

КАК ВОЗМОЖНА ЛОГИКА В ПРАВЕ?

Под редакцией
М. В. Антонова,
Е. Н. Лисанюк,
Е. Н. Тонкова

Jus est ars boni et aequi

Ad impossibilia lex

Nullum crimen sine lege

Dura lex, sed lex

Salus populi suprema

Honeste vivere, alterum

dere, suum cuique tribuere

$\sim E p$

$\sim P p \quad \sim P \sim p$

$(\sim P p \cdot P \sim p)$

$(P p \cdot \sim P \sim p)$

«Of» $\dot{I} L$

& «P~f» $\dot{I} L$

Коллектив авторов

Как возможна логика в праве?

Серия «Толкование источников права»

Текст предоставлен правообладателем

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=66213197

Как возможна логика в праве? / [сост. М. В. Антонов, Е. Н. Лисанюк,

Е. Н. Тонков]; Алетея; Санкт-Петербург; 2021

ISBN 978-5-00165-327-1

Аннотация

В монографии представлены междисциплинарные исследования на стыке логики и права. Авторы книги объединяют методологические подходы, разработанные известным русско-аргентинским правоведом и философом Е. В. Булыгиным, девяностолетию со дня рождения которого приурочена монография. Издание будет полезно тем, кто интересуется вопросами нормативности права, логикой норм и нормативных систем, деонтической логикой, а также проблемами теоретической юриспруденции. Книга содержит новаторские подходы к пониманию природы и механизма действия норм права, является первым коллективным русскоязычным исследованием творчества Е. В. Булыгина.

Монография ориентирована на преподавателей, аспирантов, студентов и всех интересующихся современными теоретическими исследованиями логики и права.

В формате PDF A4 сохранен издательский макет.

Содержание

Логический позитивизм Е. В. Булыгина и его актуальность. (предисловие ответственных редакторов)	7
Методология юридического позитивизма	30
Мир юридического позитивизма и антропологическое измерение права	30
Введение	31
1. Юридический позитивизм: вводные методологические замечания	32
2. Проблемы рецепции современной аналитической философии права в русскоязычном теоретическом правоведении	36
3. Юридический позитивизм в контексте эволюции концепции Г. Кельзена	44
4. Непозитивистские концепции К. Коссио и Л. Рекасенса Сичеса	53
5. Логический позитивизм Е. В. Булыгина: формирование и содержание концепции	58
6. Концептуальный аппарат концепции Е. В. Булыгина	70
7. Практические следствия для правоприменения	77

8. Логический позитивизм и

81

антропологическое измерение права

Конец ознакомительного фрагмента.

86

Как возможна логика в праве?

(сост. М. В. Антонов.

Е. Н. Лисанюк. Е. Н. Тонков)

© М. В. Антонов, Е. Н. Лисанюк, Е. Н. Тонков, сост., ред.,
предисл., библиогр. список, 2021

© Коллектив авторов, 2021

© Гуманитарный фонд «Тюрьма», 2021

© Издательство «Алетейя» (СПб.), 2021

* * *

Логический позитивизм

Е. В. Булыгина и его

актуальность. (предисловие

ответственных редакторов)

Авторы настоящей коллективной монографии соединили свои усилия в связи с двумя знаменательными датами. Первая из них, конечно, это юбилей Евгения Викторовича Булыгина, которому 25 июля 2021 г. исполнилось бы девяносто лет. Вторая важная для отечественной юриспруденции, философии и логики дата – десятилетие после первой публикации перевода основной работы Е. В. Булыгина «Нормативные системы», написанной в 1971 г. совместно с его соавтором по многим публикациям известным аргентинским логиком Карлосом Эдуардо Альчурроном (1931–1996). Перевод вышел в свет в 2011 г. в «Российском ежегоднике теории права» (№ 3 за 2010 г.). В связи с интересом научной общественности к этому хоть и сложному, но весьма важному труду, в 2013 г. «Нормативные системы» были переизданы отдельной книгой вместе с переводом ряда влиятельных статей¹. В 2016 г. на русском языке был выпущен том избран-

¹ «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2013.

ных сочинений Евгения Викторовича по теории и философии права.² В него вошли не только переводы работ этого выдающегося правоведа, но и несколько работ, написанных профессором Булыгиным на русском языке.

С учетом того, что стараниями Сергея Ивановича Максимова, профессора Национального юридического университета Украины им. Ярослава Мудрого (г. Харьков), первые работы Е. В. Булыгина на русском языке начали появляться еще с середины 2000-х гг., знакомство русскоязычной научной общественности с идеями замечательного правоведа-позитивиста имеет уже относительно долгую историю. Подчеркнем, что круг авторов, которые пишут на русском языке о теории Е. В. Булыгина, не ограничивается только российскими учеными, но включает исследователей из Беларуси, Украины и других стран. Это позволяет подвести некоторые предварительные итоги тому влиянию, которое русские публикации работ Евгения Викторовича оказали на русскоязычную юриспруденцию, философию и логику. Авторы настоящей монографии представляют свое видение этих итогов.

Первое появление имени Е. В. Булыгина на страницах русскоязычных изданий имело место еще в советское время и оказалось несколько анекдотичным. Переводчики тома «Логико-философских исследований» Георга Хенрика фон Вригта (Москва: Прогресс, 1986), основателя современной

² Булыгин Е. В. Избранные работы по теории и философии права. СПб: Алет-Пресс, 2016.

деонтической логики и влиятельного аналитического философа, по непонятным причинам решили транскрибировать фамилию Евгения Викторовича на французский манер и по тексту перевода цитировали его как Е. Булигана (стр. 275, 298, 305–306). Досталось и его соавтору К. Э. Альчуррону, которого переводчики окрестили К. Элкорроном.

Через некоторое время недоразумение рассеялось и оказалось, что автор, о котором уважительно отзывался на страницах своих работ фон Вригт (на самом деле, большой друг Евгения Викторовича), носит вполне типичную русскую фамилию Булыгин, родился и вырос в Харькове. В годы Второй мировой войны его семья была угнана нацистами на принудительные работы в Австрию, а после окончания войны его родители решили не возвращаться в СССР в связи с вполне понятными опасениями репрессий. В результате стечения разных обстоятельств они оказались в Аргентине, где Е. В. Булыгин окончил факультет права Университета Буэнос-Айреса и работал судьей, совмещая судебскую практику с преподаванием. Е. В. Булыгин внес весомый вклад в развитие юриспруденции в Аргентине и иберо-американских странах. Будучи деканом факультета права Университета Буэнос-Айреса, а затем – почетным профессором этого и ряда других университетов, воспитал множество сторонников и учеников, продвигая идеи аналитической философии права в разных странах от Латинской Америки до Испании и Италии. Несмотря на то, что большую часть своей

жизни по воле судьбы Евгений Викторович прожил в Аргентине, он был большим знатоком русской литературы, замечательно говорил и свободно писал на русском языке.

Знакомство с работами юбиляра позволило тем авторам, которые приняли участие в настоящей монографии (и не только им – по разного рода причинам некоторые исследователи не успели представить свои статьи), лучше понять то, как и в связи с какими методологическими проблемами формировалась современная нормативистская юриспруденция. Вряд ли кто из отечественных ученых может похвалиться тем, что входил в круг учеников Г. Л. А. Харта, вел научную полемику с Г. Кельзенем и А. Россом, развивал идеи деонтической логики вместе с Г. Х. фон Вригтом, и проч. У Евгения Викторовича такая возможность была; поэтому неудивительно, что через его работы можно лучше узнать и понять идеи указанных и других выдающихся представителей юспозитивизма. Неслучайно, что и работы самого юбиляра рассматриваются многими из авторов настоящей книги именно через призму истории юридического позитивизма XX в. – как неотъемлемая часть этой истории и как один из важных факторов развития этого направления правовой мысли в наши дни.

В постсоветской теоретической юриспруденции идеи юридического позитивизма многими воспринимались как анахронизм, так что критика позитивизма стала модным признаком хорошего тона среди теоретиков права, которые

при помощи такой критики подчеркивали, что не имеют ничего общего с отсталыми концепциями и придерживаются современных взглядов. Под юридическим позитивизмом в этом контексте понималась идея о том, что все право происходит от государства – этатистская теория, которая на самом деле является устарелой и которую критиковали все ведущие представители юридического позитивизма XX в.

Но если понимание того, что право не может сводиться к приказу государства, а процесс его применения не является механическим, утвердилось в западной континентальной юриспруденции (в немалой степени под влиянием Г. Кельзена) еще в первой половине XX в. и сегодня является самоочевидной истиной для юспозитивистов, то для многих постсоветских правоведов это стало своего рода открытием. В связи с этим «открытием» некоторые теоретики в 1990-е и 2000-е гг. приложили примечательные усилия для преодоления «узости» позитивистской теории³, демонстрируя «широту» своих взглядов. В пылу работы над синтетическими и интегративными теориями, немалое число правоведов отказались не только от командной теории Дж. Остина и ее аналогов, но и от современных версий юспозитивизма (чистого учения о праве, аналитической юриспруденции и т. п.) – для

³ Юридический позитивизм в те годы преимущественно воспринимался в контексте спора между советскими правоведами об узком и широком подходах к праву; в этой связи позитивизм стал ассоциироваться с тезисами советских и постсоветских сторонников «узкого» подхода, а непозитивизм – рассматриваться как широкий, интегральный подход.

вщей убедительности сваливая их в одну кучу позитивистского (легистского и т. п.) типа правопонимания, для которого «характерно отождествление права и закона» и прочие методологические «грехи».

Это досадное недоразумение в некоторой степени смогло быть исправлено в 2010-х гг. благодаря знакомству отечественных теоретиков с работами профессора Булыгина и, что еще более важно, опыту личного общения некоторых из них с этим ведущим представителем современного юридического позитивизма – Евгений Викторович несколько раз посещал Россию и Украину, участвуя в научных конференциях. Как оказалось, он – к удивлению критиков юспозитивизма – вовсе не думает, что право не может существовать без государства, что право и закон тождественны друг другу, не рассматривает правоприменительную деятельность как механическую деятельность, а судей как «субсумирующие машины» (по ироничному выражению немецкого правоведа Ф. Хека). Это удивление столь глубоко потрясало некоторых отечественных теоретиков права в их убеждениях, что нередко в дебатах с участием Е. В. Булыгина в его адрес высказывались упреки, вроде «какой же Вы после этого позитивист?!».

И если сегодня в русскоязычной юридической литературе все еще встречаются подобного рода огульные обвинения против позитивизма, они стали намного реже, чем в 1990-е и 2000-е гг. Более того, по нашей оценке, такие немоти-

вируемые обвинения рассматриваются в научной общественности скорее как признак теоретической неграмотности. Критические замечания против позитивизма со стороны серьезных авторов, стоящих на иных, непозитивистских методологических позициях, конечно, встречаются и сегодня в значительном объеме. Но они уже строятся на понимании разнообразия направлений юспозитивизма и принципов его методологии, на более выверенном анализе трудов классиков этого направления, среди которых и работы Е. В. Булыгина. Это, в частности, можно заметить и по настоящей монографии – почти половина ее авторов придерживаются той или иной версии непозитивизма.

Многие из включенных в настоящую монографию авторов подчеркивают важность работ профессора Булыгина для понимания многоаспектности юридического позитивизма и той грани, которая отделяет «первый позитивизм» в стиле Остина или Бергбома от современного позитивизма уровня Кельзена или Харта. На самом деле, работы русско-аргентинского правоведа позволяют увидеть, что позитивисты – вопреки распространенному мнению – не отрицают права человека, допускают влияние внеюридических факторов на правоприменительную и судебную деятельность, отстаивают необходимость твердых этических убеждений для юриста – убеждений, которые в некоторых случаях могут заставить его отказаться от соблюдения норм права во имя высших принципов и т. п.

