legal system in 1933-1945: thinking in the categories of concrete order]. *Vestnik RGGU: Ekonomika. Upravlenie. Pravo* (2): 128–146.
- Antonov, Boris. (2020). Yuridicheskoe myshlenie kak istochnik prava Tret'ego rejkh'a [from Rus.: Legal thinking as a source of Drtten Reich's law]. *Vestnik RGGU: Ekonomika. Upravlenie. Pravo* (2): 130–142.
- Antonov, Mikhail. (2013). O nekotorykh teoreticheskikh voprosakh pretsedentnoj revolyutsii v Rossii [from Rus.: On some theoretical issues of the precedent revolution in Russia]. *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya* (4): 9–15.
- Antonov, Mikhail. (2020). Sovereignty and Russian Resistance to Human Rights. *European Yearbook of Human Rights*: 529–550.
- Antonov, Mikhail. (2021). *Formalism, Decisionism and Conservatism in Russian Law*. Leiden: Brill.
- Aranovskiy, Konstantin & Kniazev, Sergei. (2016). *Pravlenie prava i pravovoe gosudarstvo v sootnoshenii znakov i znachenij* [from Rus.: Rule of law and Rechtsstaat seen as a combination of signs and meanings]. Moskva: Prospekt.
- Aranovskiy, Konstantin & Kniazev, Sergei. (2017). Nenaprasnoe konstitutsionnoe pravosudie [from Rus.: The constitutional justice which is not needless]. *Sud'ia* (12): 40–46.
- Arendt, Hannah. ([1963] 2008). *Banalnost' zla. Eichman v Ierusalime* [Banality of evil: Eichman in Jerusalem]. Moskva: Evropa. (from English).
- Baranov, Pavel. (2015). Pozitivistskoe pravoponimanie v yuridicheskoy nauke, praktike i povsednevnoj zhizni sovremennoj Rossii [from Rus.: The positivist approach to law in legal scholarship, practice and in everyday life of the contemporary Russia]. *Rossijskij zhurnal pravovykh issledovanij* 2(4): 7–14.
- Belov, Sergei. (2012). Tsennostnoe obosnovanie reshenij kak projavlenie sudebnogo aktivizma Konstitutsionnogo Suda Rossijskoj Federatsii [from Rus.: The value justification as a sign of judicial activism of the Russian Federation Constitutional Court]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie* (2): 140–150.
- Berlyavskiy, Leonid. (2015). Klassifikatsiya teorij konstitutsionnoj interpretatsii v SShA [from Rus.: A classification of the theories of constitutional interpretation in the USA]. *Izvestiya vuzov. Pravovedenie* (2): 64–87.
- Berman, Harold. (1963). *Justice in the USSR. An interpretation of Soviet Law*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- Bilalutdinov, Marat. (2016). Erkh Yung o natsional-sotsialisticheskoy kontseptsii istochnikov prava [from Rus.: Erich Yung on the national-socialist conception of sources of law]. *Izvestiya vuzov. Pravovedenie* (6): 212–223.

- Bondar', Nikolai. (2007). Normativno-doktrinal'naya priroda reshenij Konstitutsionnogo Suda RF kak istochnikov prava [from Rus.: The normative and doctrinal nature of decisions of the Russian Federation Constitutional Court considered as sources of law]. *Zhurnal rossijskogo prava* (4): 75–85.
- Bondar', Nikolai. (2017). *Ekonomicheskij konstitutsionalizm Rossii* [from Rus.: The economical constitutionalism of Russia]. Moskva: Norma.
- Bondar', Nikolai. (2013). *Aksoilogiia sudebnogo konstitutsionalisma: konstitutsionnye tsennosti v teorii i praktike konstitutsionnogo pravosudii* [from Rus.: Axiology of judicial constitutionalism: constitutional values in theory and practice of constitutional justice]. Vol. 2. Moskva: Iurist.
- Bulygin, Eugenio. (2016). *Izbrannye raboty po teorii i filisofii prava* [from Rus.: Selected works in theory and philosophy of law]. Sankt-Peterburg: Alef-Press.
