

ПРАВА ЛЮДИНИ: ЇХНІЙ ФІЛОСОФСЬКИЙ СМИСЛ ТА ІДЕОЛОГІЧНЕ ЗНАЧЕННЯ У ПОСТРАДЯНСЬКІЙ ЮРИДИЧНІЙ НАУЦІ

Андрій Поляков

Санкт-Петербурзький державний університет
ORCID: 0000-0002-6078-3532

<https://doi.org/10.36169/2227-6068.2021.02.00007>

Анотація. У статті критичному аналізу піддано пострадянської теорії і філософії права з позицій комунікативної теорії права, що розробляється автором. Будь-яка теорія і філософія права спирається на цінності, але не будь-яке ціннісне обґрунтування права може бути прийнятним. Найчастіше цінностями маніпулюють, свідомо прагнучи догодити політичній владі. У статті розглядаються різні приклади таких маніпуляцій на основі статті М. В. Антонова. Автор погоджується з тезою Антонова щодо небезпеки відродження в Росії практики децізіонізму, але не вважає позитивістичне праворозуміння оптимальним рішенням для подолання подібної практики. Автор наводить аргументи, що підтверджують нездатність юридичного позитивізму протистояти загрозі децізіонізму. У статті пропонується неопозитивістичне, комунікативне рішення даної проблеми. Автор виходить з теорії раціональності людської поведінки та прагнення людини до максимізації свого добробуту. В рамках такої комунікації найвищими правовими благами для людини будуть цінності, які забезпечують кожній людині вільний розвиток, гідність, безпеку і мирне співіснування. Ці ідеї, релевантні концепції прав і свобод людини, отримують правильне (у тому числі неогоїстичне) осмислення через основоположний принцип взаємного визнання правосуб'єктності. Принцип взаємного визнання є теоретико-філософським підставою для всіх інших принципів права, зокрема щодо принципів формальної рівності і відповідальності. Дотримання принципів права і є реалізацією ідеї правової справедливості.

Ключові слова: позитивізм, неопозитивізм, децізіонізм, максимізація добробуту, комунікативне теорія права, правові цінності, принцип взаємного визнання правосуб'єктності

Повнотекстова версія статті доступна російською мовою.

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА И ЦЕННОСТИ: ИХ ФИЛОСОФСКИЙ СМЫСЛ И ИДЕОЛОГИЧЕСКОЕ ЗНАЧЕНИЕ В ПОСТСОВЕТСКОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКЕ¹

Андрей Поляков

Санкт-Петербургский государственный университет
ORCID:0000-0002-6078-3532

Аннотация. В статье дается критический анализ постсоветской теории и философии права с позиций коммуникативной теории права, разрабатываемой автором. Любая теория и философия права опирается на ценности, но не всякое ценностное обоснование права может быть приемлемо. Зачастую ценностями манипулируют, сознательно стремясь угодить политической власти. В статье рассматриваются различные примеры таких манипуляций на основе статьи М. В. Антонова. Автор соглашается с тезисом Антонова относительно опасности возрождения в России практики децизионизма, но не считает оптимальным решением для преодоления подобной практики следование позитивистскому правопониманию. Приводятся аргументы, подтверждающие неспособность юридического позитивизма противостоять угрозе децизионизма. В статье предлагается непозитивистское, коммуникативное решение данной проблемы. Автор исходит из теории рациональности человеческого поведения и стремления к максимизации своего благосостояния. В рамках такой коммуникации наивысшими правовыми благами для человека будут являться ценности, обеспечивающие каждому человеку свободное развитие, достоинство, безопасность и мирное сосуществование. Эти идеи, релевантные концепции прав и свобод человека, получают правильное (в том числе, неэгоистичное) осмысление через основополагающий принцип взаимного признания правосубъектности. Принцип взаимного правового признания является теоретико-философским основанием для всех других принципов права, включая принципы формального равенства и ответственности. Следование принципам права и является реализацией идеи правовой справедливости.

Ключевые слова: позитивизм, непозитивизм, децизионизм, максимизация благосостояния, коммуникативная теория права, правовые ценности, принцип взаимного признания правосубъектности

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-011-00493 «Экономический анализ права Чикагской школы: российский контекст».

«Человек может знать, поэтому он может быть свободным.

Эта формула выражает тесную связь между эпистемологическим оптимизмом и идеями либерализма. Наряду с ней существует иная, противоположная связь. Неверие в силу человеческого разума, в способность человека распознать истину почти неизбежно связано с неверием в человека. Эпистемологический пессимизм исторически был соединен с учением о порочности человека и приводил к мысли о необходимости существования прочных традиций и властных авторитетов, которые должны спасти человека от его собственных глупостей и слабостей».

К. Р. Поппер

Постсоветская теория права — наука или служанка политического богословия?

Любая наука так или иначе отражает специфику того времени, в котором она живет и развивается. Можно по-разному относиться к идее Т. Куна о скрытом влиянии на научное знание различных социальных предпосылок (Kuhn 1975). Проблема, тем не менее, заключается в том, что значительная часть гуманитарных научных теорий оказывается в прямой и *сознательной* зависимости от политической и социокультурной конъюнктуры, а это может ставить под вопрос и научную состоятельность таких теорий.

Не является исключением и теория права. История развития правовой мысли знает немало примеров того, как различные правовые теории, стремясь соответствовать своему времени, опирались на определенные идеологемы, имеющие мало общего с наукой. Наиболее очевидные и многократно цитируемые казусы — советская теоретико-правовая доктрина или национал-социалистическая теория права. Оба варианта подхода к праву, понимания права и объяснения права были рассчитаны не только (и не столько) на развитие научного знания, сколько на возможность практического применения пропагандируемых ценностей, включая их воздействие на широкие народные массы, призванные легитимировать существующий правопорядок.

Вместе с тем существует и проблема отделения «зерен от плевел», т. е. выявления того, что из идеологизированных теорий имеет отношение к науке, к научному знанию, или, по крайней мере, имеет серьезное философское обоснование, восполняющее известную пробельность научного знания, а что может быть без проблем сдано в «архив» науки после того, как политическая конъюнктура изменится. Само существование неких важных сторон, аспектов существования человеческих обществ, которые отыскиваются, формулируются и тем или иным способом отражаются в научных теориях, не должно вызывать сомнений. В противном случае эти теории не смогли бы завладеть воображением как представителей юридической науки, так и широких слоев общества («масс», как любили выражаться идеологи обозначенных выше учений). Но если теория относительности А. Эйнштейна

завладела вниманием научного сообщества и даже получила своеобразное признание со стороны широких народных масс,¹ то произошло это не потому, что эта теория для всех имеет доказательную теоретическую силу, а потому, что ее положения, с одной стороны, подтверждаются фактами, они работают на практике,² а с другой, — она стала своеобразным мемом, передаваемым через все средства коммуникации. Это и делает теорию значимой и ценной в глазах людей.

С правовыми теориями дела обстоят иным образом. Проверить какую-либо теорию на соответствие фактам можно, но достоверность такой проверки и результаты ее интерпретации все равно будут оставаться под сомнением. Что же тогда заставляет поверить в правовую теорию, признать ее полную или хотя бы относительную истинность? Ответ здесь может быть только один. Сама теория должна содержать определенный набор аргументов, подтверждающих основные тезисы и задающих определенную когерентность, целостность такой теории. Но, помимо этого, правовая теория должна или утверждать или выводить на определенные ценности, которые и будут восприниматься как научным, так и ненаучным сообществами в качестве значимого результата исследования. Гипотетически упомянутые ценности могут быть самими разными — это может быть и ценность беспристрастного знания, когда сама истинность рассматривается как высшая ценность, от которой нельзя отказаться, хотя бы эта истинность и была горькой. Но чаще всего (или в дополнение к истинности) в виде ценностей гуманитарной теории выступают определенные блага, к которым может приобщиться человек или все сообщества, если они будут разделять соответствующую научную теорию.

Дело в том, что рациональное человеческое поведение основано на выборе между различными ценностями. Именно ценности определяют выбор человеком тех или иных поступков, той или иной тактики и стратегии поведения. Если бы право не представляло ценности для людей, то и рассчитывать на то, что они станут воспринимать себя субъектами права и правовых отношений, не было бы оснований. Даже инструментальное использование права предполагает признание его инструментальной ценности.³ Отсюда и проистекает многообразие правовых теорий:

¹ Признание теории относительности со стороны масс означает не признание неотражимости ее аргументов и точности физико-математических расчетов, с которыми в полной мере могут ознакомиться и понять их считанное количество людей, а признание, пусть даже в утрированной форме, конечных выводов, сделанных А. Эйнштейном. «Все относительно» — вот житейская мудрость, аффилированная с именем Альберта Эйнштейна.

² Об этом в первую очередь узнаешь из Википедии: «Общая теория относительности в настоящее время — самая успешная теория гравитации, хорошо подтвержденная наблюдениями и рутинно используемая в астрономии... и в инженерных приложениях, таких как системы спутниковой навигации» (Wikipedia, n/d).

³ Представляется, что этот тезис справедлив с позиций любой правовой теории. И позитивисты и непозитивисты ставят перед правом определенные цели и решают с помощью права определенные задачи. Этим и определяется ценность права. Быть субъектом права и субъектом правовых отношений для непозитивиста означает быть человеком, независимо от того, признает ли свое человеческое достоинство и свободу государство (официальный нормативный порядок). В этом непозитивисты и видят ценность права прежде всего. Для позитивиста возможность быть субъектом права и субъектом правовых отношений (а значит, и сама возможность быть человеком) зависит от того, признает ли эту

ведь все они защищают разные, но зачастую сопряженные между собой ценности. Эти ценности связываются (Polyakov 2016: 384–400) или с приоритетностью человека и его прав (*аксиологический антропоцентризм*), или с приоритетностью трансцендентных ценностей Бога, традиции, крови и почвы (*аксиологический трансцендентизм*),¹ или к приоритетности различных социальных общностей (народ, нация, трудящиеся, государство – *аксиологический социоцентризм*). Особняком стоят инструментальные ценности, такие как порядок, стабильность, мир и безопасность (*аксиологический инструментализм*). Их кажущаяся ценностная нейтральность исчезает после того, как будет выяснено, каким целям должны служить эти ценности, – человеку, обществу, нации, государству и т. д.

Ценностное противостояние всегда находится в центре гуманитарного знания, гуманитарных теорий, включая юридические науки и философию. Одна теория, с одним набором ценностных утверждений, противостоит другой теории или даже всем иным теориям, основанным на противоположных ценностях. Так либеральный юснатурализм противостоит всем иным направлениям, включая правовой децизионизм (правовой консерватизм/традиционализм), правовой нормативизм, правовой этатизм, правовой социологизм, правовой психологизм и т. д. В свою очередь любое из перечисленных направлений «не хочет дружить» с либеральным юснатурализмом. Перечислить все варианты ценностного противостояния довольно сложно, тем более что в рамках одной и той же типологии возможны довольно необычные ценностные сочетания, входящие изначально в разные виды².

При этом нельзя даже помыслить правовую теорию, свободную от ценностей, или теорию, которая не выводила бы к определенным ценностям. Теория права или философия права может ставить себе методологическую задачу отказа от ценностей, но и сама эта задача, и получаемый результат, будут являть противоположное – они всегда будут ценностным выбором.

Если теория или тем более философия права сама должна представлять ценность и опираться на определенные ценности, то закономерно возникает вопрос, какие ценности «органичны» (разумны, релевантны, «естественны», оптимальны) для правовой теории и философии? Как преодолеть мешанину из ценностных установок, зачастую присутствующую в постсоветской юриспруденции? Очевидно, что наилучшим мог бы быть выход, позволяющий с достаточной степенью аргументации и эмпирической верификации выделить приоритетность тех или иных ценностей и необходимость в таком случае признания вторичности иных ценностей и связанных с ними правовых идей и установлений.

возможность официальный нормативный порядок. Ценность права сводится к его фиксирующей, инструментальной функции.

¹ Следует отличать от аксиологического трансцендентализма, т. е. учения, признающего трансцендентальный характер определенных ценностей, в частности, ценность взаимного признания правосубъектности, о которой пойдет речь ниже.

² Некоторые правоведы признают возможность сочетания либеральных и позитивистских ценностей (идеологий) в рамках одной теории. В качестве примера приводятся, например, учения Л. И. Петражицкого и Г. Кельзена.

Отсюда вытекает значимость вопроса о том, можно ли определить те ценности, которые являются общими и в то же время высшими для всех людей, проживающих на земле, с одной стороны, и универсальными (трансцендентальными) для права, с другой? Если таких ценностей наука и философия выявить не могут, тогда и правоведение грозит превратиться из науки и целостного мировоззрения в никому по большому счету не нужное, кроме политиков, говорение, целью которого, как точно заметил К. Р. Поппер, является убедить общество в том, что лишь авторитет власти может спасти человечество от его собственной глупости (Popper 2004: 19). Знать – чтобы быть свободным, это, по Попперу, свидетельство эпистемологического оптимизма и он связывает такой оптимизм с либерализмом. Но имеются ли дополнительные основания для того, чтобы ответить положительно на вопрос об общих правовых ценностях? По мнению автора настоящей статьи, такие основания имеются, и об этом пойдет речь далее.¹

Но перед тем, как обратиться к решению этой проблемы, необходимо критически рассмотреть те случаи манипулирования правовыми ценностями (надпозитивными началами), которые не только не решают проблемы поиска правовых универсалий, а, наоборот, дискредитируют вообще ценностную проблематику права. Действительно, одной из проблем постсоветской правовой науки и практики, особенно проявившейся в последнее время, является обоснование таких правовых конструкций, теорий и целых направлений научных школ, которые, опираясь подчас на современные правовые методологии (например, методологию социального конструирования), представляют образцы обслуживания идеологических запросов власти. Авторы таких построений обычно не очень считаются с тем, насколько подобные «конструкции» научно и философски «вписываются» в картину мира. Здесь в качестве примеров могли бы фигурировать как известные теоретические концепты доперестроечного периода, так постперестроечные правовые теории современности. Конечно, своей оценки заслуживают и такие теоретические концепты, которые не ангажированы какими-то политическими интересами и исходят из заслуживающей внимания аргументации, но чьи конечные выводы не решают проблемы обоснования общих, трансцендентальных ценностей.

Критика М. В. Антоновым постсоветского непозитивизма

Интересный и серьезный критический анализ подобных примеров осуществил в своей статье, размещенной в настоящем номере, проф. М. В. Антонов. Ученый, в частности, отмечает возросшее количество юридической литературы, в которой

¹ Под общими (универсальными, трансцендентальными) правовыми ценностями я понимаю не абсолютные ценности, какой бы смысл им не придавался, а те ценности, без опоры на которые само право превращается в свою противоположность, а люди не могут быть его полноценными субъектами, максимизирующими, благодаря праву, свое благосостояние. Обоснование таких ценностей возможно не только рациональным путем (через феноменологический трансцендентализм), но и путем моделирования последствий их реализации, например, с позиции общих интересов. Также значимыми являются эмпирические методы, помогающие выявить те ценностные основы, которые позволяют успешно функционировать социальным институтам, включая государство и право.