Применительно к обсуждению этих и иных философско-правовых проблем особенно примечателен стиль русско-аргентинского мыслителя, чуждый многоречивому резонерству и туманным метафорам, характерным для некоторых философов права, приверженных абстрактно-метафизическому стилю мышления – стиль, который сам по себе интуитивно притягивает одних исследователей и отталкивает других. Вместо абстрактно-метафизических дискуссий о «надзаконном праве» и иных подобных темах, Е. В. Булыгин на страницах своих трудов описывает те практические и теоретические вопросы, которые могут возникнуть перед юристом, и то, что определяет выбор юриста с нормативной точки зрения.

Конечно, описание права, предлагаемое Е. В. Булыгиным в духе логического позитивизма, не является исчерпывающим – оно открывает лишь некоторые из сторон многообразного мира права и лишь одни из аспектов правоприменительной деятельности. Но ценность данного подхода как раз в скромности и умеренности его притязаний: вместо амбициозного метанарратива предлагается научный анализ одного из аспектов правовой действительности с использованием определенного набора научных методов. В название настоящей монографии вынесено перефразированное название одной из работ Е. В. Булыгина, которая была написана в 2008 г. как ответ на критику применения логики в праве со стороны известного англо-американского аналитического философа

Сьюзан Хаак (род. 1945).

Логика что-то может сделать для права, но не все, утверждает С. Хаак, перечисляя ряд достижений логики XX в., которые способствуют развитию науки о праве, среди которых, конечно, и формально-логический аппарат доказательств. Она останавливается на трех основных логических теориях – первопорядковая логика предикатов, используемая сегодня для создания машиночитаемого права, целый спектр неклассических логик, включая деонтическую, одна из систем которой служит базовым формализмом в «Нормативных системах», и нестандартные логики, представляющие собой приложения специальных теорий для решения конкретных задач, наподобие созданной К. Э. Альчурроном логики без истинностных значений или теории AGM, предложенной им же совместно с англо-австралийским логиком Давидом Макинсоном (род. 1941) и шведским логиком Петером Герденфорсом (род. 1949), включающей группу формализмов для операций с базами данных. Признавая методологическую роль логики, С. Хаак указывает на ограниченность применения логических средств в праве и опасность их абсолютизации, приводя примеры неразумных попыток задавать вопрос логике там, где требуется его задать науке о праве.

Ответ Е. В. Булыгина на вопрос «На что способна логика в праве?» – «Не на все, но на многое» носит полемический характер, но по существу дела представляет собой то же са-

мое утверждение, но с другого ракурса. Из трех логических теорий, упоминаемых С. Хаак, Е. В. Булыгин, полемизируя с ней, говорит о второй и третьей, добавляя к этому еще три примера успеха применения логики в праве, о которых скажем ниже. Действительно, сделать что-то – это и значит сделать не все полностью, даже если в первом случае имеют в виду немного, говоря о трех случаях, а во втором, наоборот, многое, рассказывая о пяти. Использование оценочных суждений и терминов сути дела не меняет, как любил повторять Е. В. Булыгин.

Различие в подходах С. Хаак и Е. В. Булыгина заключается, конечно, не в количестве успешных примеров применения логики в праве, а в том, что, соглашаясь с важной методологической ролью логики в праве, она как философ заботится о проведении границы между логикой и тем, что ею не является, за которой эту роль нередко преувеличивают, особенно в свете успехов логики в XX в., а он как правовед, заботясь о развитии науки о праве, стремится к максимальной имплементации этих успехов.

Таким образом, примечательный спор Е. В. Булыгина и С. Хаак о методологической роли логики в праве рассказывает нам об этой роли многое, но о связи логики и права рассказывает далеко не всё. Теоретическое наследие Е. В. Булыгина больше говорит о том, что может сделать право для логики и в этом, пожалуй, заключается влияние концепции Е. В. Булыгина на логику, в целом, и на ее развитие отече-

ственными учеными.

Существует два взгляда на становление логики как науки практической или теоретической, они оба берут начало в античности. Первый выводит логику из практик хозяйственных и судебных споров и считает ее практической наукой доказательства и убеждения, изучающей то, каким образом надлежит строить обоснование тезиса в споре, чтобы убедить других участников спора не только в его истинности, но в корректности предложенного способа обоснования, так что в дальнейшем они станут опираться на этот способ в доказательстве и других тезисов. Такой предстает логика в диалогах Платона, доказательствах корректности измерений античных земледельцев, описаниях судебных споров и формальных доказательствах древних математиков, а также в современной теории аргументации, включающей дедуктивную и недедуктивную аргументацию.

Второй взгляд видит в логике теоретическую науку о формальном доказательстве, его строении и видах, понимаемых абстрактно от того, в какой предметной области оно применяется и кем. Такой логика предстает в сочинениях Аристотеля и одного из наиболее влиятельных логиков Альфреда Тарского (1901–1983), с этим взглядом на логику преимущественно связаны ее успехи в XX в. Различие между этими двумя взглядами на логику чем-то напоминает различие между естественным правом и юспозитивизмом по вопросу происхождения права: являются создаваемые логикой фор-

мализмы отражением каких-либо форм практических рассуждений или это идеальные формы умозаключений, представляющие образцы для практических рассуждений?

Логические позитивисты уверены, что в логике нет ничего естественного, потому что это формальная наука и повседневные рассуждения людей ее не интересуют. Их оппоненты, к числу которых принадлежат ученые-когнитивисты и сторонники широкого взгляда на логику как на концептуальный дизайн или формальную философию, не оспаривая положения об инвариантности логической формы относительно предметной области, отмечают, что конструирование логических форм связано с тем, каким образом рассуждающий агент определяет тип задачи.

Из перечисленных Е. В. Булыгиным пяти успешных случаев применения логики в праве, по меньшей мере, три, оказавшие непосредственное влияние на отечественных исследователей, отражают успехи логики как практической науки, хотя и нередко понимаются ее успехами как теоретической науки.

Во-первых, это разграничение между дескриптивным и прескриптивным пониманием норм, на которое первоначально обратили внимание именно правоведы, а не логики. Уже в 1960-х гг. Е. В. Булыгин опирается на него в своей дискуссии с Г. Кельзенем. Логика позволяет иначе посмотреть на такие центральные для юридической догматики вопросы как, например, различие между нормой права и статьей за-

кона. Для изучения этого старого доктринального различия Е. В. Булыгин, уже с опорой на логические идеи Г. Х. фон Вригта, предлагает гораздо более точное и понятное деление между нормами и нормативными предложениями, уточняя при этом соответствующие классификации, предложенные Г. Кельзенем, О. Вайнбергером и другими представителями юридического позитивизма.

Под влиянием важности этого разграничения сначала его соавтор К. Э. Альчуррон создает специальную деонтическую логику без истинностных значений в 1969 г., затем они в соавторстве модифицируют дедуктивную модель правоприменения в «Нормативных системах» при помощи нестандартного приложения одной из стандартных деонтических систем вригтовского типа. В 1980-е гг. и Г. Х. фон Вригт, уже будучи признанным основателем деонтической логики, признает, что проглядел проблему, не обратив должного внимания на это разграничение. И, наконец, отечественные аналитические философы В. В. Оглезнев и В. А. Суровцев под влиянием этих идей пишут, что трактовать конституцию как аксиоматическую систему можно лишь неформально, т. е. в том смысле, в котором возможно этим разграничением пренебречь, когда речь идет о полноте и непротиворечивости права⁴.

Во-вторых, это анализ права в динамике его развития, где,

⁴ *Ogleznev V, Surovtsev V The Constitution as an Axiomatic System // Axiomathes. 2018. Vol. 28. No. 2. P. 219–232.*

по справедливому замечанию Е. В. Булыгина, «логика не может объяснить, почему и как происходят определенные события, так же как она не может решить этические, политические или, будем честны, некоторые правовые проблемы, но она может прояснить некоторые аспекты таких проблемы и их решений»⁵. Для того чтобы логика могла прояснить какие-либо проблемы и их решения в праве, необходимо поставить проблемы и предложить их решения.

Хорошим примером может служить известный спор Протагора и Еватла по поводу платы за обучение. Еватл записался к Протагору в ученики и обещал оплатить обучение после того, как выиграет свое первое дело в суде. Однако, окончив учебу, он не стал заниматься судебными делами. Не дождавшись оплаты, Протагор обратился в суд, рассчитывая, что он в любом случае получит причитающееся, потому что либо суд поддержит его иск, и тогда Еватл погасит долг по суду, либо, если суд отклонит его иск, то Еватлу придется заплатить по договору. Но Еватл заявил, что, напротив, ему в любом случае не придется платить: в первом случае – по договору как проигравшему суд, а во втором случае – по решению суда⁶.

Логика трактует позиции Протагора и Еватла как ди-

⁵ Булыгин Е. В. На что способна логика в праве: не на все, но на многое. Ответ Сюзан Хаак // Булыгин Е. В. Избранные работы по теории и философии права. СПб: Алеф-Пресс, 2016. С. 449.

⁶ Диоген Лаэртский. О жизни, учениях и изречениях знаменитых философов. М., 1986. С. 56.

лемму и контрдиалемму, что создает впечатление парадокса. Правоведы могут предложить разные юридические решения с точки зрения действующих в правопорядке норм. Например, состоящее в том, что для получения долга Протагору надлежит обратиться в суд повторно, если при первом обращении его иск отклонят со ссылкой на договор. С логической точки зрения, вердикт судей можно рассматривать как волевое решение, в котором судьи одному обоснованному решению предпочли другое, потому что сочли более убедительным обоснование в защиту второго. Абстрагируясь от конкретных норм правопорядка, логика помогает определить границу между формальной корректностью вывода заключения из посылок и содержательным обоснованием волевого решения судей.

Модель использования классической логики высказываний и деонтической логики вригтовского типа, предложенная в «Нормативных системах», фокусируется на понятии нормативного множества, из которого судьи выводят заключения как содержательные формулировки решений по делу, отбрасывая непригодные формулировки. Эта модель служит хорошим упражнением для изучающих логику и философию, помогая понять методологическую роль формальных методов в праве. Кроме этого, повторное обращение в суд есть динамическое обновление условий – посылок для вывода заключения. Подобный динамический взгляд возможен и в отношении самих деонтических операторов «дозво-

лено», «запрещено» и «обязательно», которые можно трактовать как специальные программы, регулирующие порядок осуществления действий⁷.

В-третьих, отмена, внесение поправок и прочие манипуляции с кодексами норм – рутинные операции юристов и правоведов, стимулировали становление специальных приложений логических формализмов для моделирования изменений в базах данных и поведения агентов в условиях нормативных ограничений, которые сегодня, в свою очередь, применяются в области электронного правосудия.

Идеи профессора Булыгина нередко упоминаются в дискуссиях современных российских теоретиков права о нормативности права, аспектах действительности и действенности права. Те, кто занимается исследованием истории юридического позитивизма XX в. и, в частности, таких ведущих его представителей как Г. Кельзен или Г. Харт, не могут в своих работах оставить без внимания важные для определения всего этого методологического направления тезисы Е. В. Булыгина, равно как и его анализ и критические аргументы по поводу, например, чистого учения о праве. Среди других важных аспектов правовой науки, где особо актуален логический позитивизм мыслителя, можно отметить вопросы толкования и аргументации в праве, отдельные вопросы

⁷ Кислов А. Г. Динамический подход к деонтической логике: семантика нормативных операторов // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения РАН. 2013. Т. 13. № 3. С. 20–37.