- David, René & Jauffret-Spinozi, Camille. ([1970] 1998). *Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti* [From Rus.: Les grands systèmes de droit contemporains]. Moskva: Mezhdunarodnye otnosheniya. (from French).
- Didikin, Anton. (2016). *Analiticheskaya filisofiya prava: istoki, genezis i struktura* [from Rus.: Analytical philosophy of law: sources, genesis and structure]. Tomsk: Izdatelstvo TGU.
- Ebzeev, Boris. (2013). *Vvedenie v Konstitutsiyu Rossii* [from Rus.: An introduction to the Constitution of Russia]. Moskva: Infra-M.
- Gadzhiev, Gadis. (2013). *Ontologiya prava (kriticheskoe issledovanie yuridicheskogo kontsepta dejstvitel'nosti)* [from Rus.: Ontology of law (a critical assessment of the legal concept of reality)]. Moskva: Norma; Infra-M.
- Gojkhbarg, Aleksandr. (1924). Neskol'ko zamechanij o prave [from Rus.: Some remarks about law]. *Sovetskoe pravo* (1): 3–24.
- Ivashevskii, Stanislav. (2007). Idealnaia sushchnost' prava: postanovka problem [from Rus.: The ideal nature of law: a problem statement]. *Zhurnal rossijskogo prava* (1): 108–114.
- Jaroslavtsev, Vladimir. (2008). *Nravstvennoe pravosudie i sudejskoe pravotvorchestvo* [from Rus.: Moral justice and judicial lawmaking]. Moskva: Justitsinform.
- Kelsen, Hans. (1955). *The Communist Theory of Law*. New York: Frederick A. Praeger, Inc.
- Kelsen, Hans. ([1929] 2006). Sudebnaya garantiya Konstitutsii [From Rus.: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit]. *Pravo i politika* (8): 5–14; *Pravo i politika* (9): 5–18. (from German).
- Khomyakov, Aleksei. ([1845] 2017). Mnenie inostrantsev o Rossii [from Rus.: Foreigners' opinion on Russia]. In: Khomyakov, Aleksei. *Prizvanie Rossii* [from Rus.: Russia's vocation]. Moskva: Ripol.
- Kistyakovskiy, Bogdan. ([1909] 1991). V zashchitu prava (intelligentsiya i pravosoznanie) [from Rus.: In defense of law (the intelligentsia and legal consciousness)]. In: *Vekhi: sbornik statej o russkoj intelligentsii* [from Rus.: The landmarks: a collection of articles about the Russian intelligentsia]. Moskva: Pravda, 122–149.
- Kodintsev, Aleksandr. (2012). Sovetskoe pravosudie i repressii v stalinskoj Rossii: problemy teorii i istorii [from Rus.: Soviet system of justice and the repressions in the Stalin's Russia: problems of theory and history]. *Yuridicheskaya nauka i pravoohranitel'naya praktika* (3): 9–17.
- Kokotov, Aleksandr. (2004). *Doverie, nedoverie, pravo* [from Rus.: Trust, Distrust and Law]. Moskva: Norma.
- Kotkovskiy, Leonid & Sokolov, Alfred. (2011). Izvrashchenie prava v fashistskoj Germanii – "zakonnaya" osnova dlya unichtozheniya inakomyслиya? [from Rus.: Perversions of law in the fascist Germany – a legal basis for extermination of dissidents?]. *Yurist-Pravoved* (4): 49–53.
- Kozlovskiy, Miacheslav. (1918). Proletarskaya revolyutsiya i ugovolnoe pravo [from Rus.: The proletarian revolution and criminal law]. *Proletarskaya revolyutsiya i pravo* (1): 21–28.

- Kruss, Vladimir. (2016). *Konstitutsionalizatsiya prava: osnovy teorii* [from Rus.: Constitutionalizing the law: the foundations of a theory]. Moskva: Norma; Infra-M.