обсуждаются «конституционные ценности» и «надпозитивные начала, при помощи которых можно безгранично корректировать нормы позитивного права». В меньшей степени его беспокоит и «воплощение идей о таких надпозитивных началах в судебной практике» (Antonov 2021: 127).

Одним из наиболее показательных примеров подобной трансформации российской правовой доктрины стала, по мнению Михаила Валерьевича, идея о том, что функция Конституции и Конституционного Суда заключается в формировании особой идеологии – «конституционного правопонимания». Эта идея также предполагает обращение к надпозитивным ценностям для преодоления «плохого права», и поэтому она ожидаемо оказывается враждебна идеям юридического позитивизма и родственна доктрине децизионизма (Antonov 2021: 140). Еще более показательным примером возрождения принципа децизионизма в российском праве стала, по мысли ученого, теория «опережающего нормотворчества», которая напрямую обосновывает право судьи изменять позитивное право, исходя из «принципа достоверного и опережающего отражения действительности». Причем в этом принципе Михаил Валерьевич не без оснований усматривает идею, тождественную по своей сути теоретическим взглядам, сформировавшимся в Германии 1930-х годов в ходе консервативной революции и получившим наименование *Rechtserneuerung* (обновление права) (Antonov 2021: 130).

Объяснение такой трансформации установок как теоретиков права, так и юристов-практиков ученый видит в изменениях социальных условий, сопутствующих действующему праву. При незначительных переменах в жизни общества для адаптации существующих норм права к изменениям в правовой жизни оказывается достаточно позитивистской юридической техники. Иначе обстоит дело в «эпохи революционных перемен» в обществе и правопорядке – когда меняется политический строй, господствующая идеология или происходят иные сопоставимые по масштабу изменения. В случае таких изменений правоприменители по практическим соображениям не могут применять старые законы без оглядки на изменившуюся политическую обстановку. Поэтому профессор Антонов считает, что немалое число судей предпочтет следовать политике правящей партии и применять старые законы «с учетом новой политической воли». Фактически, речь идет о наделении этих законов новым содержанием – в соответствии с волей тех, кому принадлежит политическая власть в данный момент. Появляется и возможность судьи уклониться от применения «устаревшего» закона, «не испытывая неблагоприятных последствий со стороны властей и, возможно, получая от этого выгоду – как минимум, демонстрируя тем самым лояльность новым властям» (Antonov 2021: 134).

Весьма убедительной можно считать и демонстрацию М. В. Антоновым технологии подобных теоретико-правовых метаморфоз. Ученый пишет о том, что в девяностых годах прошлого века старое советское право, которое формально сохранило свое действие, «постепенно стало перетолковываться (до его отмены или замены новыми нормами российского права) 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» (Antonov 2021: 140). Этот процесс в судебной практике сопровождался появлением «нормативных оговорок, которые позволяют делать исключения из применения конституционных и законодательных норм (например, защита суверенитета или традиционных ценностей)». Далее все оказывается predetermined. «Какие переменные (традиционные ценности, суверенитет, солидарность народа и проч.) будут использованы в этой 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, констатирует Антонов, фактический децизионизм такой практики вступил в «ожидаемый конфликт с юспозитивизмом» (Antonov 2021: 140).

Беспокойство ученого вызывает и то, что подобные формулы допускают практически «бесконтрольное нарушение прав человека, гарантированных Конституцией и международными актами, действие которых суживается ограничительным конституционным толкованием в духе традиционных ценностей и других консервативных формул» (Antonov 2021: 122).

Вывод Михаила Валерьевича, который он повторяет неоднократно в своей статье, сводится к мысли о том, что как для целей превалирующего консерватизма, так и для программы его оппонентов удобнее оказывается апология исключения в праве, чем требование следования правилу, чем и объясняется их враждебность к позитивизму (Antonov 2021: 145–146).

Разделяя обеспокоенность М. В. Антонова потенциальным и реальным угрозам конституционным правам и свободам, его трактовку нежелательности описываемых правовых трансформаций могу принять лишь отчасти. Не все правовые трансформации заслуживают одинаковой оценки (и здесь правовые ценности выходят на первый план). Поэтому и трансформация трансформации рознь. Одни трансформации раскрывают внутренний потенциал права, способствуют благосостоянию членов общества, а другие ведут в противоположном направлении. Представляется, что апология исключения в праве не присуща идеям «уравновешенного» правового либерализма, не вытекает из его сути, не относится к его правовой идеологии,¹ а применима лишь к ее «неравновесным» вариантам и к

¹ Под «уравновешанным» правовым либерализмом в данном случае понимается коммуникативная правовая идеология, которая может быть обозначена и как либерально-консервативная. Либеральное начало личности и ее прав в рамках такого правопонимания уравновешивается необходимостью признания Другого и рассмотрения его в качестве цели, а не только средства правовой коммуникации. В таком контексте и ответственность человека за реализацию своих обязанностей оказывается неразрывно связана с его правами, демонстрируя необходимость человеческой солидарности для самого существования права и возможности развития человека и общества в условиях мира и безопасности. Неэгоизм оказывается важным социальным качеством и условием существования права. Непозитивизм такого построения перекликается с идеей неэгоизма. Понятно, что в рамках подобной идеологии «апологии исключения» места не остается. Право и его принципы – вот руководство к действию для граждан и правоприменителей.

действиям отдельных ее представителей, что можно характеризовать как «эксцесс исполнителя». Но необходимо согласиться с тем, что как теория права, так и практика правоприменения, – что в советской России, что в постсоветской России последних лет, – далека от правового идеала и представляет реальную угрозу для коммуникативного сообщества, опирающегося на основы конституционного строя. Поэтому нельзя не приветствовать стремление наших правоведов, в том числе, М. В. Антонова, выявить причины рассмотренных выше отклонений в правовой теории и юридической практике от оптимального курса.

Правовой позитивизм: основные идеи и главная миссия

Очевидно, что вариантов оптимизации¹ российской правовой теории может быть достаточно много, и не один из них не может претендовать на монополию постижения истины в этом нелегком деле. Если та или другая теория открыта для проверки своих положений и аргументов, то она заслуживает и дискуссии, и критики. В полной мере это относится к идеям, которые давно уже и весьма последовательно развивает и защищает М. В. Антонов. Из его позиции можно сделать вывод о том, что выход из обозначенных проблем заключается в признании юридического позитивизма в качестве правовой теории, на которую необходимо ориентироваться как гражданам, так и правоприменителям. Цитированная выше статья профессора Антонова как раз и нацелена на оправдание позитивизма и позитивистской правовой идеологии. Соответственно, объектами критики выступают «непозитивистские» теории, к которым, в первую очередь, отнесены «децизионистские» построения: советская теория права, национал-социалистическая теория права, консервативная постсоветская теория права, либеральный юснатурализм, интегративные теории права.

Позитивистская теория права, которую Михаил Валерьевич рассматривает, прежде всего, сквозь призму учения Г. Кельзена, имеет достаточно длительную и поучительную историю. Как верно отмечает в своей статье проф. Антонов, у нее были свои взлеты и падения. И обусловлены эти взлеты и падения были не только какими-то логическими доводами или убедительными аргументами оппонентов, а изменениями, происходившими в обществе, в первую очередь, изменениями революционными, радикальными, глобальными. Эти изменения заставляют искать такие правовые решения, которые необходимы здесь и сейчас. Поэтому, по мнению многих аналитиков, экспертов и практиков, жаждущих найти быстрый ответ на глобальные проблемы, позитивизм не справляется с подобными вызовами. Другой проблемой, в которую упирается позитивизм, является его ценностная индифферентность, т. е. явное или мнимое безразличие к моральным и иным ценностям. Между тем, многие теоретики и философы права, не говоря уже о практиках, не только приписывают праву определенное ценностное содержание, но и хотели бы видеть это содержание в действующем праве. Для М. В. Антонова эти

¹ Оптимизация правовой теории – выбор наилучшего варианта из возможных для достижения наибольшей эффективности правового регулирования и максимизации ценных политико-правовых идей.

характерные особенности позитивизма являются не его недостатками, а, скорее, достоинствами. Попробую кратко представить аргументы ученого в защиту правового позитивизма, а затем дам им свою оценку.

Интересно, что, судя по всему, М. В. Антонов не готов рассматривать правовой позитивизм как универсальную теорию, годную для всех человеческих сообществ, а относит возможность и необходимость его существования к романо-германской правовой семье. Российское право также является разновидностью романо-германского права и уже в силу этого предрасположено к правовому позитивизму. Этому праву 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 выведением следствий из нормы) и т. п.» (Antonov 2021: 130). Надо отметить, что из изложенных характеристик романо-германской правовой семьи ученый делает весьма спорный вывод о том, что рассмотренные им схемы юридического мышления, в свою очередь, опираются на «имплицитное предположение» о том, что правовое регулирование отношений между людьми в рамках данной правовой семьи предполагает «отделение права от политики, этики, религии, идеологии и других нормативных источников» (Antonov 2021: 130). Спорным оно является хотя бы потому, что исторически известные образцы романо-германского права отнюдь не подтверждают это предположение. Общеизвестным является тот факт, что правовые системы стран, относящихся к романо-германской правовой семье, долгие века находились под влиянием христианской идеологии, в рамках которой политика, этика и право представляли собой тесно взаимодействующие подсистемы, не помышлявшие ни о какой автономии. Да и современные варианты права этой семьи, равно как и теоретико-правовые исследования ученых из этих стран, отнюдь не свидетельствуют в пользу высказанного умозаключения (никто не может утверждать, что правоведы Германии, Италии, Франции, Бельгии и т. д. сплошь позитивисты. Скорее даже наоборот. Многие классические теории естественного права, религиозные по своим истокам, родились в лоне романо-германских правовых семей).¹

М. В. Антонов уделит внимание и правовой идеологии романо-германской правовой семьи, констатируя, что центральное место в ней занимает требование подчинения закону. Поэтому, даже если действующее в стране позитивное право по тем или иным причинам считается плохим, это оценочное суждение, делает вывод ученый, не освобождает юриста от подчинения этому праву (законам) (Antonov 2021: 130). Интересно, что закон в рамках идеологии, воспроизводимой Михаилом Валерьевичем, исторически считается воплощением принципов разума. Именно это, судя по всему, и оправдывает, по мысли нашего правоведа (явно не артикулированной), «связанность» судьи законом. Саму же идеологию, характеризуемую как «верность закону», ученый считает позитивистской, поскольку в ней реализуются основные принципы позитивизма: установление закрытого и

¹ Существует несметное количество литературы на этот счет. Приведу лишь один пример (Berman 2008).

ранжированного по уровню списка социальных источников права, отграничение определения и описания действия права от морали (Antonov 2021: 131).

Отдельный сюжет в апологии позитивизма М. В. Антоновым представляет защита этого учения от обвинений или в идейном родстве, или хотя бы в определенных связях с «тоталитарными практиками национал-социализма и большевизма» (Antonov 2021: 131). Ученый приводит аргументы, призванные опровергнуть широко распространенную версию, согласно которой советская теория права была в своей основе позитивистской. При этом Антонов полагает, что основной упрек в адрес позитивизма заключался в том, что последний будто бы оправдывал сервилизм, т. е. покорность любым приказам власти (Antonov 2021: 132). Между тем, словосочетание «покорность любым приказам власти» может иметь несколько смыслов. Её (покорность) можно понимать, в том числе, и как избирательное применение законов, и как смешивание права с идеологией и последующими правовыми решениями на этой основе и т. д. Эти действия, по мысли правоведа, также можно рассматривать как проявления покорности приказам власти, стремящейся проводить в жизнь определенную политику, определенную идеологию. Но как раз в этом, полагает М. В. Антонов, обвинять позитивизм нельзя, поскольку это противоречит его основам. Поэтому позитивизм учит не покорности власти, а учит подчинению закону – разъясняет ученый.

В подтверждение этой основополагающей идеи профессор Антонов приводит основные тезисы позитивистского учения, к которым традиционно относят тезисы об источниках и разделительный тезис (Antonov 2021: 132). Разделительный тезис предписывает, что то, как мы понимаем право и то, как мы описываем действие права, не должно быть обосновываемо и выводимо из наших ценностных суждений. 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 (например, промульгация законов или фактическое применение обычного права).

К сожалению, М. В. Антонов не привел каких-то новых аргументов, подтверждающих, что эти тезисы можно и нужно понимать как достаточно обоснованные с точки зрения их исключаящего характера.¹ При этом он полагает, что все возможные «конфликты» между требованиями позитивного закона и «этики» можно разрешить, оставаясь на позициях позитивизма, с помощью «юридической техники» (Antonov 2021: 132). К такого рода «техническим средствам» ученый относит «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». Все эти средства,

¹ Дискуссии на этот счет составляют немало томов различных сочинений на протяжении многих лет. Но как это бывает очень часто в правоведе, и сторонники и противники этих тезисов друг друга не убедили.

по мнению Антонова, вполне применимы, но при одном условии – «если такие формулировки включены в источники действующего права (закон, обычай, прецедент и проч.)» (Antonov 2021: 132). К этой идее я еще вернусь, а сейчас хочу обратиться к правовой идеологии, которую ученый трактует как позитивистскую.

Интересно, что правовой позитивизм М. В. Антонов рассматривает не просто как единственный вариант правовой теории, который может дать адекватное описание права, но и как наилучшую правовую идеологию, способную обеспечить нормальную жизнь человека, сформировавшегося в лоне романо-германской правовой традиции, в правовом государстве. Более того, правовой позитивизм, как идеология, воплощенная на практике, только и может, по мысли профессора, защитить ценности демократии и прав человека. В подтверждение этого тезиса М. В. Антонов прибегает даже к идеям Ш. Л. Монтескье. Монтескье, напоминает Михаил Валерьевич, как-то высказал мнение о том, что формализм в праве увеличивается с возрастанием уважения к чести, имуществу, жизни и свободе граждан. Легко можно, по мысли Антонова, предположить и обратную зависимость – по мере уменьшения уважения к жизни и другим благам, принадлежащим индивидууму, «авторитарные правители и обслуживающие их правоведа теряют интерес и уважение к правовым формальностям, все чаще обращаясь напрямую к метафизическим конструктам, обосновывающим дискрецию властей как реализацию неких высших принципов права, и тем самым логично приходят к отрицанию нормативности права» (Antonov 2021: 139). Подчеркну, что апелляция к авторитету Монтескье вряд ли работает на подтверждение тезисов М. В. Антонова: этот французский мыслитель, представляющий романо-германскую правовую семью, как раз не отрицал естественное право и все те ценности, которые Михаил Валерьевич относит к «метафизическим конструктам», сочетая их с признанием необходимости, в том числе, и правового формализма. Одно не исключает другого – отметим это.