теории правоприменения и, конечно, структурирование системы права в перспективе «Нормативных систем».

Е. В. Булыгин с 1986 г. по 2001 г. являлся судьей Национального апелляционного суда Аргентины (палаты по гражданским и коммерческим делам), опыт правоприменителя неизбежно отразился на его научных трудах. Исследуя структуру судебных решений и роль судей в правотворчестве, он отстаивает положения о том, что судебные решения содержат как индивидуальные, так и общие нормы. Хотя общие нормы, созданные судьями и не являются обязательными, они начинают действовать, становясь частью правопорядка. По его мнению, важным вкладом в создание права становится формулирование определенных правовых понятий судьями; прецедентное право – это источник права в том смысле, что судьи делают вклад в создание правовых норм и определение правовых понятий.

Имея длительный опыт судейской деятельности, Е. В. Булыгин дистанцируется от вопроса о том, *как* судьи приходят к своим решениям, полагая неуместным рассматривать психологический характер вынесения судебного решения, интересуясь исключительно логической проблемой его обоснования. Он допускает, что во многих случаях судьи сначала принимают решения, а затем пытаются обосновать его; необоснованное судебное решение рассматривается им как образец произвола.

Профессор Булыгин подчеркивает, что позитивное пра-

во – дело рук человека, и как все, что создается человеком, оно может быть хорошим или плохим, справедливым или несправедливым⁸. Он продолжает оставаться «убежденным сторонником юридического позитивизма, который по сути сводится к разграничению между описанием позитивного права и его оценкой как справедливого или несправедливого». Его рекомендация будет полезна современным юристам: «слово «право» не следует использовать как термин для выражения одобрения (что делается многими авторами), поскольку право является продуктом деятельности людей и в качестве такового может быть хорошим и плохим, справедливым или несправедливым»⁹.

Применяемые нормы суть те, которые используются для решения частных случаев. Множество применяемых норм не идентично множеству действующих норм, т. е. норм, принадлежащих системе, так как возможны ситуации, когда судьи обязаны применять и отмененные нормы, и даже нормы, принадлежащие другому правовому порядку. Работы Е. В. Булыгина о множественности нормативных систем, формирующихся подчас независимо друг от друга, позволяют с большей степенью вероятности прогнозировать будущие решения, опираясь на уже существующие практики. Правовые нормы обладают смысловым значением, которое

⁸ Булыгин Е. В. Мое видение рациональности права // Булыгин Е. В. Избранные работы по теории и философии права. С. 13.

⁹ Там же.

выявляется, уточняется, а может, и изменяется в ходе установления норм (толкования). Систематизация права в его понимании осуществляется преимущественно не законодателями, а практикующими юристами, на уровне конструируемых ими локальных нормативных систем.

Разработанная профессором Булыгиным методология дает каждому правоведам возможность самостоятельно провести анализ конкретного дела, спрогнозировать варианты вероятных решений на основе действующих норм, фактических обстоятельств и имеющихся доказательств. Юристы в состоянии выводить необходимые решения для рассматриваемых дел из типичных правовых ситуаций.

Е. В. Булыгин учит находить в нормативных системах пробелы и быть способным добиваться решения юридических задач в состоянии правовой неопределенности. Среди пробелов он выделяет нормативные, аксиологические, пробелы знания и пробелы распознавания. Как никогда актуален сегодня его тезис о том, что частичная неопределенность правового регулирования не может быть устранена в принципе; юристам следует приобретать навыки преодоления логической неопределенности нормативных систем, реализуя свои компетенции. Он прав в том, что не существует идеальной совокупности законов, позволяющих вынести безупречное решение; профессия юриста и заключается в поиске применимых к конкретным задачам и жизненным ситуациям норм, в формировании логически обоснованной нор-

мативной системы, из которой возможно вывести искомое решение. Профессор Булыгин высоко оценивает компетенции юристов, полагая, что от их знаний, умений и навыков зависят содержания и формы нормативных систем. Применительно к конкретному юридическому случаю возможно создать логически безупречную нормативную систему, позволяющую интерпретировать юридические факты для принятия предсказуемого решения.

Мировоззренческие основы взглядов Е. В. Булыгина могут быть весьма близки современным юристам, особенно его аксиологический скептицизм, – мнение, что моральные, политические и эстетические суждения зависят от эмоциональных факторов, т. е. чувств, вкусов и т. п. Они не могут быть истинными или ложными и потому не подлежат контролю разума. Это вполне совместимо с важностью оценочных суждений, но их значение – одно, а истинность – нечто иное. Булыгин уверен, что необходимым условием для рационализации права является рассматривать правоведение как описание позитивного права, делать различия между существующим правом и таким, каким бы нам хотелось его видеть, и не смешивать наши оценки с действительностью.

Эта книга была задумана как академический подарок российских ученых нашему уважаемому коллеге и другу Евгению Викторовичу Булыгину, которого большинство коллег в мире, начиная с Ганса Кельзена, Герберта Харта, Георга Хенрика фон Вригта, и заканчивая Мануэлем Атиензой, Сьюзан

Хаак и Робертом Алекси, знают как Эугенио Булыгина, написавшего большинство своих научных сочинений на испанском, а также английском и немецком языках.

Авторы книги стремились показать плодотворность созданной Е. В. Булыгиным логико-аналитической методологии исследования права, следуя в русле его научного оптимизма по поводу ее использования, который он ёмко выразил так: «Хотя философы права и юристы любят упоминать логику, мало кто из них серьезно занимался этой наукой, многие остановились на Аристотеле (вернее, на его изложении в устарелых учебниках) и даже не осведомлены о феноменальном развитии логики за последние 150 лет. Именно таких корифеев как Буль, Фреге, Рассел или фон Вригт мало известны юристам. Но именно эта современная логика, созданная ими и их сподвижниками, является необходимым инструментом для анализа концептуального аппарата юридической науки,.... таких важных для правоведов понятий как норма поведения, нормативная система и ее главные атрибуты: полнота (отсутствие пробелов), непротиворечивость, избыточность»¹⁰. Ключевыми элементами логико-аналитической методологии права Е. В. Булыгина являются юридический позитивизм и этический скептицизм, позволяющие отграничить то, что могут дать праву «здравомыслящие философы, которые используют четкий и вы-

¹⁰ Булыгин Е. В. Предисловие к русскому изданию // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм. С. 45.

веренный язык», от того, чем занимаются «философы-визионеры, в работах которых преобладают расплывчатые метафоры и наблюдается недостаток четкости».

Хорошим примером тут может служить подход Е. В. Булыгина к правам человека – к вопросу, по которому юспозитивизм критикуют громче всего. Призывая к трезвому и мужественному отстаиванию ценности прав человека и к борьбе за их гарантирование в позитивном праве, проф. Булыгин предостерегает, что бесполезно постулировать твердую почву, когда фактически ее нет. Во избежание визионерских иллюзий он настаивает, что «не только теоретически адекватно, но и политически важно добиться признания того, что права человека предварительно не защищены ни посредством естественного права, ни посредством абсолютной морали, что такие права на самом деле хрупки и поэтому представляют собой достижение человечества, которое следует оберегать... следует – если желать обладать правами человека – позаботиться о том, чтобы позитивный законодатель или создатель конституции фактически институционализировал эти права»¹¹.

Уже после окончания подготовки книги к изданию пришла скорбная новость о том, что Е. В. Булыгин скончался 11 мая 2021 г. К сожалению, презентовать эту книгу Евгению Викторовичу на его 90-летний юбилей поэтому оказалось

¹¹ *Булыгин Е. В.* К проблеме обоснования прав человека // Булыгин Е. В. Избранные работы по теории и философии права. С. 72.

невозможным. Но она останется свидетельством уважения и интереса русскоязычного научного сообщества к взглядам и теории замечательного русско-аргентинского правоведа и философа.

Антонов Михаил Валерьевич

Лисанюк Елена Николаевна

Тонков Евгений Никандрович

Методология юридического позитивизма

Мир юридического позитивизма и антропологическое измерение права

Аннотация: В работе рассматривается концепция известного аргентинского правоведа Евгения Викторовича Булыгина. Рассматривается состояние современного юридического позитивизма, прослеживается его эволюция на примере чистого учения о праве Г. Кельзена, анализируется зарождение аналитической традиции в Аргентине. На основе антропологического подхода к праву предпринимается попытка конструктивного рассмотрения концепции логического позитивизма Е. В. Булыгина, выявления ее сильных и слабых сторон. Делается вывод о возможностях использования логического позитивизма в антропологии права.

Ключевые слова: Евгений Викторович Булыгин, юридический позитивизм, логический позитивизм, антропологический подход к праву.

Введение

В последнее десятилетие в современном русскоязычном теоретическом правоведении повысилось внимание к юридическому позитивизму. После распада СССР и утраты марксистской общеправовой теорией господствующих позиций, юридический позитивизм перестал привлекать внимание правоведов: на первое место вышли теории, в основном связанные с изучением естественного права. В 2000-х гг. в российской юриспруденции появились новые подходы к познанию права, которые принято именовать постклассическими. Однако с 2010-х гг. снова наблюдается определенный поворот к юридическому позитивизму, прежде всего, к изучению работ зарубежных авторов, разрабатывающих проблематику современной аналитической философии права.

Одним из крупнейших правоведов, представляющих нормативистское направление в мировой юриспруденции, является Евгений Викторович Булыгин. Его работы как раз и начали переводиться на русский язык с 2010 г.

В настоящей статье будет представлен обзор нормативистского подхода к праву Е. В. Булыгина. Поскольку сфера нашего интереса – это антропология права, то, наряду с общей характеристикой современного юридического позитивизма и анализом концепции Е. В. Булыгина, мы осуществи-

ли и сравнение этих идей с положениями антропологического подхода к праву. Разумеется, такое сравнение и даваемая нами оценка концепции Евгения Викторовича не являются бесспорными и представляют лишь наше субъективное видение тех проблем, которые мы рассматриваем, исходя из современного состояния антрополого-правовых разработок.

1. Юридический позитивизм: вводные методологические замечания

История и сущность юридического позитивизма как направления правовой теории достаточно изучены в современной юридической литературе. Правда, отечественные представления о позитивизме во многом находятся еще под влиянием советского юридического мировоззрения, основанного на понимании позитивизма только как связанности права государством (этатизм). Вместе с тем, юридический позитивизм XX столетия, особенно его второй половины, эволюционировал и начал использовать новые методологические ресурсы для своего развития. Прежде всего, таким ресурсом является новая методология современной аналитической философии и логики, выражающаяся в теории языка (речевых актов) и деонтической логике.

Использование в правоведении методологических систем, связанных с новыми философско-аналитическими концепциями, свидетельствует об однозначном усилении логи-

ко-позитивистских начал в теоретическом правоведении. Правовые концепции, использующие методологию деонтической логики в качестве базовой для анализа права и правовой реальности, можно рассматривать как обновленные версии юридического позитивизма, или, неопозитивизма, либо, как назвала их оппонент Е. В. Булыгина британский логик Сьюзен Хаак¹² – концепции логического позитивизма.