- Lapayeva, Valentina. (2012). *Tipy pravoponimaniya: pravovaya teoriya i praktika* [from Rus.: Types of legal thinking: legal theory and practice]. Moskva: RAP.
- Larenz, Karl (1934). *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*. Tübingen: JCB Mohr / Cited according: Rütters, Bernd. (2017). Die unbegrenzte Auslegung.
- Larenz, Karl et al. (1935). *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*. Berlin: Juncker und Dünnhaupt / Cited according: Rütters, Bernd. (2017). Die unbegrenzte Auslegung.
- Lenin, Vladimir. ([1920] 1981). K istorii voprosa o diktature [from Rus.: To the question about dictatorship]. In: Lenin, Vladimir. *Polnoe sobranie sochinenij*. T. 41. Moskva: Izdatelstvo politicheskoi literatury, 379–380.
- Lukasheva, Elena. (2015). Pravo nalevo [from Rus.: The right to go to the left]. *Novaya gazeta*. 19 March 2015, at <https://novayagazeta.ru/articles/2015/03/19/63473-o-prave-nalevo>.
- Lukovskaya, Dzhenevra. (2019). Legitimnost' prava: diskussionnost' problem [from Rus.: Legitimacy of law: the controversial character of the problems]. In: *Legitimnost' prava* [from Rus.: Legitimacy of law]. (eds. Tonkov E.N. & Chestnov I.L.). Sankt-Peterburg: Aleteiya, 13–43.
- Lukovskaya, Dzhenevra. (2020). Pozitivizm i estestvennoe pravo: konflikt interpretatsij? [from Rus.: Positivism and natural law: a conflict of interpretations?]. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta: Pravo* (456): 234–240.
- Martyshin, Orest. (2003). Sovmestimy li osnovnye tipy ponimaniya prava [from Rus.: Whether the main types of legal thinking are compatible]. *Gosudarstvo i pravo* (6): 13-21.
- Marx, Karl & Engels, Friedrich. ([1848] 1955). Manifest Kommunisticheskoy partii [from Rus.: Manifest der Kommunistischen Partei]. In: Marx, Karl, Engels, Friedrich. *Sochineniya* [Oeuvres]. T. 4. Moskva: Izdatelstvo politicheskoi literatury. (from German).
- Mikhailov, Anton. (2015). Mnogolikost' yuridicheskogo pozitivizma: metodologicheskie osnovaniya [from Rus.: Many faces of legal positivism: methodological grounds]. In: *Normativnaya teoriya Gansa Kel'zena i razvitie yurisprudentsii v Evrope i SShA (k 40-letiyu so dnya smerti G. Kel'zena). Materialy VII ezhegodnoj Mezhdunarodnoj konferentsii* [from Rus.: Normative theory by Hans Kelsen and the development of jurisprudence in Europe and in the USA (Forty years after Hans Kelsen's death)]. Ivanovo: Izdatelstvo IvGU, 77–99.
- Mikhailov, Anton. (2018). *Filosofiya prava: Klassicheskii iusnaturalism i istoricheskaya shkola iuristov* [from Rus.: Philosophy of law: the classical iusnaturalism and the historical school of lawyers]. Moskva: Iurait.
- Nagornyj, Evgeny. (2010). Pozitivizm protiv npravstvennosti [from Rus.: Positivism against morality]. *Advokatskaya gazeta*: 12 (77). Availble at <https://www.advgazeta.ru/arhivnye-zapisi/pozitivizm-protiv-npravstvennosti/> (accessed 16 October 2021).
- Nazmutdinov, Bulat. (2016). Ot «Normy» k «Poryadku»: Evolyutsiya pravoponimaniya Karla Shmitta [from Rus.: From 'Norm' to 'Order': the evolution of Carl Schmitt's legal thinking]. *Izvestiya vuzov. Pravovedenie* (1): 150–165.
- Pashukanis, Evgeny. (1927). *Obshchaya teoriya prava i marksizm* [from Rus.: General theory of law and Marxism]. Moskva: Izdatelstvo Kommunisticheskoy akademii.