Тем не менее, защита правового формализма рассматривается Михаилом Валерьевичем как одна из ценностей позитивизма, которая помогает реализации других ценностей. Только подобный формализм, точнее, верность закону, способны предотвратить подмену содержания закона, его «духа и буквы», политическими соображениями, идеологическими предпочтениями, обслуживающими интересы правящей элиты. Правовой позитивизм свободен от «ценностного дискурса», и это позволяет сторонникам позитивизма оставаться верными нормам права. «Опасность ценностного дискурса» заключается по мысли ученого в том, что «оценочные высказывания не имеют истинностного характера (не могут быть проверены на истинность и ложность),¹ так что ценностные суждения группы судей подменяют собой

¹ Вопрос об истинности или ложности применим к каким-либо суждениям. Именно поэтому с точки зрения позитивистов нормы права нельзя проверить на истинность - точно также как и ценностные суждения. Истинностью могут обладать, с точки зрения позитивиста, лишь нормативные высказывания. Так, они могут или соответствовать норме права и быть в этом смысле истинными суждениями, или им противоречить (ложные суждения). Но то, что ценности не обладают истинностью, не является препятствием для их признания в качестве необходимых элементов права. Ведь право не состоит из нормативных высказываний чисто логического свойства. Как и сами нормы, ценности обладают не истинностью, а значимостью. А значимость может быть разной. Любая система ценностей, в том числе, ценностей права, вследствие этого представляет собой иерархическую систему, в рамках которой

нормы права, созданные в установленном порядке, демократического законотворчества» (Antonov 2021: 127).

Идеология романо-германского права предписывает правоприменителям подчиненное место. Это означает, что они 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. Антонов отмечает:

Дать судье возможность решать о применимости или неприменимости отдельных законодательных норм в зависимости от его 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, поставить систему права перед непредсказуемыми последствиями. (Antonov 2021: 128)

Закон, по мысли М. В. Антонова, имеет отношение к справедливости, но эта справедливость может носить только формальный характер. Закон справедлив не в силу своего содержания (оно может быть любым), а в силу своего формального, соответствующего всем процедурам, установления. Только такой, позитивистский подход к пониманию нормы права и справедливости, позволяет, убежден М. В. Антонов, избежать крайностей непозитивистских учений, представители и поклонники которых подчас фактически уклонялись от требований закона под «личной верности» его духу и лежащим в его основании высшим внеправовым началам. В этом случае отличались лишь формулировки ценностей (справедливости и др.), ради которых это уклонение допускалось – «у большевиков это была классовая справедливость, а у нацистов – справедливость расовая» (Antonov 2021: 130).

Коммуникативный подход к правовым ценностям

Со многими идеями, о которых пишет М. В. Антонов и другие представители правового позитивизма, можно согласиться, а с некоторыми даже необходимо согласиться, поскольку отказ от них означал бы и отказ от права. В первую очередь это относится к идее законности, к идее верности праву, к необходимости отказа от децизионизма, понимаемого как произвольные действия власти по установлению нормативных предписаний, от сервиллизма в любых формах его проявления. Как уже было отмечено выше, не может не вызывать тревогу законодательная и судебная практика, складывающаяся в российской правовой системе. От конституционного требования приоритетности прав и свобод граждан, следовательно и законодательной работы по их развитию и всестороннему обеспечению, законодатель и правоприменители все больше дрейфуют в сторону ограничения этих прав и подчинения их мнимым интересам государства. Заслуживает поддержки и мысль М. В. Антонова в том, что подобная трансформация не отвечает духу законности, идее верности праву. Также ученый верно подметил неправовой характер советского права, связав его, правда, с неисполнением собственных правовых

наиболее значимые ценности подчиняют себе другие ценности, определяя их структуру, в том числе, логическую.

предписаний. Параллели между природой советского права и национал-социалистическими правовыми построениями также уместна, поскольку и тот и другой режим в своем понимании права исходили из того, что можно характеризовать как правовой децизионизм. И децизионизм, и развивающее его «мышление о конкретном правовом порядке»¹ в определенном смысле действительно противостоят позитивизму, особенно в том виде, каким его обрисовал Михаил Валерьевич.

Но означает ли это, что непозитивизм не справляется со своей задачей адекватного объяснения правовой реальности и не предоставляет возможностей ни законодателям, ни правоприменителям использовать его идеи и рекомендации для эффективного и справедливого регулирования общественных отношений, для реализации интересов членов общества, для создания такой его модели, которая была бы свободна от ошибок предыдущих поколений? И готов ли позитивизм к решению этих задач?

Я бы не торопился дать положительные ответы на эти вопросы. Ведь нетрудно заметить, что идея верности закону совсем не обязательно тождественна идее верности праву. Все зависит от того, что понимать под правом и что понимать под законом. И от ответа на вопрос о том, можно ли их отождествлять. Михаил Валерьевич считает, что такое отождествление (в сущностном смысле)² и возможно, и необходимо. Но даже если пока отложить решение этого вопроса, то все равно идея верности закону, необходимость следования закону, уважение к правовым формальностям, требование соблюдения закона, не взирая на лица и чины (равенство всех перед законом), равно как и запрет на избирательное исполнение и применение закона, — отнюдь не являются изобретением, а тем более монополией правового позитивизма. Мне вообще не известна ни одна *правовая* теория, которая бы отрицала необходимость следования установленным в государстве законам в принципе.³

Специфика позитивизма всех редакций заключается не в том, что он требует соблюдения законов (позитивного права), а в том, что это соблюдение позитивизм понимает как требование, которое *не имеет аксиологических исключений и не может*

¹ Мышление о конкретном правовом порядке (мышление в категориях конкретного порядка – konkretes Ordnungsdenken) – разработанное К. Шмиттом и К. Ларенцом национал-социалистическое правовое учение, которое преследовало цель дискредитировать нормативизм и либеральный юснатурализм. Нормативизм был неприемлем ввиду его ориентации на формальное следование закону, а либеральный юснатурализм – за проповедь индивидуализма. Общим нормам закона и правам человека противопоставлялся конкретный порядок, проистекающий из целостности народа и воли, выражающего эту целостность вождя (фюрера). Не закон определяет волю вождя, а воля вождя есть закон (Schmitt 2013: 307–356; Antonov 2019: 128–146).

² В этом контексте нет принципиальной разницы между отождествлением права с законом и права с позитивным правом. Закон в широком смысле слова – это и есть позитивное право во всем многообразии его источников, включая судебные решения и обычное право, санкционированное государством.

³ Ни у Цицерона, ни у Августина не идет речь об отрицании установленных государством законов *в принципе*. Речь у них шла лишь о том, что нельзя соблюдать *противоправные* законы, законы, противоречащие *естественному* праву. Что касается известных мыслителей – анархистов, в работах которых вроде бы можно найти идеи, отрицающие необходимость следовать законам, установленным государством, то ведь они и не создали никакой *правовой* теории, а известны своим отрицанием государственно-организованного права как такового.

их иметь. Если такие исключения появляются в лексиконе позитивиста, то из позитивиста он превращается в непозитивиста, или даже в сторонника интегративного правопонимания. Попробую пояснить сказанное.

Любая норма, предписывающая какое-то поведение, представляет собой текст, адресованный определенным субъектам, смысл которого воспринимается как некое правило. Само существование какого-то правила (нормы), соблюдение которого предписывается кем бы то ни было, априори предполагает, что это правило, реализуемое в поведении, представляет собой некую ценность,¹ поэтому такое правило получает статус правила должного поведения. Ценность эта чаще всего относительна, поскольку она не обязательно разделяется всеми и в одинаковой степени. Такое правило (норма) может быть ценностью в большей степени или исключительно для того, кто требует исполнения правила, но может иметь ценность и для тех, кому правило адресуется, кто этому правилу готов следовать, исходя из признания его ценности. Отсутствие у правила ценности вообще – автоматически исключает его из разряда правил должного поведения. Объясняется это тем, что

¹ В позитивистской методологии вместо понятия «ценность» используется понятие «смысл». Но позитивисты ошибаются, полагая, что «смысл» может заменить «ценность» в конституировании представления о должном поведении. Логический смысл нормы, определяющий, какими должны быть действия при наличии неких обстоятельств, является должным только в рамках логики правила, сформулированного средствами языка. Но никакой смысл сам по себе не может определять должное, если этот смысл не связан с определенными ценностями, побуждающими человека следовать им. Так, известный пример требования со стороны организованной банды рэкетиоров к предпринимателям выплачивать им ежемесячно определенную сумму денег за так называемую «крышу» с логической точки зрения представляет собой правило должного поведения, которое предусматривает за его невыполнения определенную или неопределенную полностью санкцию (негативные последствия). Логически «должное», согласно данному правилу, заключается в обязанности выплачивать бандитам ежемесячно определенную сумму денег. Но позитивист не согласится с такой интерпретацией. В ответ он мог бы возразить, что таким образом понятие «должное» не может быть юридической обязанностью, поскольку она (обязанность) не представлена в норме права. Этим, по мнению позитивистов, правило, установленное бандитами, отличается от правила, установленного в законодательстве государства об уплате налогов. Требованию налогового инспектора об ежемесячной уплате налогов, соответствует юридическая обязанность предпринимателя совершать эти действия, которые в этом случае и будут свидетельствовать об его должном поведении. Но и в рамках банды может существовать так называемый воровской закон, который определяет обязанности членов банды и которому подчиняются все бандиты. Чем же *принципиально* требования бандитов отличаются от требований налогового инспектора? Этим отличием не может быть ни ссылка на вышестоящую норму (такую ссылку можно сделать в рамках обоих требований), ни существование санкции за неисполнение правила (санкция также присутствует в обоих случаях). Позитивисты, указывая на смысл нормы как на основание для действия человека, упускают из вида, что за всеми рассуждениями об объективном смысле правовой нормы стоят определенные ценности, которые только и могут конституировать долженствование в сознании человека как ценностную необходимость действовать в соответствии с правилом. Государству и налоговому законодательству в этом случае приписывается определенная ценность, связанная с защитой ими человека, в том числе, и от действий рэкетиоров. Право и государство ценностно связываются с представлениями о мире, безопасности, справедливости. Именно эти ценности объединяют людей и дают силу государственно установленному праву. Если эта ценностная составляющая минимизируется или испаряется вовсе, государство перестает в глазах общества отличаться от банды рэкетиоров, и его дальнейшее существование оказывается под вопросом, разрешение которого можно связать или с революционной сменой режима, или с восстановлением ценностной составляющей государства и его правовых предписаний (Polyakov 2019b: 207–208).

поведение человека в большей или меньшей степени, но является поведением рациональным.¹ А право как раз и рассчитано на поведение рациональное и, как следствие, коммуникативное, то есть принимающее в расчет Другого.

Теория рационального поведения и теория рационального выбора разрабатываются в основном в экономической теории. Они играют важную роль и в экономическом анализе права, в том числе, в Чикагской школе экономического анализа права. Но их значение далеко выходит за границы экономической теории, так в их основе лежат интересы, присущие человеку как таковому (Karapetov 2016; Dorohin & Polyakov 2020). Представляется, что и разработанная в рамках этой школы концепция максимизации благосостояния Ричарда Познера может послужить неким

¹ А. Г. Карапетов отмечал связь теории рационального выбора с демократией. Ученый высказал интересную мысль о том, что если бы развитые страны отказались от теории рационального выбора и признали, что большая часть взрослого населения патологически и неисправимо иррациональна, это неминуемо сказалось бы на содержании права настолько, что изменило бы его до неузнаваемости. По сути такие изменения в праве перевели бы государство, полагает А. Г. Карапетов, в число тоталитарных. Любое тоталитарное государство, как правило, строит свои правовые институты на основе предположения о том, что личному выбору человека доверять нельзя, человек слаб и требует постоянного контроля и управления как в области поведения, так и в области своих желаний и предпочтений. «Соответственно, когда мы наблюдаем за правом относительно демократического и либерального правового государства, мы должны четко понимать, что теория рационального выбора лежит в основе не только регулирования коммерческих или иных сугубо экономических отношений, но и всего правового режима в целом, включая даже регулирование демократических процедур. Ведь сама идея, допускающая участие народа в отборе своих политиков, основывается на предположении о том, что люди в общем и целом в состоянии оценить, нравятся ли им условия жизни при текущем правительстве и насколько убедительно звучат обещания конкурента» (Karapetov 2016: 65). Разумеется, идея рационального выбора не предполагает, что все члены общества всегда действуют рационально. Какая-то часть населения вполне подвержена иррациональным решениям и поступкам. Эти обстоятельства усложняют жизнь любой демократии и заставляют думать о том, как развивать человеческую мотивацию в оптимальном для демократии и прав человека направлении и как развивать сами демократические институты. Но иррациональность поведения часто путают с неоправданным ценностным выбором, а такой выбор вполне рационален, но не способствует максимизации благосостояния. Если, например, гражданин всегда голосует за партию власти, независимо от того, что собой представляет эта партия и какие цели преследует, то это не говорит об его иррациональности, а говорит лишь о том, что его ценностный выбор связан с верой в то, что сила власти предпочтительнее любых неясных политических посулов. Также и голосование за политических популистов или за крайние радикальные движения говорит не об иррациональности такого выбора, а о непонимании того, какие ценности имеют для человека и гражданина объективно больший вес. Так, например, человек, случайно получивший в собственность картину величайшей художественной ценности, может об этом не знать и променять ее на какую-нибудь малоценную вещь, нужную ему в данной конкретной ситуации. Но это означает лишь то, что если бы ему была известна подлинная ценность его полотна, он никогда не променял бы его сиюминутную выгоду. Поэтому и его выбор был рациональным, но неинформированным. Иррациональным можно назвать только такой ценностный выбор, который не контролируется разумом и представляет собой спонтанный акт. Если же человек в порыве страсти, которую он не в состоянии побороть, осуществляет ценностный выбор, то это вполне рациональное действие, хотя и не обязательно оптимальное (не обязательно максимизирующее благосостояние). Отсюда и вытекает важнейшая задача всего общества — разбираться в иерархии ценностей и способствовать тому, чтобы все члены общества были информированы о ценностях подлинных, наивысшей значимости и ценностях второстепенных или даже мнимых.

теоретическим базисом для переосмысления в первую очередь поведенческих характеристик человека.

Рациональное человеческое поведение, как поведение разумное, определяется выбираемыми ценностями, и уже они свидетельствуют о наличии или отсутствии «должного». Должное – это такая внутренняя (субъективная) оценка правила поведения, которая связывает его с определенными, признаваемыми человеком ценностями. Рациональное поведение означает, что человек выбрал тот вариант действия, который он считает необходимым для себя, т.е. наиболее значимым, наиболее ценным здесь и сейчас. Поэтому рациональное поведение – это поведение, оптимальное в стратегическом смысле. Оно способствует приобщению к ценностям, а в идеале – увеличивает благосостояние человека (максимизирует его благосостояние), дает ему наибольшее количество благ, как духовных, так и материальных.

Под благом как ценностью можно понимать то, что способно удовлетворять запросы, интересы, потребности человека. Рассмотренные в таком ракурсе ценности пронизывают весь мир социального и заставляют обратить на себя пристальное внимание исследователей. От них не освободиться и не спрятаться. Благо как ценность находится и в эпицентре политико-правовой жизни, в центре политической теологии. Любопытно, что и слово «Бог», по мнению ряда исследователей, связано с понятием блага и богатства (Igumen Ilarion 2000). Также с этим словом можно связать представление об изобилии и о том существе, которое дает, одаряет благами. Приобщится к благам и означает максимизировать свое богатство. В этом смысле и отшельник, общающийся наедине с Богом, реализует свой ценностный выбор и повышает свое благосостояние.