Западная традиция развития позитивистских направлений в праве для постсоветской общеправовой теории явилась новым опытом и, по большому счету, остается таковым и сегодня. Не только потому, что в советскую эпоху существовали трудности ознакомления с этой традицией из-за геополитической и идеологической изоляции, но, прежде всего, из-за различия самих научных дискурсов.

Еще в начале 50-х гг. XX в. Г. Л. А. Харт писал, что английская философия права «была занята главным образом анализом языка, а прежние традиционные проблемы были представлены и рассмотрены как вопросы языкового значения, а не как вопросы о фактах»¹³. Как в XIX столетии после ослабления влияния континентальной юридической догматики, так и в первой четверти XXI в. именно английская общеправовая мысль являлась и является мировым

¹² *Haack S On Logic in the Law: 'Something, But Not All' // Ratio Juris. 2007. Vol. 20. P. 14–25.*

¹³ *Харт Г. Л. А. Философия права и юриспруденция в Великобритании (1945–1952) // Харт Г. Л. А. Философия и язык права. М.: Канон+РООИ «Реабилитация», 2017. С. 109.*

лидером юридического позитивизма (начиная с И. Бентама и Дж. Остина, заканчивая современными представителями логического позитивизма). Г. Кельзен в этом плане являлся скорее исключением, на что указывает критическое восприятие австро-немецким юридическим сообществом первой половины XX в. его идей¹⁴. Отчасти английские истоки современного юридического позитивизма объясняются и опорой этой традиции на философские идеи И. Бентама и его утилитаризм, в связи с чем Г. Харт даже удивлялся, «почему до 1945 г. новые лингвистические методы анализа всерьез не применялись к праву»¹⁵. Социологические направления в праве и правовой реализм, несмотря на, казалось бы, важность судебного права в Англии, равно как и юснатурализм, тем не менее не получили значительного развития в английской правовой доктрине.

Следует обратить внимание и на *методологический статус логического позитивизма в контексте истории фор-*

¹⁴ Видимо, изначальная предрасположенность к аналитической традиции мышления о праве и мире в целом повлияла на выбор автора «чистого» учения о праве. Семинары Г. Еллинека, которые Г. Кельзен посещал в 1908 г. в Гейдельберге, разочаровали молодого правоведа. Уже в 1911 г. он пишет критические очерки о социолого-правовой концепции О. Эрлиха. В 1945 г. в англоязычном издании «Чистого учения...» Г. Кельзен подчеркнул связь его идей с концепциями англо-американских правоведов. Не исключено влияние на мысль Г. Кельзена и философско-позитивистских идей представителей Венского кружка. См.: Антонов М. В. Ганс Кельзен (1881–1973): основные вехи интеллектуального пути // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2013. № 1. С. 6–7, 14.

¹⁵ Там же.

мирования различных правовых традиций. Аналитическая юридическая традиция, на наш взгляд, является не просто инструментарием, а полноценной правовой концепцией, истоки которой были заложены в эпоху высокого западноевропейского Средневековья. В тот период в правоведение был введен схоластический стиль мышления наподобие аналогичного богословского стиля мышления о божественной реальности. Формирование континентальной юридической догматики происходило по образцу религиозной догматики, в которой теологическая логика¹⁶ была распространена на всю реальность и рассматривалась как абсолютный авторитет.

В определенном аспекте логический позитивизм может быть назван *юридической неосхоластикой* – в том смысле, что, в отличие от ошибочного общераспространенного мнения, схоластика представляет собой вполне продуктивный метод аналитики с помощью средств формальной и иных видов логики. Другое дело, что у нее есть свои познавательные пределы. Не случайно в позитивизме используется даже средневековая схоластическая терминология (например, термин «контингентность» – случайность, не-необходимость существования). С. Хаак, анализирувавшая «Нормативные системы», даже назвала изложенную в них концеп-

¹⁶ Как отмечает С. С. Неретина, в руках схоластов логика «непрерывно становилась теологией»: См.: *Неретина С. С.* Абельяр и основы средневекового философствования // Абельяр П. Теологические трактаты. С. 10.

цию «новой логической теологией»¹⁷. И на это у нее были основания, что подтверждается рассуждениями аргентинского правоведа о проблеме Бога, свободы и детерминизма: они построены в схоластическом ключе¹⁸.

2. Проблемы рецепции современной аналитической философии права в русскоязычном теоретическом правоведении

Рассматривая западную традицию развития юридическо-го позитивизма в контексте развития современной русскоязычной правовой теории, сформировавшейся на базе советской юридической науки, следует сделать некоторые замечания общеметодологического характера. Они важны, на наш взгляд, для понимания нюансов использования западных позитивистских концепций в современном постсоветском юридическом позитивизме. Выделим два важных аспекта проблемы.

Первый аспект – это проблема глобального и локального. Несмотря на, казалось бы, интеграцию и глобализационные процессы, дающие возможность изучать право любой

¹⁷ *Haack S* On Logic in the Law: 'Something, But Not All'. P. 1–31.

¹⁸ *Булыгин Е. В.* Бог, свобода и детерминизм // Альчуррон К. Э., Булыгин Е. В. Нормативные системы. С. 223–233.

правовой школы и защищать диссертации по представителю любой страны, современная теория права разворачивается в поле различных языков, различных теоретико-правовых дискурсов. Разграничительные линии этих дискурсов проходят как по линии национальных школ, так и по линии доктринальных направлений. У различных дискурсов есть, конечно, точки соприкосновения, однако исходные посылки понимания права и правовой реальности все же принципиально различны. Мы об этом кратко уже писали применительно к характеристике понимания в перспективе различного понимания правовой онтологии¹⁹.

Полагаем, что это также важнейший вопрос правовой эпистемологии, и особенно он важен сегодня для русскоязычного правоведения, которое все больше знакомится с западными концепциями. Наличие постсоветской правовой школы юридического позитивизма, несмотря на возможность свободного заимствования и обмена идеями, еще не делает постсоветский юридический позитивизм гомогенным с английской позитивистской школой. Каждая научная традиция имеет свой багаж познавательных средств и инструментов, более или менее устоявшийся и связанный с местной, материнской юридической практикой. Поэтому странной будет выглядеть попытка с багажом своих понятий и

¹⁹ Павлов В. И. Человек юридический в контексте современной юриспруденции: о возможности актуализации российского философско-правового дискурса в рамках антропологического подхода к праву // Труды Института государства и права РАН. 2020. № 5. С. 11–14.

категорий из одного дискурса войти в пространство другого дискурса. Всегда требуется операция некоторой *методологической настройки, калибровки* юридического языка. Например, очевидно, что с методологическим инструментарием советского юридического позитивизма (с основными понятиями и категориями, сложившимися представлениями о правовых явлениях и т. д.) будет сложно работать в современных версиях английской аналитической традиции в праве.

Второй аспект также связан с методологическим инструментарием, однако он касается в большей степени политики права и правовой идеологии. Несмотря на то, что в западной правовой науке существует множество подходов к постановке и решению проблем правовой теории, это само по себе еще не означает, что эти подходы следует рассматривать в качестве эталона, а метаязык этих подходов принимать в качестве теоретико-правовой основы, как и саму теоретико-правовую проблематику и способы ее постановки. Недавно на одном научном мероприятии²⁰, где присутствовали не только теоретики и философы права, но и представители от-

²⁰ Всероссийский круглый стол с международным участием на тему «Институт наказания в праве и правовой мысли: теоретико-методологические и прикладные аспекты», организованный кафедрой теории и истории государства и права Самарского юридического института Федеральной службы исполнения наказаний (26 февраля 2021 г., в режиме видеоконференцсвязи). Доклад С. Н. Касаткина на тему «Факультативность санкции как элемента юридического правила: аргументация Г. Харта».

раслевых юридических наук, у последних возникли проблемы с пониманием того, почему коллега-теоретик использует термин «правило» (доклад был по концепции Г. Харта), а не привычное понятие «правовая норма», хотя речь шла о конкретных отраслевых нормах. И дело здесь даже не в том, что специалисты отраслевых наук не знакомы с теорией норм Г. Харта, а в том, какова сама прагматика переключения на регистр языка другого дискурса в рамках своей традиции. Такое переключение всегда должно быть обоснованным и иметь теоретическую и/или практическую полезность.

В связи со вторым аспектом интересно и такое наблюдение: русскоязычные правоведы-теоретики права (в меньшей степени философы и логики, также занимающиеся этой проблематикой), входящие в дискурс современного юридического позитивизма, по сравнению с западными коллегами находятся, на наш взгляд, в определенном смысле в более выгодной методологической позиции. Как правило, процесс юридического образования, а значит и мышление практикующих юристов, и научное мышление формируются на базе постсоветской правовой традиции. В юридических вузах России, Беларуси, Украины учебная литература по теории права в основной своей массе написана в русле позитивизма. Поэтому русскоязычные теоретики имеют возможность сопоставить два дискурса, почувствовать не только различие масштабов, но и различие культурно-исторических традиций, стоящих за юридическими дискурсами.

Западные же правоведы, как правило, работают только в рамках своего дискурса, они не знакомы, либо слабо знакомы с традицией формирования советской правовой науки и с современной русскоязычной теорией и философией права. Мы не говорим сейчас о политике права и идеологическом наполнении юридических дискурсов – речь идет именно о догме права, об инструментальном языке права, т. е. исключительно о его операциональных свойствах. Поэтому, полагаем, нужно очень аккуратно относиться к прямому переносу конкретных понятий и категорий: например, из традиции английского юридического позитивизма в русскоязычный позитивистский дискурс. Тем более, когда речь идет о практической направленности юридического исследования – в первую очередь, отраслевого исследования. Для характеристики вышеуказанного приведем несколько примеров, демонстрирующих понятийно-категориальную разницу между западной и русскоязычной традициями юридического позитивизма.

В русскоязычной теории права сформировалась традиция понимания реализации права через выделение четырех ее форм – соблюдения, исполнения, использования, применения. Как известно, этот подход был выработан в ходе дискуссии на страницах «Советского государства и права» в 1954–1955 гг. (еще раз оговоримся, что сейчас мы ведем речь только лишь о технико-инструментальных аспектах права). Несмотря на то, что эта схема несколько условна и имеет

свои недостатки, она является устоявшейся. В современной же западной аналитической традиции то, что мы именуем реализацией права, понимается по-иному. Так, Е. В. Булыгин под соблюдением правовых норм (права) понимает исполнение юридических обязанностей, а под применением правовых норм – «вынесение решений об осуществлении актов принуждения (санкций) и исполнении таких решений»²¹. Разумеется, что эти теоретические понятия встроены в общеправовой дискурс аргентинского правоведа и в аналитическую традицию как таковую.

Различия касаются и других вопросов, например, понимания правовой нормы. Е. В. Булыгин, равно как и многие другие представители современного позитивизма, различают норму и нормативное предложение. Под правовой нормой понимается директива, прескриптивное высказывание-команда, а под «юридическим правилом» или нормативным предложением – дескриптивное высказывание, т. е. не команда в смысле нормы²². Схожую позицию занимает Г. Харт, выделяя «первичные правовые нормы» – собственно правовые нормы, и «вторичные правовые нормы» – так называемые непредписывающие, понятийные юридические правила (правила о правилах).

Такому деонтическому различию в русскоязычной юрис-

²¹ Булыгин Е. В. Понятие действенности // Известия вузов. Правоведение. 2016. № 4. С. 18.

²² Там же. С. 23.