- Ponomarev, Lev. (2017). Pravozashchitniki na s'ezde v Moskve obratilis' k vlastyam s lozungom sovetskikh dissidentov [from Rus.: At a meeting in Moscow legal activists turned to the authorities with a slogan of Soviet dissidents]. Available at <https://www.interfax.ru/russia/589079> (accessed 16 October 2021).

- Radbruch, Gustav. ([1932] 2004). *Filosofii prava* [From Rus.: Rechtsphilosophie]. Moskva: Mezhdunarodnye otnosheniya. (from German).
- Reisner, Mikhail. (1925). *Pravo: nashe pravo. Chuzhoe pravo. Obshchee pravo* [from Rus.: Law: our law: others' law: common law]. Leningrad-Moskva: Gosizdat.
- Rezolyutsiya I Vsesoyuznogo s'ezda marksistov-gosudarstvennikov i pravovikov po dokladam E. Pashukanisa i Ya. Bermana [from Rus.: The resolution of the First All-Union meeting of Marxist political and legal scholars concerning the presentations by Pashukanis and Berman]. 1931. *Revolutsiya prava*. (3).
- Rüthers, Bernd. (2017). *Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel Der Privatrechtsordnung Im Nationalsozialismus*. 8 Aufl. Tübingen: JCB Mohr.
- Schinnerer, Erich. (1938). *Zakon i pravo v Germanii. Pravovye reformy v Tret'em Rejke* [From Rus.: Gesetz und Recht in Deutschland]. Available at <https://sincerely-comm.livejournal.com/939531.html> (accessed 16 October 2021).
- Schmitt, Carl. (1938). Nazionalsozialisches Rechtsdenken / Cited according: Rüthers, Bernd. (2017). Die unbegrenzte Auslegung.
- Schmitt, Carl. ([1922] 2000). *Politicheskaya teologiya* [From Rus.: Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität]. Moskva: Kanon Press Tsentr; Kuchkovo Pole. (from German)
- Schmitt, Carl. ([1929] 2013). Garant Konstitutsii [From Rus.: Der Hüter der Verfassung]. In: Schmitt, Carl. *Gosudarstvo: Pravo i politika* [State: law and politics]. Moskva: Territoriya budushchego, 29–220. (from German)
- Sinel'shchikov, Yuri. (2012). Mesto ugovnogo protsessa v Bol'shom terrore 1937–1938 gg. [From Rus.: The role of criminal procedure in the Great Terror 1937-1938]. *Vestnik MGPU: Yuridicheskie nauki* (1): 53–62.
- Sobornov, Pavel. (2019). K voprosu o pravoponimaniy v sovetskoj yurisprudentsii 20-30-kh godov XX veka [From Rus.: To the question about legal thinking in the Soviet jurisprudence of the 1920-1930s]. *Vestnik Kazanskogo yuridicheskogo instituta MVD* (3): 290–295.
- Solomon, Peter. ([1996] 2008). *Sovetskaya yustitsiya pri Staline* [From Rus.: Soviet criminal justice under Stalin]. Moskva: ROSSPEN.
- Sorokin, Vitaliy. (2019). Formalizm v prave – predpochtenie bukvy zakona [Formalism in law – preferring the letter of the law]. *Rossijsko-aziatskij pravovoj zhurnal* (1): 44–49.
- Stolleis, Michael. ([2002] 2017). *Istoriya publichnogo prava v Germanii: Vejmarskaya respublika i natsional-sotsializm* [From Rus.: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus]. Moskva: Politicheskaya entsiklopediya. (from German)
- Stuchka, Peteris. (1964). *Izbrannye proizvedeniya po marksistsko-leninskoj teorii prava* [From Rus.: Selected works in Marxist-Leninist theory of law]. Riga: RGU.