Даже если мы возьмем последователя кантовского учения о категорическом императиве, который исполняет свой долг с отвращением и исключительно из чувства долга,¹ то и здесь мы без труда найдем следование ценностному выбору. Ведь очевидно, что следование самому принципу исполнения долга несмотря на то, что для исполнителя сами эти действия отвратительны, возможно только при условии, что принцип следования категорическому императиву этот человек рассматривает для себя как более высокую ценность, которая перекрывает издержки, связанные с отвращением. «Взвешивая» (мысленно сопоставляя) отвращение от осознания необходимости совершать действия по исполнению долга и ценность (значимость) необходимости следовать принципу исполнения долга, человек выбирает то решение

¹ Вспоминается знаменитая эпиграмма Шиллера, посвященная этике И. Канта: «Ближним охотно служу, но – увы! – имею к ним склонность. Вот и гложет вопрос: вправду ли нравственен я?.. Нет тут другого пути: стараясь питать к ним презренье И с отвращеньем в душе, делай, что требует долг» (Shiller 1937: 164). Сам Кант следующим образом пояснял свою идею на примере евангельской заповеди любви к ближнему: «...Любовь как склонность не может быть предписана как заповедь, но благотворение из чувства долга, хотя бы к тому не побуждала никакая склонность и даже противостояло естественное и неодолимое отвращение, есть *практическая*, а не *патологическая* любовь. Она кроется в воле, а не во влечении чувства, в принципах действия, а не в трогательной участливости; только такая любовь и может быть предписана как заповедь» (Kant 1965: 235).

(следование долгу), которое для него более ценно и в этом смысле, более выгодно.¹ Оно увеличивает его благосостояние, поскольку обогащает его личность сознанием выполненного долга и подтверждением собственного достоинства.

Упомянутую выше идею максимизации благосостояния интересно сопоставить с идеей счастья, стремление к которому составляет долг по учению И. Канта. При этом мыслитель приводит примеры взвешивания ценностей. Он пишет следующее:

Обеспечить себе свое счастье есть долг (по крайней мере косвенно), так как недовольство своим положением при массе забот и неудовлетворенных потребностях могло бы легко сделаться большим искушением нарушить долг. Но, не обращая здесь внимания на долг, все люди уже сами собой имеют сильнейшее и глубочайшее стремление к счастью, так как именно в этой идее все склонности объединяются. Но только это предписание стремиться к счастью обычно таково, что оно наносит большой ущерб некоторым склонностям, и тем не менее человек не может составить себе никакого определенного и верного понятия о сумме удовлетворения всех [склонностей], именуемых счастьем. Поэтому нечего удивляться, что одна определенная склонность в отношении того, что она обещает, и того времени, в какое она может быть удовлетворена, в состоянии перевесить неопределенную идею и человек, например подагрик, выбирает еду, какая ему по вкусу, а страдание – какое он способен вытерпеть, так как по своему расчету он здесь по крайней мере не лишил себя наслаждения настоящим моментом ради, быть может, напрасных ожиданий счастья, какое будто заключается в здоровье. Но и в этом случае, если общее стремление к счастью не определило воли этого человека, если здоровье для него, по крайней мере, не вошло с такой необходимостью в этот расчет, то и здесь, как и во всех других случаях, остается еще некий закон, а именно содействовать своему счастью не по склонности, а из чувства долга, и только тогда поведение человека имеет подлинную моральную ценность. (Kant 1965: 235)

В праве мы также имеем дело с рациональным поведением по преимуществу. Право рассчитано на такое поведение, поскольку оно оперирует понятием должного и недолжного (запрещенного), вводит понятия вины и ответственности. Тот, кто находится в сфере права, должен понимать смысл и значение своих действий, соотносить их со смыслом норм права, делать ценностный выбор, руководить своими действиями (волей) и нести ответственность в том случае, если эти действия являются правонарушающими.

Иногда возникают сомнения в том, что любой человек, исполняющий свои правовые обязанности или даже реализующий свои субъективные права, осуществляет ценностный выбор. В качестве примера приводят действия людей, которые вообще никогда не знакомятся с действующим законодательством, которые

¹ Ср.: «То, что имеет отношение к общим человеческим склонностям и потребностям, имеет рыночную цену; то, что и без наличия потребности соответствует определенному вкусу, т. е. удовольствию от одной лишь бесцельной игры наших душевных сил, имеет определяемую аффектом цену...; а то, что составляет условие, при котором только и возможно, чтобы нечто было целью самой по себе, имеет не только относительную ценность, т.е. цену, но и внутреннюю ценность, т. е. достоинство» (Kant 1965: 277).

ведут себя так, как ведет себя большинство, ни на минуту не задумываясь о том, почему они так поступают и т. д. Но и в этих случаях ценностный выбор неизбежно присутствует. Человек, который действует тем или иным образом, не будучи досконально знаком с законодательством, поступает так потому, что следует своему ценностному выбору, который предписывает ему экономить силы,¹ не тратить их на бесполезное изучение законов, потому что *выгоднее* (проще и эффективнее) действовать так, как действуют окружающие его люди в подобных ситуациях. С этих позиций заслуживает внимания и мысль, которая в свое время была высказана И. Бентамом, а впоследствии причислена Ричардом Познером к основам экономического анализа права, о том, что и санкция правовой нормы неизбежно будет рассматриваться адресатами как своеобразная «расплата» (ущерб, издержки, *неблагоприятные последствия*) (Dorohin & Polyakov 2020: 692) за совершенное правонарушение.

Таким образом, можно констатировать, что ориентация на ценности свойственна любому варианту рационального поведения. Поэтому и избежать этого вопроса при разговоре о необходимости следования закону не удастся.

Почему вообще возникает проблема соблюдения законов? Очевидно, что если бы все люди всегда воспринимали предписываемые законами правила поведения как максимально увеличивающие их благосостояние, то и проблем с их соблюдением практически никогда бы не возникало. Но практика показывает, что правовая коммуникация порой нуждается в защите. Довольно часто часть людей, а иногда и большая часть оказываются не готовыми воспринимать тот или иной закон, а иногда и все законы государства как значимые, ценные для себя. Иногда они отрицают значимость тех или иных законов не только для себя, но и для других.

Такое поведение зачастую объясняют тем, что люди, несмотря на стремление к рациональному поведению, имеют разные ценности, которые могут существенно отличаться друг от друга. То, что определенные ценности, признаваемые людьми, могут существенно отличаться друг от друга, отрицать невозможно, как невозможно отрицать, что люди, будучи едины в своей принадлежности к человеческому роду, весьма отличаются друг от друга как в физическом, так и в психическом, духовном отношениях. Но если бы *все* ценности, которые привлекают людей и определяют их поведение, были бы разными, то само существование общества, государства, правовой, политической и любой другой социальной подсистемы было бы невозможно.

¹ Ссылка на «экономия силы» может вызвать ассоциации с известным учением Э. Маха об «экономии мышления». Представляется, что такая ассоциация будет весьма поверхностной. У Маха экономия мышления есть следствие изначальной биологической потребности организма в самосохранении, и в нем не участвует сознание и ценностный выбор. В приведенном выше примере такой выбор налицо. Человек сознательно отказывается изучать законы потому, что ему невыгодно это делать: трудозатраты на такое изучение не компенсируются последующим применением этих знаний на практике. И наоборот, когда появляется дополнительная ценностная мотивация, например, престижная работа, требующая знания текущего законодательства по источникам, меняется и отношение к необходимости его (законодательство) изучать.

Любое человеческое взаимодействие, любой человеческий союз или институция предполагают определенное согласие в основных, базовых ценностях, закрепленных в основных правилах должного, и этим правилам все следуют в социальной жизни. Это может показаться парадоксом, но именно наличие таких общих, универсальных правил, дает возможность существования в обществе и правилам, которые разделяются далеко не всеми.

Дело в том, что само существование не общих (частных) правил, возможно только при наличии общего правила, признающего нормальность существования разных правил, не противоречащих правилам общим. То есть эта разделенность правил на общие (универсальные) и частные (локальные, не универсальные) должна восприниматься как нормальная и необходимая. Так, кто-то разделяет потребность следовать определенным религиозным заповедям, кто-то не разделяет, но при этом он может состоять в обществе вегетарианцев – любителей здорового образа жизни, чьи интересы, ценности и нормы также готовы разделять не все. Кому-то нравится ухаживать за домашними животными, а кто-то решил посвятить свою жизнь политической деятельности и т. д. Но при этом существуют и общие ценности, наличие которых позволяет существовать этим разным по своим интересам людям в рамках одного общества и при этом не поступаться своими специфическими интересами, индивидуальными ценностями.

Наличие и необходимость существования таких общих, универсальных ценностей, объективированных в нормах (в том числе, в нормах права), зачастую ставится под сомнение. Но по большей части эти сомнения относятся не к сути этих ценностей и выражающих их принципов права, а к их интерпретации, к историческим и культурным условиям их проявления и реализации. Сами эти нормативные ценности всегда присутствуют в той или другой степени в рамках любой культуры, поскольку именно они и делают саму культуру возможной. Более того, такие ценности или блага конституируют самого человека, человеческое общество, мораль, право и государство.¹ Для права такими основополагающими, базовыми ценностями, благами являются известные со времен классического естественного права античности достойная жизнь, свобода и безопасность каждого члена общества. Причем свобода не только в удовлетворении своих личных интересов (включая интересы политические), но и свобода от постороннего вторжения в сферу этих интересов, свободу от посягательства на собственность в широком смысле слова, свободу в реализации своих обязанностей по отношению к членам общества. Мир и безопасность в рамках правового общества и правового государства являются необходимыми ценностными составляющими, без которых невозможно говорить ни о праве, ни о морали, ни о достоинстве человека. И эти ценности разделяют (имплицитно или эксплицитно) и религиозные деятели, и вегетарианцы, и любители животных, и даже «вменяемые» политики (впрочем, «невменяемых» политиков в любом обществе также хватает, как и людей, склонных к суициду).²

¹ Один из наиболее интересных вариантов обоснования общих благ можно найти в философии права Дж. Финниса (Finnis 2012).

² Не являлся исключением и создатель «чистого учения о праве» Г. Кельзен (Kelsen 2015: 372–374).

Конечно, можно долго спорить о том, что конкретно следует понимать под правами человека, что под миром и безопасностью, можно думать о границах человеческой свободы и о том, как конкретно можно обеспечить достоинство человека, дружбу и доверие между людьми, но нельзя в принципе отрицать эти ценности, поскольку их отрицание обесмысливает и существование права как такового.¹

Право «рассчитано» на рациональное поведение человека, но сама рациональность возможна только при наличии в человеке таких (в определенном смысле правовых) качеств как свобода воли и стремление к социальной свободе,² а также ответственность за свои действия и понимание собственного достоинства.³ Право и есть такой способ существования человека, который связывает его с другими через осознание собственной свободы и такой же свободы другого. Через другого человек осознает свои права и обязанности. Поэтому взаимное признание людьми друг друга как носителей прав и обязанностей (взаимное признание правосубъектности) является трансцендентальной предпосылкой права, без которой оно попросту невозможно. В этом утверждении нет никакой «метафизики», если под метафизикой понимать отсылку к трансцендентным сущностям, постижение которых разумом невозможно. Взаимное правовое признание – это одновременно и трансцендентальная презумпция, ценностное основание права, квинтэссенция его справедливости и эмпирический факт.

Взаимное правовое признание (взаимное признание правосубъектности) является эмпирическим фактом, поскольку любой правопорядок базируется на представлении о правосубъектности, а сама правосубъектность возможна только через признание иных субъектов права, с которыми вступают в правовые отношения. Сами правовые отношения имплицитно включают в себя принцип взаимного

¹ Эти ценности можно определить и как ценности, направленные на сбережение человека, а следовательно, и на сбережение народа (Solzhenitsyn, 2005). Просто народ невозможно сберечь, если не сберегать человека как представителя народа.

² Свобода воли предполагает способность человека к самоопределению на основании рационального ценностного выбора. Такой выбор может и не затрагивать интересы других людей (например, определение конкретным человеком целей собственного развития). Стремление к социальной свободе предполагает согласование своих намерений и действий с интересами и намерениями других, позволяющее в этих рамках достигать своих целей через собственный рациональный ценностный выбор.

³ Объяснению и обоснованию человеческого достоинства посвящены многочисленные исследования. Мне представляется, что мысли на этот счет И. А. Ильина являются значимыми и востребованными именно в контексте проблематики взаимного *правового* признания. Рассматривая право и правоотношения как разновидность духовного признания, Ильин совершенно оправданно выводил из этого акта и соответствующие следствия. Совершить духовное признание человека означает, по Ильину, «во-первых, признать в нем безусловное *достоинство*, присущее духу, и установить к нему соответствующее отношение. В результате этого возникает *уважение* к человеку. Это значит, во-вторых, признавать в нем *волю* к объективному благу, в данном случае *волю* к праву и к *цели права*. В результате этого возникает *доверие* к человеку. *Взаимное уважение и взаимное доверие* лежат в основе всякого правоотношения – и частного, и публичного; ими связываются и граждане друг с другом, и граждане с властью, и власть с гражданами. Вне этих форм взаимного признания правопорядок не может существовать, ибо с их исчезновением неизбежно исчезает всякое *единение* и всякая *солидарность*» (Ильин 1994: 365–366, курсив автора).

признания правосубъектности. В этом контексте данный принцип является и трансцендентальной презумпцией, которая может быть опровергнута соответствующими противоправными действиями. Смысл любого субъективного права заключается в том, что право противостоит произволу, оно неотъемлемо (в правовом смысле) от своего носителя и распорядителя – субъекта. Поэтому любой субъект права – автономный субъект (в кантовском смысле) и правовой суверен. Он и только он может распоряжаться своими правами и определяться к исполнению своих обязанностей. Но сама возможность суверенности определяется необходимостью признания суверенности других носителей прав, т. е. в случае реализации своей суверенной обязанности признания другого. Суверенитет – это не сила произвола, а свобода от произвола. Правовой суверенитет основан на взаимодействии, взаимоуважении и солидарности (Polyakov 2019b: 215–216).

Возвращаясь к проблеме соблюдения законов, отмечу еще раз, что соблюдение законов напрямую связано с их ценностным значением, а значит, и с признанием этих законов, которое предполагается со стороны адресатов. Если те или другие законы не имеют ценностного значения для большинства членов общества или даже воспринимаются как посягающие на их основные ценности, то какие основания будут у людей для того, чтобы такие законы соблюдать? В качестве ответа на этот вопрос чаще всего предлагается угроза принуждением или само принуждение к тем, кто не следует установленным законам. Но и здесь, как это хорошо известно, не все так просто. Принуждение возможно только в том случае, если большинство членов общества признают ценность такого принуждения, гарантирующего им порядок, мир и безопасность как минимум. Если такого большинства нет, то хотя бы сами принуждающие должны быть убеждены в ценностном значении таких актов принуждения. В этом случае правовой и справедливый характер такого принуждения предельно проблематизируется, поскольку защищаемые ценности уже не являются общими и вступают с ними в онтологическое противоречие.¹ Если и этот ресурс оказывается исчерпанным, то вместе с ним кончается и формальная жизнь того, что хотело называться правом.