пруденции в точном смысле нет соответствий, хотя и здесь можно усмотреть определенную корреляцию. М. В. Антонов отмечает, что деление на основании положения Г. Х. фон Вригта правовых положений на правовые нормы как предписания и на «нормативные предложения» коррелируют с соотношением нормы как правила поведения и его текстуального выражения, принятым с русскоязычной юриспруденции²³ (хотя, кажется, такая аналогия не всегда будет верной).

К этой же проблеме соотношения понятий относится и вопрос о структуре правовых норм и соотношения ее логических элементов со структурными частями текста, например, такого источника права, как нормативный правовой акт²⁴. Либо же понимание адресности правовой нормы, когда идет дискуссия относительно ее понимания (в позитивистском прочтении нормы как приказа о применении санкции – это суд и судья, иной правоприменительный орган). Или же положение о «правиле замыкания» («все, что юридически не запрещено, дозволено»²⁵, на примере древнеримского принципа «*Nullum crimen sine lege*»²⁶), как оно понимается в концепции Е. В. Булыгина. Ведь о нем можно вести речь как о принципе построения правовой системы, либо говорить о

²³ Антонов М. В. Несколько вводных слов о «Действенности права» Е. В. Булыгина // Известия вузов. Правоведение. 2016. № 4. С. 12–13.

²⁴ Альчуррон К. Э., Булыгин Е. В. Нормативные системы // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 357.

²⁵ Там же. С. 404–409.

²⁶ Там же. С. 422–424.

нем как о системном свойстве права. Либо же понятие «полутени» в концепции Г. Харта, которое можно соотносить с оценочными понятиями в русскоязычной правовой теории.

Еще один пример – понятие «правопорядка» в аналитической юриспруденции (как указания на совокупность норм, являющихся валидными в соответствии с критериями установления²⁷), либо, по-другому – «динамической правовой системы», которое можно сопоставлять с традиционным понятием «системы права», в котором «система» также может рассматриваться как в той или иной степени целостное множество норм с присущим ему динамизмом (включая сюда и понятие юридической практики)²⁸.

В связи с этими и другими примерами, которые можно приводить и дальше, следует еще раз отметить, что язык каждого дискурса обладает своими особенностями и нужно перепроверять его на наличие понятийно-категориальных коррелятов. Этим вводным методологическим замечанием мы хотели показать, что, во-первых, сегодня существует многовариантность юридических дискурсов со своими разграничительными линиями, которые основаны на историко-культурной традиции формирования той или иной правовой системы и традиции юридической мысли. И, во-вторых, что вхождение в другой дискурс и традицию долж-

²⁷ Там же. С. 368.

²⁸ Булыгин Е. В. Логика и право // Булыгин Е. В. Избранные работы по теории и философии права. СПб.: Алет-Пресс, 2016. С. 77.

но быть корректным и преследовать определенную юридическую прагматику, связанную с тем, что мы отказываемся от устоявшей терминологии и вводим новую терминологию из другого дискурса с целью выявления новых аспектов правовой реальности, достигая при этом конкретных целей правового познания.

3. Юридический позитивизм в контексте эволюции концепции Г. Кельзена

А. А. Краевский в диссертации о современном юридическом позитивизме дает его следующее обобщенное определение: «юридический позитивизм – направление философии права, которое (1) отрицает необходимую концептуальную связь между правом и моралью, а также целесообразность её установления, (2) считает вопрос о том, что является правом и что им не является, вопросом социального факта, (3) исходит из того, что методология юридической науки не позволяет познать объективно правильное естественное право или мораль, поскольку (4) [юридический позитивизм] основывается на анализе фактов и не обращается к метафизическим вопросам»²⁹. Исследователь также отмечает, что «тенденцией современного юридического позитивизма является включение в теоретический анализ социологи-

²⁹ Краевский А. А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и современный юридический позитивизм: автореферат дис... канд. юрид. наук. Москва, 2014. С. 7.

ческих проблем действительности правовых норм, а также проблем восприятия нормы индивидуальной психикой. Данную тенденцию можно проследить в поздних работах Г. Кельзена, а также в работах А. Росса, представителей институционального юридического позитивизма, а также оксфордской школы»³⁰.

Не будем останавливаться на характеристике различных направлений юридического позитивизма, которые достаточно подробно описаны в современной литературе. Представляется важным только обратить внимание на исторические судьбы позитивизма в XX столетии на примере эволюции взглядов крупнейшего правоведа позитивистской школы Г. Кельзена. Рассмотрим лишь некоторые аспекты чистого учения о праве, в особенности в части эволюции взглядов австрийского правоведа, которая произошла после Второй мировой войны в американский период его творчества. Иногда взгляды Г. Кельзена рассматривают на основании первого издания «Чистой теории права» 1934 г., в то время как сам мыслитель, как будем показано далее, серьезно изменил свои взгляды на нормативизм.

Концепция Г. Кельзена основывается на неокантианском делении реальности на сущее и должное, на мир фактов, природы, фактической реальности, где действует причинность, – и мир нормативности, долженствования. Суть правовой нормы, по Г. Кельзену, заключается в особом прин-

³⁰ Там же. С. 8–9.

ципе вменения, долженствования, которым нечто предписывается с позиции причинно-следственной связи между фактами. Иными словами, «предметом юридического познания является мысленно реконструируемый механизм вменения, который объясняет механизм правового нормирования фактических отношений через особый модус долженствования»³¹.

Нередко подход Г. Кельзена описывается как противопоставление так называемым эссенциалистским концепциям в праве – концепциям, устанавливающим «сущность» права через «умозрительное теоретизирование»³². Однако следует иметь в виду, что таким образом понимаемый эссенциализм присущ именно позитивистскому прочтению этого положения, поскольку общефилософское понимание эссенциализма несколько иное. Оно основывается на понимании сущности как «чтойности», т. е. формы обнаружения «главного» через формулирование понятия, собранного из наиболее общих свойств сущего³³. Такое понятие сущности (как одно из его пониманий) впервые было введено Аристотелем

³¹ Антонов М. В. Чистое учение о праве против естественного права? // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб.: Алеф-пресс, 2015. С. 35. Подробное изложение концепции Г. Кельзена в ее эволюции см. в этой работе М. В. Антонова.

³² Там же.

³³ См. об эссенциализме применительно к правовой проблематике в нашей работе: Павлов В. И. Проблемы теории государства и права: учебное пособие. Минск: Академия МВД, 2017. С. 69–73.

и, кстати, теснейшим образом было связано именно с логикой Стагирита³⁴. И напротив, неэссенциалистские, несущностные концепции построены на идее о том, что любые явления мира, связанные с человеком, в том числе и право как средство упорядочения человеческого поведения, не могут быть корректно познаны посредством поиска его «сущности» (что, однако, не связано с отрицанием логики).

³⁴ Аристотель первым придал понятию «сущность» («οὐσία») особый статус. Как отмечает А. Е. Смирнов, «οὐσία явится прямой предшественницей субъекта и субстанции от схоластики до Нового и новейшего времени» (Смирнов А. Е. Процессы субъективации: теоретико-методологические аспекты. Иркутск: НЦ-РВХ СО РАМН, 2011. С. 30). В «Метафизике» Аристотель обосновывал введенное им понятие – сущность должна выступать как общий субстрат, выражающий сущее в его сущности: «вопрос, который издревле ставился и ныне постоянно ставится и доставляет затруднения, – вопрос о том, что такое сущее, – это вопрос о том, что такое сущность» (1028b) (Аристотель. Метафизика // Сочинения в четырех томах. Т. 1. Ред. В. Ф. Асмус. М.: Мысль, 1976. С. 188). Аристотель наделяет сущность важнейшим для всей последующей европейской философской традиции значением: сущность является нередуцируемым ядром сущего. *Онтология*, таким образом, для Стагирита выступает *наукой о сущности сущего* (Керимов Т. Х. Бытие и различие: генеалогия и гетерология. М.: Акад. Проект, Фонд «Мир», 2011. С. 24), равно как и антропология может быть рассмотрена как выяснение сущности такого сущего, как человек. Сущность есть принцип максимальной общности, обнимающий собой весь порядок вещей в системе Стагирита, в том числе и порядок антропологический (Хоружий С. С. Человек Аристотеля // Фонарь Диогена. Критическая ретроспектива европейской антропологии. М.: Ин-т философии, теологии и истории св. Фомы, 2010. С. 11). Введение «οὐσία» в истории мысли позволило обрести онтологический фундамент всем системам знания, который в XX столетии будет назван онтотеологическим: отныне «из других родов сущего только οὐσία обладает статусом самостоятельного существования, только оно содержится в любом определении, только через него мы познаем что бы то ни было» (Смирнов А. Е. Процессы субъективации. С. 31).

Позитивизм, в свою очередь, связан с обнаружением того, что именуется «сущностью права», которую он, в отличие от других правовых концепций, видит не в метафизическом (социологическом, психологическом и любом ином факторе), а в четком понятии права. Когда в позитивизме речь идет о сущности права то, как правило, всегда речь идет о выявлении сущности *понятия* права, т. е. применительно к праву его наиболее общие свойства как сущего устанавливаются путем логического анализа понятий. Ниже это будет продемонстрировано на примере концепции Е. В. Булыгина. В связи с этим критики Г. Кельзена замечали, что его правовое учение, как и юснатурализм, также основано на метафизических предпосылках неокантианской философии, представляя собой своего рода «логическое естественное право» (Ф. Зандер, Б. Хорват)³⁵.

Важнейшая идея Г. Кельзена – положение о *Grundnorm*, «основной норме» как высшей норме компетенции, которая введена австрийским правоведом в свою концепцию аксиоматически, т. е. как недоказуемая гипотетическая посылка. Как верно заметил М. В. Антонов, «она есть лишь мысленное условие для описания такого порядка под определенным углом зрения, то есть, с точки зрения непрерывной це-

³⁵ Антонов М. В. Чистое учение о праве против естественного права? С. 47. М. В. Антонов отмечает, что и сам Г. Кельзен еще в 1928 г. называл свою концепцию «трансцендентально-логическим естественным правом».

пи создания правовых актов»³⁶. Введение основной нормы было обусловлено трудностью связки мира фактов и мира норм, которая, как это часто бывает, возникает как обратная сторона одной из самых сильных характеристик концепции – логической четкости теории Г. Кельзена. В начале 1960-х гг. австрийский теоретик отказался от аксиоматического, т. е. метафизического характера основной нормы и признал ее волевое содержание, таким образом выведя свою концептуальную схему из мира должного в мир реальности, в мир фактов и человеческого бытия. Остановимся на этом моменте подробнее³⁷.

В 1962 г. в Зальцбурге состоялся международный симпозиум на тему «Естественное право в политической теории», двумя годами ранее вышло второе издание «Чистого учения о праве» Г. Кельзена. Симпозиум был связан с послевоенными статьями Г. Кельзена, посвященными видению юснатурализма с позиции нормативной теории права. Разумеется, вся проблематика вращалась вокруг конфликта нормативизма австрийского правоведа и находящегося на пике своей популярности юснатурализма, особенно в послевоенной Германии³⁸. Особый интерес для понимания судеб позитивизма представляют те шаги и уступки, которые Г. Кельзен сделал в конце своей жизни после трагических событий

³⁶ Там же. С. 43.

³⁷ Характеристику и ссылки на работы Г. Кельзена: Там же.

³⁸ Описание дискуссии: Там же. С. 90–102.

XX в. Последние касались и лично судьбы австрийского правоведа, ведь идея о том, что именно нормативизм послужил обоснованию национал-социализма и фашизма (наряду, как ни удивительно, с правовыми идеями К. Шмитта, а также и философией М. Хайдеггера) в послевоенной Германии была очень актуальна, несмотря на то, что сам Г. Кельзен, как уже отмечалось выше, пострадал он нацистского режима.