- Teschke, Benno. ([2011] 2012). Resheniya i nereshitel'nost'. Politicheskie i intellektual'nye prochteniya Karla Shmitta [From Rus.: Decisions and indecisions: political and intellectual receptions of Carl Schmitt]. *Logos* (2): 3-44. (from English)
- Tikhomirov, Iurii. (2010). *Effektivnost' zakona i monitoring: lektsiya* [From Rus.: Efficacy of the law and monitoring: a lecture]. Moskva: RAGS.
- Tikhomirov, Iurii. (2014). Pravo kak mera operezhayushchego otrazheniya dejstvitel'nosti [From Rus.: Law as a means for advanced reflection of reality]. In: *Pravovye modeli i realnost'* [From Rus.: Legal models and reality]. Yu. A. Tikhomirov, E.E. Rafalyuk & N.I. Khludeneva (red.). Moskva: Infra-M.
- Timoshina, Elena. (2016). [From Rus.: Sud'ia kak novyj suveren: volyuntaristskaya teoriya tolkovaniya M. Tropera [From Rus.: A judge as a new sovereign: M. Troper's voluntarist theory of interpretation]. *Vestnik RUDN: Yuridicheskie nauki* (2): 50-61.

- Tumanov, Vladimir. (1971). *Burzhuaznaya pravovaya ideologiya. K kritike uchenij o prave* [From Rus.: The bourgeois legal ideology: criticism of the legal conceptions]. Moskva: Nauka.
- Varlamova, Natalia. (2021). Obosnovanie prav cheloveka kak akhillesova piata iuridicheskogo pozitivizma [From Rus.: Justification of human rights as the Achille's heel of legal positivism]. In: *Kak vozmozhna logika v prave* [From Rus.: How logic is possible in law]. M. V. Antonov & E.N. Lisanyuk (red.). Sankt-Peterburg: Aleteia.
- Vereshchagin, Aleksandr. (2020). Sudim chuzhim sudom [From Rus.: Judged by others' court]. *Kommersant*. No.5640. 16.11.2020. Available at <https://www.kommersant.ru/doc/4565109> (accessed 16 October 2021).
- Vyshinskiy, Andrei. (1938). *Osnovnye zadachi nauki sovetskogo sotsialisticheskogo prava* [From Rus.: The main tasks of the science of Soviet socialist law]. Moskva: Yuridicheskoe izdatelstvo NKYu SSSR.
- Vyshinskiy, Andrei. (1949). *Voprosy teorii gosudarstva i prava* [From Rus.: Questions of theory of state and law]. Moskva: Gosyurlitizdat.
- Zorkin, Valerii. (2008). *Aksiologicheskie aspekty Konstitutsii Rossii* [From Rus.: The axiological aspects of the Russian Constitution]. Available at <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=1> (accessed 16 October 2021).
- Zorkin, Valerii. (2010). Pravo epokhi postmoderna [The law of the epoch of meta-modernity]. *Rossiyskaya gazeta*. No.5217. 25.06.2010. Available at <https://rg.ru/2010/06/25/zorkin.html> (accessed 16 October 2021).
- Zorkin, Valerii. (2019). Pravo metamoderna: postanovka voprosa [From Rus.: The law of meta-modernity: a question statement]. *Rossiyskaya gazeta*. 16.05.2019. Available at <https://rg.ru/2019/05/16/zorkin-priverzhennost-vernoj-filosofii-prava-pozvoliaet-tvorit-dobro.html> (accessed 16 October 2021).
- Zorkin, Valerii. (2021). *Pravo i gosudarstvo na perekrestke vremen. Doklad ot 18.05.2021 na Peterburgskom mezhdunarodnom iuridicheskome forume* [From Rus.: Law and state at the crossroad of times. A presentation made at the Saint Petersburg International Legal Forum on 18.05.2021]. Available at <https://spblegalforum.ru/cm/userfiles/file/Лекция%20RUS.pdf> (accessed 16 October 2021).
- Zweigert, Konrad & Kötz, Heinrich. ([1971] 1995). *Vvedenie v sravnitel'noe pravovedenie v sfere chastnogo prava* [From Rus.: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts]. T. 1. Moskva: Mezhdunarodnye otnosheniya (from German).