Способен ли правовой позитивизм выступить в качестве парадигмы правовой теории и философии права?

Написанное выше, как представляется, достаточно очевидно. Ценности необходимо присутствуют и в позитивистском правовом измерении. Михаил Валерьевич не может от них полностью отказаться. Именно поэтому он говорит о необходимости уважения закона, о духе верности праву, вспоминает о том, что позитивное право исторически восприняло идею собственной разумности и т. д. Необходимость следования законам в рамках такой «позитивистской» логики вытекает из высшей ценности закона, следование которому только и способно предотвратить в обществе хаос, «войну всех

¹ Под онтологическим противоречием в данном случае понимается противоречием между частными ценностями, выражающими интересы и предпочтения правящего меньшинства, и общими (трансцендентальными) ценностями, полное или частичное отсутствие которых в правовой и политической жизни неизбежно ведет к ее деградации и деструкции общества.

против всех» и гарантировать справедливость. Более того, как это было показано выше, следование существующим позитивным законам, даже при их относительной несправедливости с точки зрения представителей разных ценностей и разных политических партий, является с точки зрения коммуникативной теории справедливостью и гарантией того, что в случае их изменения уже и другие представители оппозиционных ценностей будут также эти законы соблюдать. Здесь принцип верности закону является еще и гарантом (одновременно — благом и ценностью) его возможных изменений в будущем, выступая одной из модификаций *исходного принципа взаимного признания* (признавая закон в той редакции, которая меня не вполне устраивает, я ожидаю признания от других того закона, который, возможно, будет принят в будущем в устраивающей меня редакции).

Нельзя не признать,¹ что ценность закона как установления, как всеобщей формы, выражающей общие ценности, имеет очень большое значение в жизни любого

¹ В данном случае понятие «признание» имеет значение, наиболее близкое к тому, о чем писал Н. Н. Алексеев: «Под признанием мы разумеем особое отношение к ценностям, сводящееся к установлению интеллектуального общения с ними. Так можно “признавать” какое-либо произведение искусства, не обладая способностью интуитивно переживать его внутренней смысл... Такие “содержания” “закрыты” для души, но открыты для интеллекта, признающего их “достойными” ценностями» (Alekseyev 1998: 69, курсив автора). Иным является взаимное признание людей. Тот же Алексеев пишет об этом следующее: «...Можно предположить, что всякое общество – включая и отрицаемые сообщества животных, – предполагает... идею ценности другого существа или другого “я”. Но в высшей степени ошибочно думать, что в общественной жизни не только животных, но и людей ценность чужого “я” “признается” так, как признаются правовые ценности. Мнение это... построено на полном непонимании эмоциональной стороны общественной жизни, играющей выдающуюся роль и в пределах человеческого общения. Те первоначальные акты, в которых открывается общественная ценность другого существа, не являются актами разумного признания, но характеризующими даже низшие ступени животного бытия актами симпатии, стремлением к другому существу, чувством близости, родственности и т. п. В этих актах обнаруживается гораздо более глубокое вчувствование в соответствующие ценности, чем в правовом признании. Достаточно сравнить, например, естественный материнский инстинкт с соответствующими юридическими способами защиты детей, чтобы наглядно ощутить степень разницы правового и чисто эмоционального отношения к ценностям. Но тот, кто человеческое общество мыслит наподобие некоторого правового порядка, тот неизбежно упускает из виду всю сложную сеть чисто эмоциональных общественных отношений. Он упускает из виду, что значительные и наиболее, пожалуй, первичные слои человеческого бытия людей строятся не на отвлеченной идее справедливости и права, но на живом и жизненном чувстве содружества и симпатии – чувстве, имеющем глубокие биологические корни и представляющем разветвления глубоких и общих порывов к жизни. С точки зрения идеи юридического упорядочивания вся эта стихия общественной жизни представляется не важной, не нужной и мало понятной. Самое большее, если ей придают значение некоего иррационального факта, который существует постольку, поскольку может оформляться правом. Но между тем эта общественная стихия не только не представляет из себя бесформенной материи, получающей впервые жизнь от правового закона, но полна богатейшего и самостоятельного жизненного содержания» (Alekseyev 1998: 188–189). Говоря о правовом признании и характеризуя его как интеллектуальную деятельность, Алексеев исходит из позиции позитивистского наблюдателя. Право толкуется им как юридически упорядочивающая деятельность, в которой доминирует закон. По-видимому, так понимает право и М. В. Антонов, который говорит о необходимости следовать закону, признавая интеллектуально его значимость для правопорядка. Но взаимное признание в коммуникативном ракурсе предполагает не только рациональное знание, но и эмоциональное восприятие другого через чувство эмпатии, без которого невозможно постижения «Другого Я». Для этого необходим другой, непозитивистский взгляд на право. Тогда и взаимное

общества. И то, что позитивисты делают акцент именно на этом моменте, является значимым вкладом в сокровищницу знаний о праве. Но это работает только в том случае, если сами законы эти общие ценности воплощают в своем содержании, то есть если законы соответствуют общим принципам права, которые и призваны эти ценности выражать.

Здесь мы подходим к центральному пункту разногласий с позитивистами: если верна мысль позитивистов о том, что интересы и ценности у людей могут расходиться, отличаться друг от друга, то признание этого обстоятельства как ценности также должно придавать ценностное значение условиям, при которых само это ценностное разнообразие становится возможным. А оно становится возможным, повторю это еще один раз, только в том случае, если существующие законы это разнообразие признают и защищают. Отсюда возникает и необходимость признавать и защищать права человека, призванные реализовывать его человеческую сущность, потребность в самовыражении, самореализации, в том числе, через коммуникацию и диалог с другими, через объединение на основе разделяемых совместно ценностей.

Если и имеет смысл высказанное Г. Кельзеном утверждение о том, что нормы могут иметь любое содержание,¹ то именно в данном контексте. Нормы, действительно, могут иметь разное содержание, поскольку разные законы отражают разные ценности. Так только и может быть в демократическом обществе. Но для того, чтобы эти разные ценности могли быть законодательно воплощены, необходимо признание всеми той общей ценности, которая признает невозможным посягательство на право граждан эти ценности защищать и отстаивать. Иными словами, для того, чтобы нормы права могли иметь «любое» содержание, необходимо поставить это содержание в определенные границы, внутри которых это содержание и может формироваться. Такими границами являются права человека. Именно поэтому законы, которые предписывают всем разделять только те ценности, которые устанавливает правящая элита, и запрещающие следовать ценностям, которые формируются спонтанно в различных человеческих объединениях и сообществах и

признание можно трактовать не как чисто эмоциональный (моральный) акт, а как акт признания *правовой* ценности человеческой личности. При этом такое признание будет не признанием ценности человеческого эгоизма (чего опасался Н. Н. Алексеев), а наоборот, признанием любого другого «как самого себя». Правовые ценности свободы, равенства, ответственности и достоинства возможно только через Другого и невозможны как ценности изолированного «Я».

¹ «Право может иметь любое содержание – нет такого человеческого поведения, которое в силу своего характера не могло бы стать содержанием правовой нормы» (Kelsen 2015: 165).

выражают экзистенциальные начала их бытия,¹ будут законами, нарушающими основные права человека.²

Тем более невозможными в ценностном смысле законами будут те государственные установления, которые позволяют государственной власти по собственному усмотрению распоряжаться не только свободой, собственностью, но и жизнью людей. И история, в том числе, история двадцатого и двадцать первого веков дает достаточно примеров на этот счет, о чем совершенно правильно пишет и М. В. Антонов. Поэтому и возникает вопрос о том, как быть с законами, которые совершенно откровенно попирают те самые общечеловеческие ценности, о которых написано выше? Как в этом случае относиться к идее быть верным закону? Не будет ли означать верность закону в этом случае предательство права? Как быть, например, с законами Третьего рейха, с Нюрнбергскими расовыми законами? Известно ведь, что и в рамках Нюрнбергского трибунала, и в последующих судебных разбирательствах в Германии, нацистские служащие утверждали, что их действия были всего лишь исполнением их гражданского долга, долга верности законам своего государства.

М. В. Антонов, конечно же, все эти проблемы не оставил в стороне и предлагает несколько вариантов их решения. Один из них – перевести онтологическую проблему, связанную с «укорененностью ценностей в природе права», в плоскость индивидуальной этики. Суть ее заключается в признании того, что право и законы в целом могут быть плохими с точки зрения тех или иных ценностей, но в таком случае за каждым человеком остается личный выбор: следовать праву или следовать своему

¹ Конечно, и в этом случае будет постоянно возникать вопросы, связанные с определением тех ценностей, которые можно отнести к ценностям, выражающим такие общие (трансцендентальные, экзистенциальные, онтологические) начала бытия. Нельзя ли, например, считать такими ценностями религиозные ценности современных джихадистов, которые вроде бы также формируются в определенном обществе и на основе определенных традиций и религиозных представлений? Но и в этом случае критериями будут являться все те же права и свободы человека, вытекающие из принципа взаимного признания. Только в случае соответствия ценностей джихадистов ценностям, вытекающим из принципа взаимного правового признания, эти ценности можно считать экзистенциальными в рамках рассматриваемого подхода.

² М. В. Антонов отмечает в своей статье, что если права человека «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 юридического позитивизма с их признанием нет. Далее, если принимать монистическую теорию соотношения международного и национального права, нетрудно вывести и приоритет прав человека над нормами государственного правопорядка» (Antonov 2021: 127). Это не может не радовать, но радость эта может быть достаточно кратковременной. Позитивизм ничего не имеет против прав человека только в том случае, если они «позитивированы» в законодательстве. Тогда у позитивизма проблем с их признанием нет. Но ведь точно также не будет у позитивизма проблем и с их непризнанием в случае законодательного закрепления этого непризнания. В этом и заключается основная проблема. Если «международно-правовые инструменты» в виде прав человека выработаны, их необходимо признавать. Но если выработаны инструменты, попирающие права человека (допустим, в результате победы нацистского блока государств), их, по логике позитивистов, следует признавать точно также, и точно также призывать всех следовать этим законам.

этическому сознанию (совести).¹ Для М. В. Антонова эта дилемма является «трагической», и это, действительно, так.

Допуская саму возможность и правомерность выбора между долгом следования праву (плохому закону) или долгу своей совести, позитивисты тем самым допускают, что плохим законам можно не следовать, если к этому призывают определенные моральные убеждения. Иначе они не допускали бы самой такой возможности и должны были бы утверждать, что невозможность вывести истинную мораль, обязывает всех следовать любым законам без исключения, включая «плохие» законы. Но это уже означает признание того факта, на существовании которого и настаивает непозитивизм. Если у человека остается личный выбор следовать или не следовать «плохому» (лучше сказать преступному) закону, то этот выбор и является его правом, вытекающим и из его моральных убеждений, и из «нормального» (по И. А. Ильину) правосознания. Это его естественное, а лучше сказать, коммуникативное право быть верным своему человеческому достоинству,² а также достоинству своих сограждан и противостоять всем попыткам посягательства на него. Поэтому гражданин имеет не только право не исполнять преступные законы, но и естественное право оказывать сопротивление власти, посягающей или через законы, или через правоприменительную практику на его основные права, обозначенные выше.³ (В

¹ «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 такого случая описывал Софокл в трагедии Антигоны. В своих полемических работах о надзаконном праве немецкий философ Густав Радбрух кратко, но предельно четко очертил эту проблематику применительно к нацистскому праву – его формула “крайней несправедливости закона” стала одной из самых обсуждаемых тем в философско-правовых спорах второй половины XX века» (Antonov 2021: 131).

² Человеческое достоинство имеет много измерений. Его можно понимать и как свойство человека, и как основание его прав, и как право человека. Но именно в силу этого высшего ценностного значения достоинство и подлежит защите в первую очередь. Право «быть верным» своему достоинству по существу есть право на его защиту. Смысл субъективного права как раз и заключается в том, что его можно не только самостоятельно реализовывать, но и самостоятельно защищать. Способы защиты могут быть разными, но к ним относится и притязание, выраженное в адрес правонарушителя, в виде требования прекратить правонарушение. Интересующимся этой проблематикой стоит обратиться к главе «Борьба за право» в работе И. А. Ильина «О сущности правосознания» (Il'in 1994: 210–222).

³ Такое сопротивление в его простейшей и первичной форме может быть выражено в *требовании соблюдения права и прав*, адресованное правонарушителям, включая государство в целом. Л. Петражицкий назвал бы подобные ценностные переживания со стороны человека его интуитивным правом (П. И. Стучка и М. А. Рейснер называли это «революционным правосознанием»), но в рамках коммуникативного подхода важно показать, что подобные переживания, в каком-то смысле интуитивные (ценностные), являются в то же время переживаниями интеллектуальными (рациональными), общими для всех, и имеющими значение для всех без исключения, если только принимается исходная посылка о том, что быть человеком возможно только при условии взаимного признания человеческой свободы, человеческой ответственности и человеческого достоинства как трансцендентального условия бытия права. А это означает, что соответствующие ценности всегда в том или ином виде институционализируются и получают свою объективацию в позитивных источниках

классической правовой традиции их называли естественными правами. В рамках излагаемого подходы их можно было бы обозначить как основные коммуникативные права

Между тем, с точки зрения позитивистской теории в изложении ученого, каждый человек, тем более судья или государственный служащий, обязан следовать закону, т. е. «оставаться верным своему долгу... несмотря на кажущуюся аморальность его применения в конкретном случае» (Antonov 2021: 131). Но это как раз и возвращает нас к той ситуации, когда нацистские преступники оправдывали свои преступления тем, что следовали тем правовым нормам, которые существовали в их государстве, т. е. выполняли свой долг. С позиций правового позитивизма само осуждение деяний против человечности, то есть, фактически, против принципа взаимного признания, против прав и свобод человека невозможно, если эти деяния освящены формой закона. С этих позиций невозможен и незаконен сам Нюрнбергский трибунал. Он незаконен в силу того простого факта, что на то время, когда он создавался, отсутствовали нормы законов, которые бы нацисты нарушили и которые можно было бы использовать для привлечения к ответственности нацистских преступников.