В своем основном докладе, описывая мышление Аристотеля и представителей эпохи Нового времени, Г. Кельзен обосновывал, что афинского философа нельзя относить к представителям юснатурализма. В естественно-правовых позициях представителей эпохи Нового времени (И. Канта, Г. Гроция и др.) он, напротив, видел религиозную подоснову. Хотя было общеизвестно, что Бог в теориях новоевропейских мыслителей используется как логическая причина для законов мира (деизм), а отдельных французских просветителей XVIII в. (Гольбах, Гельвеций, Вольтер) вообще можно отнести к представителям раннего атеизма.

Ученик Г. Кельзена Р. Марчич относительно критики своим учителем религиозно-метафизической посылки юснатурализма заметил, что таким же образом в чистом учении о праве была введена основная норма, а на ней зиждется и вся сфера должного, нормативности. В ответ Г. Кельзен признал ошибочность своей базовой идеи о метафизическом допущении существования основной нормы как независимого от реальности основания правопорядка и согласился с тем, что

сфера долженствования является коррелятом воли: «не может быть просто мысленных норм, — отмечал Г. Кельзен, — т. е. таких, которые являются смыслом актов мышления, а не смыслом актов волеизъявления»³⁹. Как отметил М. В. Антонов, это признание Г. Кельзена является наиболее выдающимся моментом симпозиума. И действительно, надо отдать должное научной порядочности, смелости и честности австрийского правоведа, который переформулировал базовую идею своей концепции. Тем не менее, дальнейшая дискуссия выявила и другие проблемы нормативизма. Так, возник вопрос о том, что основная норма, если признать ее обязывающий характер, в таком случае зиждется на основаниях естественного права. И Г. Кельзен согласился с этим: естественно-правовые посылки могут быть адаптированы в рамках чистого учения о праве, и тогда «концепция основной нормы вписывается в юснатуралистическое правопонимание»⁴⁰.

Кроме того, Г. Кельзен выступил против этики практического разума И. Канта, связав его с учением Фомы Аквината и концепцией Аристотеля. Ценным кажется замечание ученика Г. Кельзена Э. Фёгелина, который отметил вариативность способов обоснования деления права в европейской и восточных цивилизациях. Кроме того, Э. Фёгелин, критикуя разделительный тезис в концепции Г. Кельзена, утверждал, что если основная норма связана с актом воли, то значит в

³⁹ Там же. С. 95.

⁴⁰ Там же. С. 98.

нем обязательно проявляется и определенное этическое содержание, поскольку формулирование такого акта «предполагает определенный образ человека» (*Menschenbild*) – то, что Фёгелин называет «репрезентативной человечностью»⁴¹. Т. е. на уровне конструирования нормы законодателю необходим определенный образ «нормального» человека определенной культуры. Г. Кельзен отчасти согласился с критикой оппонента в части природы международного права, признав, что нормы международного права формируются на основе модели человека западно-христианской цивилизации.

В связи с принципиальным изменением позиции Г. Кельзена в 1950–1960-х гг. сложно согласиться с точкой зрения ведущего русскоязычного исследователя творчества Г. Кельзена М. В. Антонова о том, что в годы эмиграции с позиции мировоззренческой базы корректировка взглядов австрийского правоведа носит вторичный характер относительно его довоенных позиций⁴². Как показала вышеупомянутая дискуссия на конгрессе 1962 г., хотя Г. Кельзен и отстаивал ряд прежних позиций, но те, которые он изменил, принципиально влияют всю конфигурацию его концепции.

Тем не менее, основные посылы Г. Кельзена, сформулированные им в полемике с разными оппонентами в различные периоды его деятельности, начиная с О. Эрлиха и

⁴¹ Там же. С. 100.

⁴² Антонов М. В. Ганс Кельзен (1881–1973): основные вехи интеллектуального пути. С. 5.

К. Шмитта в довоенный период и заканчивая дискуссиями 1960-х гг., очень важны для понимания интенции разработки «чистого учения о праве» и аналитической теории права в целом. Признание Г. Кельзенем условного характера идеи разделения властей как принадлежавшей либеральной философии при обосновании им идеи конституционного надзора (в полемике с К. Шмиттом), либо обоснование им модели правовой демократии не через юснатурализм, а через учение о правовом должествовании, были продиктованы достойными стремлениями. Однако не всегда практика реальной государственно-правовой жизни подтверждала верность таких методологических решений.

4. Непозитивистские концепции К. Коссио и Л. Рекасенса Сичеса

В связи с общепризнанным вкладом концепции Е. В. Булыгина в развитие современного мирового позитивизма представляется интересным проанализировать, как в Аргентине зародилась аналитическая традиция и на фоне какой интеллектуальной среды в латиноамериканской юриспруденции она формировалась.

В середине XX в. ведущие позиции в аргентинской общеправовой теории и философии права занимал крупнейший теоретик и философ права Карлос Коссио, разработ-

чик оригинальной теории права – эгологии права⁴³. Именно К. Коссио возглавлял кафедру философии права в университете Буэнос-Айресе (с 1948 г.), причем А. Л. Хиоха, будущий лидер аналитической традиции и старший коллега Е. В. Булыгина, первоначально был учеником К. Коссио. Кроме А. Л. Хиохи, учениками К. Коссио были такие правоведы, как Хулио Сезар Куэто Руа, Хенаро Каррио, Хосе Виланова, Даниэль Херрендорф, Энрике Афталион и Карлос Спини, которые сформировали «Аргентинскую юридическую школу» преимущественно в феноменологической традиции.

После подъема популярности позитивизма в начале XX в. начиная примерно с 1920-х гг. в Латинской Америке начинается критическое переосмысление логико-нормативного аспекта права. В Мексике возобладала историческая онтология права, ориентированная на учет в правовом анализе истории правовой традиции и правовых идей конкретного региона⁴⁴. В Аргентине в 1940-х гг. К. Коссио с учениками на-

⁴³ О концепции К. Коссио в контексте антрополого-правовых воззрений мы писали в работе: *Павлов В. И.* История антропологии права // Социокультурная антропология права. Коллективная монография / Под ред. Н. А. Исаева, И. Л. Честнова. СПб.: Алеф-Пресс, 2015. С. 74–77. Впервые представленная в 1941 г., концепция юридической эгологии К. Коссио получила широкое распространение в испаноязычной философии и теории права 1940–1970-х гг. XX в.

⁴⁴ *Павлова Н. Г.* Эволюция мексиканской правовой мысли // Вестник РУДН. Сер. Юридические науки. 2005. № 2 (18). С. 74–80.

чал полемику с Г. Кельзеном⁴⁵ (интересным является изучение этой полемики сегодня, что составляет предмет самостоятельного исследования).

В 1955 г., после военного переворота во главе с Э. Лонарди и прихода к власти новых политических сил неолиберальной ориентации⁴⁶, К. Коссио был вынужден оставить кафедру и уйти в оппозицию из-за своей терпимой позиции к политике свергнутого президента Х. Перона и из-за критики, которую К. Коссио адресовал новым правым неолиберальным политическим силам. В Аргентине перонизм рассматривался правящими кругами как своего рода альтернатива неолиберализму, но при неприятии коммунизма. Основными идейными столпами перонизма были социальная справедливость, экономическая независимость страны и ее политический суверенитет, а также построение модели корпоративного государства. В либеральных кругах перонизм воспринимался как авторитарная идеология.

К. Коссио разработал свою концепцию юридической эго-

⁴⁵ Г. Кельзен в 1949 г., а также и позднее посещал Уругвай и Аргентину, где и началась дискуссия с К. Коссио, отразившаяся в ряде работ аргентинского правоведа: *Cossio C* 1) *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad*. Buenos Aires, 1944; 2) *Cómo ve Kelsen a la Teoría Ecológica del Derecho?* // *Revista Jurídica la Ley*. 31.12.1948. Также см. по вопросу: *Gassner M, Olechowski T, Pettoruti C E Teoría Ecológica del Derecho versus Teoría Pura del Derecho – Cossio Versus Kelsen* // *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. 2014. P. 293–306.

⁴⁶ Казаков В. П. Политическая история Аргентины XX века. М.: Высш. шк., 2007. С. 97–106.

логии на основе нескольких методологических составляющих: феноменологической методологии Э. Гуссерля, герменевтики М. Хайдеггера и экзистенциальной философии Ж.-П. Сартра. Им также были использованы некоторые идеи И. Канта, а также и чистого учения о праве Г. Кельзена. По К. Коссио, право «дается в опыте», существует во времени и имеет ценностный аспект, определяющий поведение человека.

Принимая основы нормативной теории в части иерархического порядка норм, К. Коссио, тем не менее, был против неокантианской посылки о мире долженствования как автономной и независимой от бытия сферы. В центре концепции правоведа – человеческое поведение, рассматриваемое в феноменологическом, а не неокантианском ключе. К. Коссио анализирует функционирование права через действие лица в праве посредством понятий правового опыта («правовой интуиции»), свободы, самопознания, правовой жизни (жизненного плана) и др.⁴⁷ Основной недостаток неокантианской установки Г. Кельзена К. Коссио видит в неразличении научного чисто аналитического постижения права и его постижения в актуальной правовой жизни обычным человеком или юристом-практиком⁴⁸.

⁴⁷ Подробно см.: Коссио К. Интуиция, мышление и знание в сфере права // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. С. 407–428.

⁴⁸ «Высказывание юриста [ученого] обращено к интеллектуальной сфере, в то время как формулируемая судьей норма – к волевой» (Там же. С. 428).

Можно сказать, что дискурс К. Коссио антропоцентричен. Однако правовед не отрицает нормативной значимости юридических правил, соединяя нормы и факты в человеческом действии, в фигуре субъекта права⁴⁹. Интересно отметить, что в полемике с Г. Кельзенем, защищая свою концепцию эгологии, К. Коссио подмечал капиталистическую направленность позитивистской традиции, что, видимо, было связано с устранением ценностного, культурно-исторического разнообразия мира при нормативистском правопонимании.

Другим латиноамериканским правоведом, концепция которого находилась в оппозиции позитивистской традиции, был Л. Рекасенс Сичес – мексиканский правовед и профессор многих испанских университетов, в частности, Мадридского университета. Рекасенс Сичес разработал так называемую «рационалистическую концепцию право-понимания», основной смысл которой состоит в понимании права через осмысление сознанием лица, субъекта права (судьей) и рождение правового смысла⁵⁰. В методологическом отношении концепция Рекасенса Сичеса основывается на философии Х. Ортеги-и-Гассета.

Для Рекасенса Сичеса правовая реальность выражается

⁴⁹ «И факт, и норма находят положенное им место в тождестве человеческого действия, образованном посредством видения действия как интегрированного через имманентное самопознание, обладающего нормативной природой» (Там же. С. 425).

⁵⁰ *Recasens Siches L 1) Nueva filosofía de la interpretación del derecho. Mexico, 1956; 2) Tratado general de filosofía del derecho. Mexico, 1959.*

в объективированной правовой жизни человека. Судья и есть главный субъект юридической рациональности, когда он толкует норму права. Он субъект, прежде всего, оценочного, а не логического суждения, однако оценочного суждения в рамках правовой нормы. Логика судьи – это жизненная логика, основывающаяся на норме, однако включающая в себя и личностные оценочные содержания судьи, которые он извлекает из конкретной ситуации и правопорядка, в котором он работает.