В этой связи заслуживает внимания мысль защитников позитивизма о том, что ни нацистские законы, ни законы времени большого террора в СССР не были так уж плохи. Поэтому все зверства, которые имели место в то время, представляли собой, согласно такому подходу, или выход за пределы закона в угоду идеологии (нацистской или советской), или даже являлись действиями вопреки закону (противоправными). Представляется, что имеется достаточно доказательств для опровержения этой позиции (достаточно вспомнить пресловутые нюрнбергские законы или постановление ЦИК и СНК СССР от 7 августа 1932 г. о «трех колосках» и длительные публичные судебные процессы над «вредителями»), хотя несомненно и то, что ни нацистские, ни советские репрессивные органы не стремились публично демонстрировать все аспекты своей деятельности и закреплять ее порядок в публичных законах. Объяснить это можно только тем, что сложившиеся к тому времени в обществе представления о человеческой личности и ее правах, основанные на принципе взаимного признания, получили столь широкую легитимацию в обществе (отчасти даже в формализованном виде), что открытое пренебрежение этими правами выглядело опасным даже для представителей всемогущих режимов. Но ведь это не снимает главную проблему: а что сказали бы позитивисты, если бы даже вопреки этим опасениям тоталитарные режимы установили бы свои бесчеловечные законы и действовали бы по ним с максимальной педантичностью? Очевидно, что ничего иного, кроме призыва следовать хоть и аморальному, но закону, сохраняя при этом «верность праву». Конечно, соображения Л. Фуллера относительно того, что следование законам в соответствии с их внутренней моральностью, является

права: в обычаях, в доктрине, в судебных решениях и т. д., не говоря уже о законах. Тем самым вообще снимается проблема позитивации норм права, о которой пишет М. В. Антонов. Ведь если суд принимает решение, опираясь на идею прав человека (основные принципы права), сформулированную в доктрине (светской или религиозной), или в сложившемся обычае, то тем самым он эти идеи (принципы права) лишь дополнительно (вторично) позитивирует.

серьезным препятствием для развития авторитаризма, имеют под собой основания. Но для того, чтобы эти основания смогли себя проявить, необходимо принять и исходную предпосылку Фуллера о том, что цель права – это совершенная коммуникация, в основе которой лежит принцип взаимности, а по сути, принцип взаимного признания. Американскому правоведа принадлежат, в частности, такие примечательные строки:

Если в будущем человеку удастся выжить, преодолев собственные способности к саморазрушению, это произойдет благодаря тому, что он может общаться и достигать взаимопонимания с себе подобными... Коммуникация есть нечто большее, чем способ оставаться в живых. Это способ быть живым. Именно посредством коммуникации мы наследуем достижения человеческих усилий в прошлом. Возможность коммуникации может примирить нас с мыслью о смерти... Если бы меня спросили о том, как распознать центральный и неоспоримый принцип того, что можно назвать материальным естественным правом – Естественным Правом с большой буквы – я бы нашел его в указании: устанавливать, поддерживать и охранять целостность каналов коммуникации, посредством которых люди передают друг другу то, что они воспринимают, ощущают и желают. (Fuller 2007: 220–221)

Очевидно, видя неудовлетворительность предлагаемого варианта решения проблемы исполнения несправедливых, антигуманных, противоправных законов, М. В. Антонов рассматривает и другой вариант, призванный найти ответ на существующую проблему. Но этот вариант настолько радикально меняет все сказанное им ранее о позитивизме и его идеологии, что заставляет задуматься над вопросом: а действительно ли профессор Антонов защищает позитивизм? А не является ли он сторонником другой, столь принципиально отрицаемой им ранее непозитивистской теории (или даже интегративной)? Ведь в своей статье он пишет буквально следующее: «Исключения из требования соблюдения закона хоть и допускаются, но только в особых случаях радикальной смены политической идеологии (например, избирательное действие правовых норм, изданных правительством Виши во Франции, или действие законов Третьего Рейха или законов ГДР в Германии)» (Antonov 2021: 131). Сказанное означает, что правовой позитивизм в интерпретации М. В. Антонова на самом деле онтологически зависит от ценностей, в том числе, от ценностей политической морали, а если «копнуть» глубже, то и от принципов права, имеющих трансцендентальную природу.

Действительно, смена политической идеологии означает смену правовых ценностей, смену принципов права. В приведенных ученым примерах речь во всех случаях шла о замене децизионистских ценностей на ценности либерально-демократические, на утверждение прав человека, в основе которых, как было показано выше, лежит принцип взаимного признания правосубъектности.¹ Именно

¹ Еще раз подчеркну: позитивистская идея законодательного «наделения» любого человека правосубъектностью по факту рождения не может быть в полноценном (реальном, а не фиктивном) смысле реализована до тех пор, пока сам человек не проявит свою правосубъектность, а он ее способен проявить даже в том случае, если позитивистского признания правосубъектности через официальный нормативный порядок не было. Но любое проявление правосубъектности возможно только через взаимное признание. Если ст. 6 Всеобщей декларации прав человека 1948 г. закрепляет право каждого

данные ценности делают невозможным исполнение законов, идущих с ними в разрез, фактически превращая такие предписания в противоправные установления.¹ Если идеология, т. е. ценности, делает право действительным или недействительным, это радикально меняет дело. Ведь очевидно, что следование закону в рамках такого подхода необходимо только в том случае, если эти законы отражают определенную ценностную идеологию, принимаемую как властью, так и гражданами. Если ценности радикально меняются, то оснований для следования прежним законам, принятым на основе других ценностей, не остается. В этой ситуации речь уже не идет о следовании безличной основной норме, вернее, основная норма становится основным (верховным и всеобщим) ценностным принципом права и в таком случае предельно приближается к тому, о чем идет речь в рамках моего коммуникативного подхода.

То, что профессор Антонов имел в виду именно проблему ценностного выбора при решении проблемы действительности законов говорит и его последующие размышления на эту тему. Далее он, в частности, пишет следующее:

В развитии юридического позитивизма XX века были найдены 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). (Antonov 2021: 133)

Если рассмотреть приведенный выше тезис о том, что «применение права должно содействовать реализации справедливости и иных ценностей даже в тех случаях, когда буквальный текст законов этого не позволяет» и поискать тех, кто с ним согласится, то в их числе окажутся все представители непозитивизма. Пожалуй, после такого признания они будут готовы «брататься» с позитивистами, провозглашающими подобные идеи. Ведь именно стремление к справедливости лежало в основе естественного права и справедливость выступала в роли основного принципа права для всех поколений юснатуралистов и иже с ними.

Далее ученый признает, что правоприменители связаны определенными ценностными представлениями, и от этих представлений зависит интерпретация, т. е. понимание права. Более того, если выяснится, что имеет место расхождение между изменившимся ценностным мировоззрением и старым законом, то это образует

человека на признание его правосубъектности, то было бы ошибкой думать, что именно эта статья создала и закрепило это право. Наоборот, ст. 6 лишь подтвердила то право на правосубъектность, без которого само право невозможно и в основе которого опять-таки лежит принцип взаимного признания (признание твоего права на правосубъектность означает необходимость признания тобой права всех других на правосубъектность).

¹ Речь не идет об отмене или неприменении одних законов и принятии других. М. В. Антонов рассматривает именно возможность неисполнения существующих законов, которые официально не отменены. Если бы они были отменены или имелась бы «техническая» возможность их неприменения, то и говорить об «исключениях» из «требования соблюдения закона» не имело бы смысла.

«оценочный (фактически – ценностный – А. П.) или мировоззренческий пробел», который необходимо преодолеть. Интересно, можно ли вообще более ясно и убедительно показать зависимость права от ценностей, чем это сделал в данном пассаже профессор М. В. Антонов?

Однако в этом случае позволительно спросить, а чем этот подход отличается от подхода к корректировке права большевиками или нацистскими судами? В чем принципиальное отличие от решений российского Конституционного Суда? Разве они действовали и действуют не по той же схеме? Забегая вперед, отмечу, что отличие есть и отличие принципиальное, но оно лежит не в том измерении, в каком его ищет М. В. Антонов. Профессор Антонов, судя по всему, понимает возникающие неувязки в изначально провозглашенном позитивистском мировоззрении и комментирует это затруднение следующим образом:

Этот подход позволяет оставаться в рамках идеологии законности – судья по-прежнему связан законом и применяет его. 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. (Antonov, 2021: 133)

Читатель сам может судить, насколько формулировка «результат истолкования» или тем более «результат развития» может что-нибудь прояснить. Ведь и любой диктатор, может преподать вносимые им изменения как «результат развития» и за что его тогда критиковать с позиций правового позитивизма? Разве пресловутые советские судебные толкования или нацистские «развивающие» судебные решения каким-то образом не вписываются в эту схему? Кто из этих правоприменителей не скажет, что он все равно был связан законом и применял именно его?

Профессор Антонов и сам, по-видимому, понимает, что убедительным его объяснение не назовешь. Он ставит перед собой вопрос – до какой степени это (подобная деятельность) 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» (Antonov 2021: 133), но ответа, к сожалению, не дает и лишь отмечает, что этот вопрос не входит в предмет рассмотрения его статьи. Боюсь, что, если бы даже этот вопрос был рассмотрен, получить на него адекватный ответ в логике эксклюзивного позитивизма было бы невозможно.

Справедливость как следование принципам права

Мой ответ на этот и другие поставленные выше вопросы заключается в следующем. Как аргументировано показано в статье профессора Антонова, необходимость верности закону является одной из основных добродетелей граждан и правоприменителей. Но закон, который может иметь любое содержание в рамках границ прав и свобод человека, сам не должен эти границы преступать. Так устроено право. Можно считать само право недостаточно эффективным механизмом для регулирования человеческих отношений. Можно вместо права пытаться использовать

другой «инструментарий». Например, силовое принуждение под видом легально установленных государством норм. Но в этом случае не надо называть такой механизм реализации политических интересов отдельных групп правом. И необходимо иметь в виду, что последствия отказа от права, в долговременной перспективе, неизбежно приведут к краху любые усилия его отрицателей построить что-то жизнеспособное, но не на основе права. Рано или поздно, но осознание необходимости возврата к праву, т. е. к человеческим отношениям, основанным на свободе, ответственности, равенстве и достоинстве, возобладает в обществе, стремящемся полноценно жить, а не выживать.¹

Сказанное выше означает, что ценность норм права не может сводиться лишь к факту упорядочения с их помощью существующих отношений и подведения решения всех возможных правовых конфликтов под один знаменатель. Именно процедура, выводимость правил одного из другого и не в последнюю очередь – акт принуждения в виде санкции за возможное нарушение установленных правил – вот что, по мысли Г. Кельзена и М. В. Антонова, должно побудить граждан следовать установленным нормам права как своему правовому (и моральному по существу) долгу.

Здесь, однако, имеют место серьезные риски, поскольку, как было показано выше, формальной легитимации может не хватить для того, чтобы нормы права исполнялись адресатами, особенно если содержание таких норм вступает в противоречие с фундаментальными ценностями, разделяемыми большинством или имплицитно присутствующими в правосознании общества (а возможно, и на генетическом уровне у каждого человека). В этом случае, даже угрозы применения правовой санкции может оказаться недостаточно для соответствующей мотивации и действенности (как и действительности) таких норм будет блокирована.

Тут и возникает проблема, на которую необходимо обратить внимание. Если право неразрывно связано с поведением и без своего признания (легитимации) нормы права не могут в полной мере быть таковыми (могут не стать действительными), то говорить о состоявшемся праве надо не тогда, когда текстуальное правило создается, формализуется и доводится до сведения адресатов (позиция позитивистов),

¹ Может ли написанное выше относиться не только к «западным» правовым культурам, но и к культурам «восточным», где деспотизм и сервиллизм явно противостоят ценностям современного либерально-демократического правового государства? Дело в том, что и в деспотиях, и в абсолютных монархиях принцип взаимного признания существовал, но существовал в своем «урезанном», ограниченном для употребления виде. Он существовал, в частности, для всех, кто стоял ниже деспота (фараона, монарха), порождая ситуацию, когда подданные деспота или фараона были между собой в состоянии взаимного признания, в то время как нижестоящие социальные группы, не выходя за границы взаимного признания, имели еще более усеченный правовой статус по сравнению с вышестоящими классами (сословиями). Человеческая природа одна для всех, но ее раскрытие и формы проявления могут протекать асинхронно и с определенными социокультурными нюансами. Это означает, что рациональность человеческого поведения с течением времени неизбежно приведет к полному раскрытию потенциала права (принципа взаимного правового признания) даже в государствах «восточной» культуры, хотя для этого, возможно, им придется эту культуру пережить. Впрочем, неверие в человека, о котором писал Поппер, может явиться серьезным препятствием для признания этих аргументов.

а тогда, когда адресаты предписанным образом на него отреагируют, т. е. вступят в правовую коммуникацию. Такое возможно в том случае, если ценностное содержание нормы, релевантное и другим нормам правопорядка, будет преобразовано в связанное (коррелятивное) поведение участников коммуникации на основе реализации ими субъективных прав и правовых обязанностей.

Дело в том, что с позиции коммуникативного подхода законодательное предписание и норма права не рассматриваются как онтологически однородные явления. Норма права – это не текст закона, а его интерпретированный смысл, который создается под влиянием всех имеющих релевантное отношение правовых текстов, воспринятых в контексте субъектов коммуникации и их «горизонтов понимания». Для позитивистов, как правило, правом являются сами тексты, но уже Кельзен понял и признал, что норма права – это не текст, а смысл текста. Поскольку интерпретированные смыслы не существуют без интерпретатора и его сознания, то и правом тексты сами по себе быть не могут. Результат же их общезначимой интерпретации как текстов правовых, начиная с интерпретации собственной правосубъектности, неизбежно порождает взаимные (коррелятивные) права и обязанности, т. е. уже легитимированные правоотношения. Поэтому, если я употребляю выражение «норма права», следуя логике позитивистов и их словарю, это не значит, что и в коммуникативном подходе могут существовать, например, нелегитимные нормы права. Формальное существование (существование «на бумаге») могут иметь только тексты, претендующие на правовое признание. Такие тексты могут и не стать нормами права при отсутствии легитимации (Polyakov 2014, 2016).

Легитимация правовых текстов (текстуальных норм) в таком случае будет зависеть, по крайней мере, от четырех обстоятельств (уровней легитимации):

- 1) соответствие признанным процедурам принятия норм (формальная действительность норм – на это делал расчет Кельзен),
- 2) наличия реального следования нормам (действенность норм),¹
- 3) их соответствие существующим в обществе основным ценностным представлениям (базовым ценностям культуры),
- 4) соответствие норм основополагающим содержательным принципам права (Polyakov, 2019a: 54–66).

¹ Может возникнуть вопрос: не предполагает ли реальное следование нормам права уже существующую легитимацию? Да, действительность права основывается на легитимациях других уровней. Какой-то из них, или даже все, могут явиться основанием для действительности права. Их отсутствие парализует и действительность. Одной лишь действительности недостаточно для полноценной легитимации. Так, норма нацистского права отличалась определенной действительностью, но не имели других уровней легитимации полностью или частично. Фактически, зависимость действительности права от легитимации в скрытом виде признавал и Кельзен. Именно поэтому действительности норм права (формальный уровень легитимации) он увязывал с неформальным уровнем – их действительностью (Polyakov 2015: 385).

Причем эти содержательные принципы права должны соответствовать универсальным критериям рационального правового выбора. А это означает, что они должны быть не только ценными по своему формальному, процедурному установлению, но обладать универсальной содержательной ценностью. Полноценное действие права (и сама возможность считать эти правила правом) возможно только при реализации всех этих уровней легитимации. Отсутствие какого-либо уровня ведет к ситуации, когда право или не состоялось (несоответствие основополагающим содержательным принципам), или состоялось как недоправо (псевдоправо, квазиправо) – при отсутствии легитимации на другом или других уровнях).¹

Обозначенные обстоятельства предполагают существование в любой правовой системе (правопорядке) таких основополагающих содержательных принципов права, которые помогают выстроить всю отраслевую нормативность, без которых само существование права становится невозможным и чья практическая ценность не

¹ Теоретическое обоснование подобной конструкции (Polákov 2014: 124–132). В этой связи может возникнуть вопрос о том, кто уполномочен на общезначимое суждение, признающее полноценную или неполноценную легитимацию правового текста и какие последствия это может иметь в случае признания неполноценности такой легитимации? Полное отсутствие легитимности необходимо будет иметь место при полном отсутствии взаимного признания правосубъектности. Например, никакие правовые отношения невозможны между человеком и вещью, между человеком и животным, между человеком-господином и человеком-рабом. Между человеком и вещью, человеком и животным не может быть взаимного признания ввиду отсутствия у вещей и животных способности признавать чью-либо правосубъектность. Между человеком-господином и человеком-рабом никакие правоотношения невозможны по причине отсутствия у человека-господина признания правосубъектности раба (отсутствует взаимное признание правосубъектности). Но поскольку человек обладает правосубъектностью не по воле права, а в силу своей специфически человеческой природы, отдельные правоотношения начинают возникать со временем и в отношениях между господином и рабом, между рабами и свободными людьми. Если реальные условия жизни позволяют кому бы то ни было произвольно распоряжаться жизнью и свободой других людей, то в таком случае отношения господства и рабства сохраняются и изначальные условия для возникновения права отсутствуют. Если имеет место взаимное признание правосубъектности, то этим фактом уже задается вектор онтологического и аксиологического развертывания, развития права. Из взаимного признания логически вытекают и дедуктивно выводятся начала свободы в границах невмешательства в правосубъектность другого, формального равенства, взаимной ответственности, достоинства, солидарности, порядка, справедливости и т. д. Возможность и необходимость суждений относительно полноценности правовых текстов и их легитимации возникает только при наличии базовых условий возникновения права и в случае каких-то отклонений от приведенного выше стандарта взаимного признания правосубъектности, например, при частичной дискриминации, ущемлении прав, наложение несправедливых обязанностей и т. д. Для суждения о нарушении формальных критериев принятия правовых текстов необходимо решение официальных органов (парламента или суда). Отсутствие действительности правовых текстов является эмпирическим фактом и не требует какого-либо общезначимого суждения. А вот отклонения от базового принципа взаимного признания правосубъектности, например, в виде лишения прав какой-либо группы населения по расовым, политическим, религиозным или каким-то еще мотивам, требует общезначимого суждения, направленного на восстановление права как со стороны государства (в условиях демократии и разделения властей), так и со стороны гражданского общества. В отличие от позитивистов, коммуникативисты признают, что такими общезначимыми суждениями могут выступать и требования по защите своих прав, если эти права нарушены. Защита своих прав – не только моральная обязанность граждан (моральный выбор), но и их право на защиту как своего суверенитета, так и суверенитета всех членов гражданского общества.

подлежит сомнению с точки зрения здравого смысла. Представляется, что такая система принципов начинается с основного принципа права (трансцендентального принципа права – грунд-принципа), который лежит в основе любой системы, основанной на рациональном выборе (Polyakov 2018). Как было установлено выше, таким основным принципом является принцип взаимного правового признания. Данный принцип предполагает взаимное признание правосубъектности всех людей и признает за всеми изначальные права и обязанности, без наличия которых сами правоотношения возникнуть не могут. В этом контексте вполне можно говорить и о признании суверенитета человеческой личности, поскольку суверенитет – это и есть возможность самостоятельно распоряжаться своими правами и выступать субъектом обязанности (Polyakov 2016).

Этот принцип, по своей изначальной природе, в единстве морального и правового признания, может и должен рассматриваться как первичный акт *человеческой* коммуникации (отделяющий человека от животных). Его существование и необходимость культивации объясняется в том числе и тем фактом, что только через взаимное признание может формироваться человеческая личность со всеми своими субъектными атрибутами.

Правовое признание начинается с различения друга (Другого) и экзистенциального врага. Враг – это тот, кто не считается с твоей правосубъектностью и может нанести тебе невозполнимый правовыми средствами урон. Друг – лицо, от которого ты не ждешь невозполнимого правовыми средствами урона, и который не ожидает такого урона от тебя.¹ Это состояние и есть состояние взаимного признания правосубъектности. Оно формируется уже у ребенка (сперва как моральное признание), как только он осознает свою отделенность от матери и одновременно свою зависимость от нее. Ребенок доверяет матери (признает ее) и получает взаимное признание от нее. И в дальнейшем и этот ребенок и окружающие его люди будут воспринимать мир не только через логику, но и через ценностное его признание или отторжение.

Принцип взаимного правового признания воплощает высшую ценность человеческого коммуникативного начала и именно поэтому выводимые из него иные принципы несут в себе отраженное ценностное значение («света путеводной

¹ От друга (Другого) следует отличать недруга. Недругом в контексте словаря, соответствующего данной проблематике, можно назвать любое лицо, нарушающего права другого лица и тем самым нарушающего и принцип взаимного правового признания, но при этом признающего общую правосубъектность своего визави. Таким образом, в ситуации с недругом принцип взаимного правового признания действует, но действуют в «усеченном» виде, восстановление которого, хотя бы частичное, осуществляется в рамках правоприменительной деятельности. В ситуации с экзистенциальным врагом взаимное признание отсутствует, но имеет место одностороннее признание правосубъектности лица, если наносимый им урон правоспособности других лиц пресекаем и восполним правовыми средствами (например, в результате действий полиции или в рамках судебных процедур). В противном случае возможно обоюдная ситуация взаимного правового непризнания (самозащита жизни как ответ на непредотвратимую агрессию в условиях военных действий).

звезды»), побуждая людей следовать этим принципам и вытекающим из них нормам не из страха наказания, а из чувства долга.¹

Из этого принципа (своеобразного аналога Grundnorm Кельзена) выводятся дедуктивным путем *основные* принципы права: и право на свободу, и формальное (правовое) равенство, и ответственность каждого за совершаемые действия, и достоинство человека, которое презюмируется за каждым в равной степени, пока своими действиями сам человек его не умалит. Поэтому высшая ценность прав и свобод, так же как и обязанностей каждого по соблюдению этих прав и свобода, получают свое оправдание в принципе взаимного признания правосубъектности, который лежит и должен лежать в основе права и развиваться в рамках любой правовой системы.

В современной философии концепция взаимного правового признания получила разнообразные формы своего выражения. Ее истоки можно искать уже в философии Аристотеля и Гуго Гроция. Значительный вклад в ее развитие сделали немецкие мыслители И. Кант, И. Г. Фихте и особенно Г. Ф. В. Гегель. В современной социальной философии и философии права данной проблематикой успешно занимались и занимаются А. Кожев, Ч. Тейлор, Л. Фуллер, А. Хоннет, П. Рикёр, О. Хёффе, Ф. Фукуяма и др. Очень интересные идеи, связанные с данным концептом, можно найти в «меновый» теории права советского правоведа Е. Б. Пашуканиса. Но мне хотелось бы подчеркнуть связь коммуникативно-правовой модели данного принципа, представленного в настоящей статье, с философией права русского «возрожденного естественного права» рубежа XIX – XX веков, в особенности с правовыми учениями Б. Н. Чичерина, В. С. Соловьева, Н. Н. Алексева, П. И. Новгородцева и И. А. Ильина.²

¹ Напомню еще раз, что в современном международном праве эта идея отражена в ст. 6 Всеобщей декларации прав человека, которая провозглашает, что «каждый человек, где бы он ни находился, имеет право на признание его правосубъектности». Если каждый имеет право на признание его правосубъектности, значит каждый другой обязан это право признавать. В имплицитном виде мы имеем здесь также принцип взаимного правового признания.

² Например, принцип взаимного правового признания был положен в основу теории правосознания последнего упомянутого мыслителя. Взаимное духовное признание рассматривается этим философом и правоведом как третья аксиома правосознания. Ильин, в частности, утверждает, что любое правоотношение покоится на *взаимном духовном признании людей*. «Кто говорит о своем полномочии, — пишет Ильин — тот подразумевает соответствующую ему обязанность другого, но признать за кем-нибудь правовую обязанность, значит утвердить его правоспособность, т. е. признать его *духовную природу*. И точно также, кто говорит о своей обязанности, тот признает соответствующие ей полномочия другого; а это значит утвердить его правоспособность, т. е. *духовную сущность...*». В основе всякого правоотношения, по Ильину, лежит «тройное признание, дважды осуществленное. Во-первых, каждый из субъектов, вступая в правоотношение, признает *право* как основу отношения, как форму жизни, как объективно значащую идею... Во-вторых, каждый из субъектов признает свою *духовность*, т. е. *свое достоинство и свою автономию* как правотворящую силу... В-третьих, каждый из субъектов признает *духовность другого субъекта*, т. е. *его достоинство и его автономию* как силу, способную к правотворчеству. Все эти акты признания не требуются *формально*; и в *действительности* они могут отсутствовать; они как бы молчаливо предполагаются, но именно это молчаливое предположение содействует забвению о них, их утрате, их жизненному бессилию и вырождению. Однако в строении правосознания все эти акты не только необходимы, но составляют самую глубокую сущность

Отсутствие взаимного признания правосубъектности, т. е. отказ в признании каждой человеческой личности как обладающей изначально правами и свободами, на которые никто не может покушаться (т. е. превращение человека из субъекта в объект, в вещь), «абортирует» само понятие права и его действительность на практике. По ту сторону этого принципа права нет.¹

При этом принцип взаимного признания раскрывается в истории человеческого общества постепенно. Долгое время он может существовать в своем несовершенном и усеченном виде. От этого он не перестает быть принципом взаимного признания. Как уже было отмечено выше, этот принцип есть везде, где жизнь, свобода и другие основные права признаются за субъектами правовой коммуникации. Но насколько широк будет круг этих участников – это уже проблема раскрытия (осознания и осуществления) данного принципа. Поэтому на вопросы типа «было ли право в Древнем Египте, Древней Греции, в средневековых теократических государствах и в других подобных правовых системах, где были закреплены неравные права и обязанности у разных сословий»; или «существует ли право в некоторых современных правовых системах, где права мужчин отличаются от прав женщин, а права представителей доминирующей религии доминируют и над правами религиозных меньшинств?» – можно задать аналогичный вопрос: а были ли в Древнем Египте, Древней Греции, в средневековых теократических государствах наука, образование, здравоохранение? Ответ очевиден: была и наука, и образование, и здравоохранение, но все они пре-бывали в зачаточном состоянии, включали в свой арсенал много ошибочных сведений и представлений, и все эти виды человеческой деятельности должны были развиваться (и развиваются) в сторону раскрытия своего «естественного» институционального потенциала и решения стоящих перед ними задач. Эту же логику можно применить и к вопросу о праве. Право существует в обществе не в силу наличия законов государства, а зачастую и вопреки им. Там, где принцип взаимного признания не заложен в закон, там этот закон и не получает

правоотношения... Понимание правовых норм и согласие подчиняться им предполагает в живом существе не только наличие духовной силы вообще, но и значительную умственную и духовную зрелость... Иными словами: *в основе всякого нормального правоотношения лежит взаимное духовное признание*... Поэтому *правопорядок* должен рассматриваться как *система взаимного духовного признания*. Такое признание осуществляется не только правом; оно лежит в основании всего духовного общения людей: всякого спора, предполагающего способность к мысли и волю к истине, всякой эстетической совместности, предполагающей суждение вкуса и волю к красоте, всякой нравственной связи, покоящейся на акте совести и на воле к добру, наконец, всякого религиозного общения, возможного только между людьми, способными к молитве и ищущими подлинного благовосприятия. Духовное общение требует, объективно говоря, – *двусторонней духовности*, а субъективно говоря, – *обоюдного духовного признания*. Но правовое общение есть именно духовное общение; поэтому оно является *разновидностью* такого признания. В этом глубочайший смысл всякого правового и политического единения. Такое понимание права и государства вновь обнаруживает духовное братство всех людей... оно подтверждает также отсутствие принципиального расхождения между *правопорядком* и евангельским учением о любви... ибо отношение «в праве» и отношение «в любви» являются одинаково разновидностью духовного признания» (Il'in 1994: 363–365).

¹ Смею полагать, что и известная «формула Радбруха», отрицающего правовой характер крайне несправедливых законов, может быть напрямую выведена из принципа взаимного признания правосубъектности.

правового смысла. Но в любом обществе существуют правовые отношения, в рамках которых этот принцип функционирует, пусть и не в полноценном обличье. Поэтому право в его несовершенном и «свернутом» виде существовало во всех упомянутых выше исторических сообществах. Но как наука, образование, здравоохранение, так и право возможны только при условии реализации принципа взаимного признания, когда люди действуют в отношении друг друга не произвольно, а признавая границы своих возможных действий, обусловленные «естественной» правосубъектностью каждого человека. Следовательно, любые дискриминационные законы отклоняются от своего правового смысла; законы же, которые отказывают не только в признании равенства прав, но и отрицают основные права человека и гражданина, не гарантируют саму правосубъектность человека, вообще не имеют правового смысла, как не имеют они и отношения к справедливости.

Справедливость как следование должному как раз и предполагает следование основным принципам права. Только в том случае, если эти основополагающие принципы нормально и полноценно функционируют в правовой системе, можно говорить о справедливости права. Но конкретный перечень принципов и норм применительно к каждой отрасли права уже должен строиться на основе динамической системы, поскольку дедуцировать *все возможные принципы права* из одного первопринципа невозможно, тем более невозможно это сделать в отношении всех правовых норм.

Как представляется, изложенному подходу в общем и целом соответствуют и основные принципы международного права (где к основным принципам отнесены верховенство прав человека, верховенство права, право на суд, равенство субъектов права, взаимное сотрудничество, добросовестное выполнение обязательств, мирное разрешение споров, неприменение силы, невмешательство во внутренние дела и др.).

Это означает, что правовая система при наличии этих принципов может считаться в основном и в целом справедливой, но отдельные принципы и нормы могут рассматриваться в ней в качестве относительно справедливых норм, развитие и совершенствование которых зависит от делиберативных процедур, существующих в обществе и от дальнейших законотворческих усилий. История права демонстрирует, что, взяв за основу принцип взаимного признания правосубъектности, правовые системы в различных регионах мира постепенно разворачиваются в стороны все большего восприятия его исходных начал и вытекающих из них требований. Считать ли государства, в которых принцип взаимного признания находится в зачаточном состоянии, государствами, в которых права нет, или считать их политическими системами без права и государственности, или признавать, что право в таких системах существует как неполноценное право зависит от исходных позиций конкретного автора.