Таким образом, и К. Коссио, и Л. Рекасенс Сичес в своих концепциях противопоставили позитивизму конкретно-историческое, культурное, антропологические и иные элементы права.

5. Логический позитивизм

Е. В. Булыгина: формирование и содержание концепции

Во второй половине XX в. юридический позитивизм переживает новый виток развития, связанный, прежде всего, с разработкой современной логики. Интерес к аналитической традиции в Аргентине и других странах Латинской Америки, как и во всем мире, был связан с концепцией Г. Кельзена, в основном – с его работой «Чистое учение о праве», которая вышла в свет в 1934 г.

Также огромное влияние на развитие позитивистских

идей во второй половине XX в., о чем уже упоминалось выше, оказала английская юриспруденция, прежде всего, Оксфордская школа права во главе с Г. Л. А. Хартом. Как отмечают М. В. Антонов и Е. Н. Лисанюк, аргентинская школа логического позитивизма сформировалась в кружке единомышленников – Э. Рабосси, Е. В. Булыгина и Г. Каррио. Эти правоведы вместе проходили стажировку в Оксфорде⁵¹. Именно оксфордская аналитическая философия права во многом повлияла на взгляды в том числе и Е. В. Булыгина.

Кроме того, политические предпочтения данных ученых, связанные с неприятием ими перонизма, также провели разграничительную линию между ними и школой К. Коссио. Ведь именно в работах Г. Кельзена и других позитивистов, несмотря на вышеупомянутые идеи о влиянии нормативизма на укрепление немецкого национал-социалистического режима XX в., неоднократно звучала мысль о том, что точное следование праву в рамках позитивистской традиции усиливает гарантию против политического произвола и авторитарных тенденций.

На сегодняшний день концепция Евгения Викторовича Булыгина выступает одной из ведущих логико-позитивистских правовых теорий не только в Аргентине, но и во всем мире. Е. В. Булыгин, уроженец советского Харькова

⁵¹ Антонов М. В., Лисанюк Е. Н. Нормативные системы в теории права и логике норм // Альчуррон К. Э., Булыгин Е. В. «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2013. С. 5.

(1931 г.), вследствие эмиграции своей семьи в послевоенный период оказался в Аргентине. Ученый начал формироваться на юридическом факультете университета Буэнос-Айрес, куда поступил в 1953 г. Годы его учебы как раз пришлись на военный переворот и отстранение от власти Х. Перона. Как отмечалось выше, именно в 1955 г. К. Коссио с группой учеников был вынужден оставить кафедру университета Буэнос-Айреса. В это же время началась смена направления развития аргентинского правоведения в университете – от феноменолого-ориентированной, связанной с непозитивистскими направлениями, к позитивистской философии права. Вероятно, это повлияло на взгляды начинающего исследователя Е. В. Булыгина.

Выше уже было отмечено, что аргентинский правовед с группой единомышленников прошел стажировку в Оксфорде: в 1968 году он получил стипендию Британского Совета и в течение года (1968–1969) проводил исследования в Оксфорде под руководством авторитетнейшего представителя аналитической философии права профессора Г. Л. А. Харта. После возвращения в Аргентину Евгений Викторович получил должность ординарного профессора и начал преподавать философию права в университетах Буэнос-Айреса (с 1971 г.) и Ла-Платы (1970–1980). После написания в 1971 г. совместно с выдающимся логиком К. Э. Альчурроном работы «Нормативные системы» логический позитивизм Е. В. Булыгина постепенно стал одной из ведущих

концепций аналитической философии права, а аргентинская школа логического позитивизма получила признание во всем мире.

Аналитическая правовая традиция и позитивизм в целом принципиально отличаются от других правовых концепций в самых своих основаниях – в исходных представлениях о правовой реальности. Как уже отмечалось выше, классический юридический позитивизм, прежде всего, концепция Г. Кельзена, основывается на неокантианском положении (в версии Марбургской школы) о строгом различении реальности на мир должного и мир сущего. Другие подходы в рамках аналитической традиции хотя и не следуют строго указанному неокантианскому положению, но тем не менее рассматривают правовую реальность прежде всего посредством логических правил, опосредованных языком, т. е. представляют ее как «отображение правовой реальности в юридическом языке»⁵². Право, таким образом, и все, что с ним связано, познается прежде всего через логическое понятие о нем.

Каждая теоретико-правовая, а тем более философско-правовая концепция основывается на определенной философской концепции либо их совокупности. Концепция Е. В. Булыгина базируется на достижениях современной логики, т. е. на идеях тех мыслителей, которые разрабатывали эти вопросы. Прежде всего это Л. Витгенштейн, Г. Фре-

⁵² Дидикин А. Б. История и методология аналитической юриспруденции: учебное пособие. М.: Проспект, 2020. С. 133.

ге, Б. Рассел, Р. Карнап, А. Тарский, Г. Х. фон Вригт, У. В. О. Куайн. В принципе, ряд этих мыслителей является методологическим основанием для всей позитивистской традиции второй половины XX столетия.

Подход Е. В. Булыгина можно называть «логическим позитивизмом»⁵³. Прежде всего, это связано с методологическим основанием концепции аргентинского правоведа – таковым выступает деонтическая логика Г. Х. фон Вригта. Разумеется, логико-позитивистская позиция правоведа не могла не сказаться на отрицательном восприятии им феноменологического направления школы К. Коссио и всех непозитивистских направлений. В одной из своих статей Е. В. Булыгин пишет: «...философы могут быть разделены на две группы: здравомыслящие философы, которые используют четкий и выверенный язык, и философы-визионеры, в работах которых преобладают расплывчатые метафоры и наблюдается недостаток четкости. Наиболее показательными примерами философов из второй группы являются Гегель и Хайдеггер»⁵⁴. Видимо не случайно нелюбовь к Э. Гуссерлю, со взглядами которого Евгений Викторович познакомился через профессора А. Л. Хиоху, проявилась сразу: это было мировоззренческое предпочтение, первичная личностная уста-

⁵³ Антонов М. В., Лисанюк Е. Н., Максимов С. И. Предисловие редакторов-составителей // Булыгин Е. В. Избранные работы по теории и философии права. Спб.: Алеф-Пресс, 2016. С. 6.

⁵⁴ Булыгин Е. В. Мое видение рациональности права // Известия вузов. Правоведение. 2015. № 5. С. 19–20.

новка, которая всегда стоит за философско-правовой позицией любого мыслителя.

У Е. В. Булыгина имелось множество собственных аспектов понимания права и его составляющих в связи с логической методологией, с системой деонтической логики. Как не раз подтверждал сам правовед, во многом это стало возможно благодаря тесному сотрудничеству и дружбе с логиком К. Э. Альчурроном. Кратко остановимся на нюансах использования деонтической логики в концепции Евгения Викторовича.

Е. Н. Лисанюк, характеризуя взгляды Е. В. Булыгина, отмечает нюансы использования деонтической логики в концепции аргентинского правоведа. Исследователь обращает внимание на то, что применительно к пониманию концепции Е. В. Булыгина оказывается важным *отличие логики норм от деонтической логики*, которое выражается в том, что логика норм рассматривает содержательные аспекты структуры нормы – выполняется или не выполняется она агентом, как агент представляет норму, каковы последствия приложения нормы к ситуации⁵⁵. Деонтическая логика эти вопросы не исследует. Различие может выражаться также в том, что в логике норм последние могут исследоваться не только в качестве элементов нормативных систем (например, права, понимаемого как нормативная система, как у Е. В. Булыги-

⁵⁵ Антонов М. В., Лисанюк Е. Н. Нормативные системы в теории права и логике норм. С. 22.

на), но и в их влиянии на поведение людей (т. е. права, понимаемого не только как системы норм, но и как юридической практики).

Кроме того, при анализе деонтической логики и логики норм важно учитывать концепцию, в рамках которой и на основании которой строится логика. Например, в экспрессивной концепции логики норм нормативный характер возникает из особых условий произнесения высказываний, включающих социальные, лингвистические, коммуникативные и другие личностные, «авторизованные» аспекты⁵⁶. В гилетической же концепции логики все эти содержания рассматриваются в качестве особой логической умозрительной сущности: здесь не может быть никакой авторизации. Поэтому, как отмечает Е. Н. Лисанюк, некоторые аспекты норм и особенности функционирования нормативных систем логически выразимы в теориях, создаваемых на основе экспрессивной концепции, но невыразимы в теориях, предлагаемых, например, в гилетической концепции⁵⁷.

К. Э. Альчуррон и Е. В. Булыгин в «Нормативных системах» принимают гилетическую концепцию норм, используя концептуалистский⁵⁸ или родственный ему номиналист-

⁵⁶ Там же. С. 23–24.

⁵⁷ Там же. С. 23.

⁵⁸ Концептуализм постулирует существование концептов, представляющих собой не предикатные выражения, не реальные свойства или отношения, но когнитивные способности или структуры, основанные на подобных способностях, чья реализация в мышлении придает нашим ментальным актам предикативную или

ский (а не реалистский) подход к онтологическому статусу норм, т. е. рассматривая их, а также факты, ими описываемые, сугубо как умопостигаемые сущности. Эта проблематика уходит своими корнями в средневековые схоластические теории номиналистов и реалистов, а также в концептуализм П. Абеляра⁵⁹. Как поясняет Е. Н. Лисанюк, в концепции Е. В. Булыгина (в «Нормативных системах») «случаи представлены через высказывания – мысленные описания положений дел... для того, чтобы сконструировать нормативное множество, из которого можно логически вывести норму или решение, специальным образом моделируются эмпирические обстоятельства такого решения – Универсум Свойств и Универсум Случаев, состоящий из сочетаний свойств, имеющих в Универсуме Свойств»⁶⁰. При таком подходе, разумеется, деонтическая логика ограничивает исследователя в познавательных средствах относительно выражения действий различных агентов на основании норм, выполнением либо невыполнением нормы и причин такового и т. д.

Логический позитивизм аргентинского правоведа основывается на *трех базовых положениях правового позитивизма* – это разделительный тезис, тезис о социальных источ-

референциальную природу.

⁵⁹ См.: Абеляр П. Теологические трактаты.

⁶⁰ Антонов М. В., Лисанюк Е. Н. Нормативные системы в теории права и логике норм. С. 25.

никах права и тезис о дискреционности судебных решений. Как уже отмечено выше, право при таком подходе преимущественно рассматривается в логическом ключе. В статье «Понятие действенности» Е. В. Булыгин специально делает оговорку: «нет нужды подчеркивать, что здесь речь идет исключительно об аналитическом вопросе, который ограничивается уточнением границ понятия и не претендует на проведение эмпирического исследования социальной реальности»⁶¹. Теория Е. В. Булыгина основывается на положении о том, что «объективная действительность тождественна истинности»⁶², или, если сказать по-другому, реальность – «то, что есть», – рассматривается сквозь призму логического анализа. Вместе с тем, имеется отсылка к исследованию фактов (позитивистский тезис о социальных источниках права). Но факт в логическом позитивизме, если не брать в расчет социальные источники права, внутри концепции понимается через логику суждений, т. е. через логический анализ языка. *Классический разделительный тезис* в концепции Е. В. Булыгина, как и в любой позитивистской теории, занимает важнейшее место: он позволяет отграничить описание позитивного права от его оценки как справедливого или несправедливого. Из этого следует, что: а) право признается как этически нейтральный регулятор, б) отрицает-

⁶¹ Булыгин Е. В. Понятие действенности. С. 17.