Для меня само наличие принципа взаимного признания в правовой системе уже является основанием считать, что в таком случае имеется стремление к справедливости или к правильности права, а это и есть минимальное требование, при наличии которого право уже может существовать в своем недостроенном и

незавершенном виде.¹ В таком же смысле первые, опытные образцы автомобилей существовали, поскольку у них имелись двигатели внутреннего сгорания, но при этом они не могли двигаться быстро из-за несовершенных колес, плохого бензина, примитивного корпуса и с трудом могли осуществлять перевозку грузов и пассажиров.

В этом контексте существенную роль играет идея демократии как связующего звена между правом, правовыми принципами и поведением человека. М. В. Антонов, как и его идейный вдохновитель Г. Кельзен, субъективно выступает за демократическое устройство государства и общества, разделяя, идеологически либерально-демократические ценности. Так, Михаил Валерьевич пишет с одобрением о том, что в западных правовых порядках действие диалектики правила и исключения встроено в механизмы делиберативной демократии и систему сдержек и противовесов. Ученый признает, что в демократических правовых порядках, в отличие от авторитарных, дискурсы о справедливости могут на самом деле способствовать улучшению качества правового регулирования (Antonov 2021: 123). Он сетует на то, что сложившаяся в современной России практика 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» (Antonov 2021: 127). Антонов также считает недопустимым, что «ценностные суждения группы судей подменяют собой нормы права, созданные в установленном порядке демократического законодательства» (Antonov 2021: 127).

Но Михаил Валерьевич не отвечает на вопрос, как быть с тем правовым порядком, который или не создан демократическим путем, или перестал быть демократическим под влиянием каких-либо обстоятельств. Ведь есть огромная разница между необходимостью соблюдать законы в демократическом государстве и такой же необходимостью в государстве авторитарном или даже тоталитарном. Эта разница заключается в том, что необходимость соблюдения законов в демократическом государстве является ценностью для всего населения, поскольку даже не согласные с какими-то законами граждане могут в порядке демократических процедур агитировать и убеждать в собственном видении содержания того или иного закона и тем самым активно бороться за его изменение. Но, как уже было отмечено, именно следование даже относительно несправедливому закону в этом случае будет гарантией того, что и другие, в случае принятия иного закона, с которым кто-то будет также не согласен, тем не менее, исходя из принципа взаимного правового признания, будут следовать и этим законам. Вот где пафос следования закону имеет подлинное рациональное и ценностное оправдание.

Иная картина имеет место в авторитарном государстве, в нем следование несправедливому закону будет нарушать принцип взаимного правового признания, поскольку сам принцип взаимности нарушается исходной невозможностью повлиять на изменения закона в интересах людей, имеющих иные представления об их справедливости. Таким образом, реализация справедливых и относительно справедливых законов при соблюдении принципа взаимного правового признания, предполагает также, что относительная справедливость законов (их относительная

¹ Понятие правильности права интересно раскрыто Р. Алекси (Aleksi 2011: 96–102).

ценность) может существовать лишь при универсальной (трансцендентальной) справедливости (универсальной ценности справедливости) как принципа, признающего неизбежность прав и свобод граждан, в том числе, их права на демократию, включающего неотъемлемость политических прав. В условиях авторитаризма выбор между исполнением противоправных законов и отказом в следовании таким законам не относится, как это думают позитивисты, только к личному моральному выбору.

Само существование законов или правоприменительной практики, нарушающих естественные (лучше сказать, основные коммуникативные) права и свободы граждан, является правонарушением и порождает право на защиту. Чтобы быть свободным, человек обязан бороться за право и за свои права. Здесь опять уместно вспомнить слова И. А. Ильина, которые мне уже доводилось приводить в одной из своих статей (Polyakov 2018: 51–52):

Именно уважение к себе как духу лежит в основании жизненной борьбы за субъективное право. Чувство собственного достоинства устанавливает в этой борьбе... две грани: во-первых, грань, от которой начинается невозможность поступаться своими правами, — таковы все права личной свободы, и, во-вторых, грань, от которой начинается невозможность настаивать на своих правах, — таковы все “неестественные”, несправедливые полномочия, унижительные для других, а потому и унижительные для самого уполномоченного... (Il'in 1994: 319)

Автономия личности, утверждал И. А. Ильин, нужна человеку как воздух. Быть гражданином — значит вести автономную духовную жизнь, иметь самостоятельные суждения. Гражданин «должен иметь возможность определять себя вовне так, как определяет он себя внутренне: ему необходимо правовое признание и правовая гарантированность *личной свободы*» (Il'in 1994: 338). Свобода личности, по И. А. Ильину, — необходимое условие нормальной государственно-правовой жизни. Ее отсутствие губительно для государства. Ильин писал:

Напрасно... сторонники деспотизма, — писал он, — ...пытаются утвердить правопорядок и государственность вне автономного субъекта прав; право и государство бессмысленны и эфемерны вне правосознания..., а правосознание бессильно и бесплодно вне сферы свободного — частного и публичного — изволения. Связь между гражданством и личной свободой есть связь взаимной обусловленности: человек, совершенно лишенный прав на внешнее самоопределение, никогда не станет гражданином... (Il'in 1994: 338)

В условиях традиционной российской правовой апатии, принятие и практическое следование принципу взаимного признания можно рассматривать как необходимую правовую прививку, которую должен сделать каждый россиянин для того, чтобы выработать коллективный иммунитет от авторитаризма.¹ Только в этом случае возможна та полная легитимация этого принципа, принципа взаимного признания, которая позволит не задавать вопрос о том, каким образом он формализован и

¹ Такой выбор каждый должен сделать самостоятельно, но и научное сообщество, и государство должно к такому выбору «подталкивать», создавая необходимые идеологические, политические, культурные предпосылки (Thaler & Sunstein 2017).

включен в систему источников права. Если он получит в глазах общества такое же значение, какое получила упоминаемая в начале статьи теория относительности А. Эйнштейна (а он может и должен получить такое значение, потому что не имеет разумных альтернатив на практике), то ни у кого не возникнет сомнения в том, надо ли ему следовать.¹ Но и при существующем уровне российского правосознания реальное воплощение этого принципа (в системе нормативно закрепленных прав человека, в общих принципах права, в правовых обычаях, в судебных решениях разного уровня, в правовой доктрине и в общих декларациях международного уровня) дает достаточно оснований даже позитивистам для признания его правового значения и жизненно необходимого идеологического смысла.

¹ Принципу «Все относительно» в данном случае противопоставляется иной, противоположный принцип, действующий в человеческом обществе. Принцип гласит, что за относительностью всех человеческих норм и правил стоит нечто безотносительное, которое обладает основополагающим смыслом и выступает высшей ценностью правового общения. Этим безотносительным, как было уже продемонстрировано, является принцип взаимного правового признания. Его модификацией (или даже основанием) в этике является родственный принцип, давно описанный в различных религиозных и поэтических текстах. У В. С. Соловьева, например, он находит и такое выражение в одном из его стихотворений: «Смерть и Время царят на земле, – Ты владыками их не зови; Всё, кружась, исчезает во мгле, Неподвижно лишь солнце любви» (Solov'yev 1974: 79).

Бібліографія:

- Alekseyev, Nikolay. (1998). *Osnovy filosofii prava* [From Rus.: Foundations of the philosophy of law]. Sankt-Peterburg: Yuridicheskiy institut.
- Aleksi, Robert. (2011). *Ponyatie i deystvitel'nost' prava* (otvet yuridicheskomu pozitivizmu) [From Rus.: The concept and reality of law: a response to legal positivism]. Moskva: Infotropik Media.
- Antonov, Boris. (2019). Pravovaya sistema Germanii 1933 – 1945 gg.: myshlenie v kategoriyah konkretnogo poryadka [From Rus.: The German legal system 1933-1945: thinking in categories of a specific order]. *Vestnik RGGU. Seriya «Ekonomika. Upravlenie. Pravo»* [From Rus.: RGGU Bulletin. Series "Economy. Management. Law"] 2: 128–146.
- Antonov, Mikhail. (2021). Yurydicheskiy pozitivizm s problemy razvitiya rossyyskogo prava. *Ideology and Politics* 2: 120–151.
- Berman, Harold. (2008). *Vera i zakon: primireniye prava i religii* [From Rus.: Faith and Order: Reconciliation of Law and Religion]. Moskva: Moskovskaya shkola politicheskikh issledovaniy.
- Dorohin, Viktor & Polyakov, Andrey. (2020). O nekotorykh ideynykh istochnikakh teorii maksimizatsii bogatstva Richarda Poznera: Adam Smit i Ieremiya Bentam [From Rus.: On some conceptual sources of the wealth maximization theory by Richard Posner: Adam Smith and Jeremy Bentham]. *Aktual'nye problemy ekonomiki i prava* [From Rus.: Actual Problems of Economics and Law] 14(4): 684–696.
- Igumen Ilarion (Alfeev). (2000). Etimologiya slova «Bog» [From Rus.: Etymology of the word "God"]. V Igumen Ilarion. *Tainstvo very* [The mystery of faith]. Klin: Fond "Hristianskaya zhizn". Available at <https://www.puhtitsa.ee/library/books/alfeev2/Main.htm> (accessed 3 July 2021).
- Il'in, Ivan. (1994). O suschnosti pravosoznaniya [From Rus.: On the essence of legal consciousness]. V Il'in, Ivan. *Sobranie sochineniy v 10 tomah* [From Rus.: Collection of works in 10 volumes]. T. 4. M.: Russkaya kniga.
- Finnis, John. (2012). *Estestvennoe pravo i estestvennye prava* [From Rus.: Natural law and natural rights]. Moskva: IRISEN, Mysl'.
- Fuller, Lon L. (2007). *Moral' prava* [From Rus.: The Morality of Law]. Moskva: IRISËN.
- Kant, Immanuel. (1965). Osnovy metafiziki нравственности [From Rus.: Foundations of the Metaphysics of Morality]. In Kant, Immanuel. *Sochineniya v shesti tomah* [From Rus.: Collection of works in six volumes]. T. 4. Ch. 1. Moskva: Izdatel'stvo «Mysl'».
- Karapetov, Artiom. (2016). *Ekonomicheskiy analiz prava*. [From Rus.: Economic analysis of law]. Moskva: Statut.
- Kelsen, Hans. (2015). *Chistoe uchenie o prave, spravedlivost' i estestvennoe pravo* [From Rus.: Pure doctrine of law, justice and natural law]. Sankt-Peterburg: Izdatel'skiy dom «Alef-press».
- Kuhn, Tomas. (1975). *Struktura nauchnykh revolyutsiy* [From Rus.: The structure of scientific revolutions]. Moskva: Progress.
- Polyakov, Andrey. (2018). Deficit svobody kak politiko-pravovaya problema [From Rus.: Lack of freedom as a political and legal problem]. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN* [Works of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Science] 13(4): 37–56.
- Polyakov, Andrey. (2014). *Kommunikativnoe pravoponimanie: Izbrannye trudy* [From Rus.: Communicative legal thinking: selected works]. Sankt-Peterburg: Izdatel'skiy dom «Alef-Press».
- Polyakov, Andrey. (2019a). Legitimnost' kak svoystvo prava [From Rus.: Legitimacy as an attribute of law]. V *Legitimnost' prava*. Evgeniy Tonkov & Il'ya Chestnov (red.). Sankt-Peterburg.: Aleteya.
- Polyakov, Andrey. (2016). *Obschaya teoriya prava: problemy interpretatsii v kontekste kommunikativnogo podhoda* [From Rus.: General theory of law: problems of interpretation in the context of a communicative approach]. Moskva: Prospekt.

- Polyakov, Andrey. (2018). Osnovnoy printsip prava i problema obosnovaniya universal'nyh pravovyh tsennostey [From Rus.: The basic principle of law and the problem of argue universal legal values]. V *Filosofiya i psihologiya prava: sovremennye problemy* [From Rus.: Philosophy and psychology of law: contemporary problems], Anton Didikin (red.). M.: Institut gosudarstva i prava RAN, 2018, 159–162.
- Polyakov, Andrey. (2016). Prava cheloveka i suverenitet gosudarstva [From Rus.: Human rights and state sovereignty]. V *Post-klassicheskaya ontologiya prava* [From Rus.: Post-classic ontology of law], Il'ya Chestnov (red.). Sankt-Peterburg.: Aleteya, 295–324.
- Polyakov, Andrey. (2015). Pravovoy normativizm: G. Kel'zen [From Rus.: Normativity of Law: Hans Kelsen]. V *Istoriya politicheskikh i pravovyh ucheniy: uchebnyk* [From Rus.: History of political and legal theories: textbook], Igor' Kozlihin Igor', Andrey Polyakov & Elena Timoshina (red.). Sankt-Peterburg: Izd-vo Sankt-Peterburgskogo gos. un-ta.
- Polyakov, Andrey. (2019b). Chistoe uchenie o prave Gansa Kel'zena, ideya estestvennogo prava i spravedlivost': vzglyad kommunikativista [From Rus.: Hans Kelsen's pure theory of law, the idea of natural law and justice: a communicative perspective]. *Mir cheloveka: normativnoe izmerenie 6. Sbornik trudov mezhdunarodnoj nauchnoy konferentsii* [A world of human being: normative dimension. Proceedings of International Conference]. Saratov: Saratovskaya yuridicheskaya akademiya, 205–224.
- Popper, Karl. (2004). *Predpolozheniya i oproverzheniya: Rost nauchnogo znaniya* [From Rus.: Assumptions and refutations: the growth of scientific knowledge]. Moskva: OOO «Izdatel'stvo AST», ZAO NPL «Ermak».
- Shiller, Friedrich. (1937). *Sobranie sochineniy v 8 tomah* [From Rus.: Collection of works in eight volumes]. Moskva-Leningrad: Academia. T. 1.
- Schmitt, Karl. (2013). O trekh vydakh yurydicheskogo myshleniya [From Rus.: Three types of legal thinking]. V Schmitt Karl. *Gosudarstvo: Pravo i politika* [From Rus.: State: law and politics]. Moskva: Izdatel'skiy dom "Territoriya budushchego", 307–356.
- Solzhenitsyn, Aleksandr. (2005). Natsional'naya ideya – sberezheniye naroda [From Rus.: The national idea is to preserve the people]. *Gudok*. 11 June. Available at <https://gudok.ru/newspaper/?ID=752882> (accessed 12 July 2021).
- Solov'yev, Vladimir. (1974). Bednyy drug [From Rus.: Poor friend]. V Solov'yev, Vladimir. *Stikhotvoreniya i shutochnie p'iesy*. Leningrad: Izdatel'stvo «Sovetskiy pisatel'».
- Thaler, Richard & Sunstein, Cass. (2017). *Nudge: Arhitektura vybora. Kak uluchshit' nashi resheniya o zdorov'e, blagosostoyanii i schast'e* [From Rus.: Nudge: Choice architecture. How to improve our decisions about health, well-being, and happiness]. Moskva: Mann, Ivanov i Ferber.
- Wikipedia. (n/d). Obschaya teoriya otnositel'nosti [From Rus.: General theory of relativity]. Available at https://ru.wikipedia.org/wiki/Общая_теория_относительности (accessed 12 July 2021).