⁶² Булыгин Е. В. Что такое правовой позитивизм // Булыгин Е. В. Избранные работы по теории и философии права. С. 40.

ся идея естественного права. Имеется ввиду признание автономного от социальной реальности характера права как системы норм, не связанной с ее этической оценкой, и в этом смысле право – это полностью искусственный инструмент. Как говорит сам Евгений Викторович, «право – нечто искусственное, в нем нет ничего естественного»⁶³. В отношении базовой посылки юснатурализма о существовании *объективного естественного права* как основы для оценки справедливости социальных институтов аргентинский правовед принимает позицию этического скептицизма, который он рассматривает как «определяющую черту правового позитивизма»⁶⁴. Естественное право, рассматриваемое Е. В. Булыгиным как система норм (базовых моральных прав человека), не может быть оценено как истинное либо как ложное⁶⁵, поскольку – в силу закона Юма – нормы принадлежат сфере долженствования, а не фактичности, а эти сферы взаимно друг из друга не выводимы. Правда, обратим внимание на то, что Е. В. Булыгин отождествляет объективность, абсолютность норм естественного права с их истинностью в логическом аспекте⁶⁶.

⁶³ Булыгин Е. В. Мое видение рациональности права. С. 21.

⁶⁴ Булыгин Е. В. К проблеме обоснования прав человека // Булыгин Е. В. Избранные работы по теории и философии права. С. 71.

⁶⁵ Там же.

⁶⁶ «Ясно, что если не имеется никаких абсолютных, объективно значимых либо истинных моральных норм, то не может быть также дано никаких абсолютных моральных прав человека» (Там же. С. 71–72).

Вместе с тем, Е. В. Булыгин признает права человека «в качестве требования или призыва к позитивному правопорядку, который ставится с точки зрения (позитивной) морали», и признает их только через позитивацию в законотворчестве национального права, либо же на уровне международно-правовых актов⁶⁷. Правовед допускает критику позитивного правопорядка на основе только позитивированных в источниках права прав человека, хотя вопрос об отказе объективному праву в правовом характере в логическом позитивизме решается отрицательно, либо просто не рассматривается. Т. е. главный аргумент юснатурализма о различии права и неправа не считается релевантным в концепции Е. В. Булыгина. Вместе с тем, представляется важной позиция мыслителя относительно отсутствия свойства юридической субстанциальности у естественных прав человека, что влечет необходимую трезвую оценку отсутствия всяких юридических гарантий реализации этих прав до их позитивного закрепления.

Повторим еще раз, что Е. В. Булыгин основывается на идее о том, что познание права должно осуществляться только через логический анализ концептуальной структуры языка: «Многие друзья и коллеги много раз спрашивали меня: «Почему логика? Почему бы не сосредоточить внимание на правовой реальности?» Ответ на указанные вопросы очень

⁶⁷ Там же. С. 72. К сожалению, не совсем ясно, что мыслитель понимает под «позитивной моралью».

прост: философия в целом и философия права в частности не занимаются преходящей реальностью... Философия изучает необходимые аспекты реальности, которые могут называться по-разному: идеи, категории, понятия или априорный синтез. Данная позиция подразумевает приверженность идее о том, что философия по своей сути является понятийным анализом»⁶⁸.

Итак, очевидно, что для Е. В. Булыгина правовая реальность есть логико-правовая реальность. Впрочем, как полагают М. В. Антонов и Е. Н. Лисанюк, полемизируя с критиками работы Е. В. Булыгина и К. Э. Альчуррона «Нормативные системы», в аналитическом позитивизме речь не идет о том, чтобы поглотить всю сферу права только логикой⁶⁹. В частности, М. В. Антонов полагает, что концепция Е. В. Булыгина всего лишь направлена на исключение из понятия права всего того, что не связано с позитивно-правовыми текстами, но не на выведение за пределы права как социального явления процессов правоприменения, судебного разбирательства, законодательствования, связанных со множеством факторов, изучение которых способно помочь выявить мотивы и причины принятия тех или иных юридически значимых решений⁷⁰.

⁶⁸ Булыгин Е. В. Мое видение рациональности права. С. 20.

⁶⁹ Антонов М. В., Лисанюк Е. Н. Нормативные системы в теории права и логике норм. С. 9–10.

⁷⁰ Антонов М. В. Эксклюзивный позитивизм и аргументативная теория права: к полемике между Е. В. Булыгиным и М. Атиензой // Известия вузов. Правоведение. 2010. № 1. С. 226–237.

Сам аргентинский правовед, отвечая на критику С. Хаак, отмечает, что логический анализ права не дает цельного представления о правовой системе, а только позволяет «уточнить понятие права и посредством этого привнести большую упорядоченность в наше понимание правовых явлений, тем самым углубляя его»⁷¹. Хотя, заметим, «понятие права» – это не так уж мало с позиции правового анализа, ведь от него зависят практически все иные аспекты правового представления. Очевидно, что концепция Е. В. Булыгина изначально построена на некотором самоограничении и, так сказать, метафизической посылке о том, что правовая реальность есть прежде всего реальность логико-нормативная.

6. Концептуальный аппарат концепции Е. В. Булыгина

Интересен *вопрос о юридических понятиях*, которые использует в своей концепции Е. В. Булыгин в плане их сопоставления с понятийно-категориальным аппаратом русскоязычного правоведения. Об этой проблеме уже упоминалось выше.

В «Нормативных системах» авторами используются юридические понятия и конструкции, которым есть соответ-

⁷¹ Булыгин Е. В. На что способна логика в праве: не на все, но на многое. Ответ Сьюзен Хаак // Булыгин Е. В. Избранные работы по теории и философии права. С. 446.

ствие и в советском/постсоветском правоведении. Например, «смысл, заложенный в норму законодателем», «восприятие смыслового значения правотворческого акта в юридической практике», «пробел в праве» и др. Если отбросить политико-правовое содержание советской правовой теории, а взять исключительно операциональный аспект, то содержательные взаимопересечения очевидны.

В этой связи нам кажется чрезмерной критическая оценка относительно юридического языка, разработанного в советском правоведении и использующегося в постсоветской правовой теории (например, применительно к понятию механизма правового регулирования)⁷². Если отбросить несколько искусственный характер теории механизма правового регулирования, разработанного С. С. Алексеевым, а посмотреть на его элементное строение, то мы увидим, что сами компоненты функциональны. Они же по содержанию используются и в концепции Е. В. Булыгина. Так, это касается учения о пробелах, коллизиях в праве, способах их разрешения и преодоления, об открытости системы права и ее запаздывании относительно социальных отношений и т. д.

Но что отличает советскую юридическую догму от деонтической правовой логики, так это рассмотрение нормативных элементов права в тесной связи с социально-правовыми явлениями, главное место среди которых в советском пра-

⁷² Антонов М. В., Лисанюк Е. Н. Нормативные системы в теории права и логике норм. С. 12–13.

воведении отводилось правоотношению как конструкции, построенной на базе фактического, общественного отношения. Это, по сути, те же критические аргументы, которые адресуются сегодня эксклюзивному (жесткому) юридическому позитивизму авторами как иных версий позитивизма, так и иных концепций право-понимания. Конечно, в советском правоведении не использовалась методология Л. Витгенштейна, а тем более деонтическая логика Г. Х. фон Вригта – в связи с общеметодологической деятельностью-практической установкой марксизма. Концепция Г. Кельзена подвергалась критике как раз именно за отрыв от материальных отношений, т. е. от бытия (в данном случае даже не важна сама концепция социального), в чем усматривался буржуазно-спекулятивный характер нормативной теории права⁷³.

В контексте идеи системы права и механизма правового регулирования одной из значительных разработок Е. В. Булыгина является *обоснование теории нормативной системы как системы локальных множеств правовых норм*. Следует отметить, что понимание системности не в аспекте единой системы права, а как множества норм, объединенных по конкретным группам локальных нормативных систем для разрешения юридических дел, есть не что иное, как проблематика судебного права, «права в действии». Ведь «Норма-

⁷³ Напр.: Пашиуканис Е. Б. Общая теория права и марксизм. Изд-е 3-е. М.: Изд-во Коммунистической академии, 1927. С. 12–15; Александров Н. Г. К критике пережитков буржуазной идеологии в определении права // Советское государство и право. 1948. № 10. С. 43–49.

тивные системы» в большей части ориентируются на описания конкретизации правил применительно к конкретным социальным фактам⁷⁴. И нужно признать, что у этого подхода есть значительное преимущество, особенно в аспекте развития аргументативных концепций права, что пока слабо выражено и развивается в русскоязычном правоведении.

Идея «нормативных множеств» и связанной с ней постоянной подвижности права очень продуктивна, она дает понимание реального правопорядка. Ведь формулирование нового правового смысла в конкретной ситуации, особенно когда этот смысл становится типовым правилом для принятия решений по другим делам, пусть он и определяется в процессе толкования, меняет нормативную систему в данном сегменте права. Другое дело, как это описание относится в целом к идее системности права в смысле связанности и иерархичности отраслей, институтов и норм.

Одной из ключевых проблем позитивизма, начиная с постановки этого вопроса Г. Кельзеном, является *проблема действенности и действительности правовых норм*.

Понятие действенности, или, если говорить в более привычной терминологии, – эффективности права (о нюансах различия этих понятий см. ниже) еще в концепции Г. Кельзена было признано необходимым и достаточным для обоснования действительности права, т. е. юридической валидности правовых норм. Для Е. В. Булыгина действенность

⁷⁴ Альчуррон К. Э., Булыгин Е. В. Нормативные системы. См.: Гл. V, п. 6.

нормы – то, что он называет «юстициабельностью» – заключается в ее применяемости судом. Соответственно, «когда некая норма не применяется, несмотря на наличие всех необходимых предпосылок, такое неприменение становится доказательством недейственности этой нормы»⁷⁵. Критерий проверки здесь – это наблюдение за фактическим поведением судей⁷⁶. Впрочем, следует иметь в виду, что понятие действенности правовых норм в позитивизме Г. Кельзена и современном логическом позитивизме, рассматриваемое наряду с понятием действительности, обозначает только фактическую силу норм как фактор, определяющий поведение людей. Оно предназначено для объяснения механизма воздействия норм на человеческое поведение. Однако в нем не ставится акцент на достигаемые таким взаимодействием цели, которые рассматриваются в других концепциях правопонимания со времен «позднего» Р. фон Иеринга.

Интересным является отношение Е. В. Булыгина к *проблеме объективности права*. Основываясь на четком различии правовых норм и правовых предложений⁷⁷, т. е. прескриптивных и дескриптивных юридических правил (на что указывалось выше), правовед отрицает объективность правовых норм: «для позитивизма не существует объективных

⁷⁵ Булыгин Е. В. Понятие действенности. С. 31.

⁷⁶ Там же.

⁷⁷ Alchourrón C E Logic of Norms and Logic of Normative Propositions // Logique et Analyse. 1969. № 47. P. 242–268.

(=истинных) правовых норм. Только правовые нормативные предложения (а не нормы) могут быть истинными»⁷⁸. В то же время ученый отмечает, что «из отрицания возможности объективной истинности правовых норм не следует, что право не объективно... поскольку его можно описать истинными нормативными предложениями»⁷⁹. Объективность права описывается в концепции аргентинского правоведа через истинность правовых предложений (не норм), откуда можно сделать вывод, что право в таком способе мышления о нем и есть система правовых предложений, а не норм, которые эти предложения описывают.

Но здесь возникает еще одно затруднение: не нормативные предложения, а нормы права в позитивизме опираются на социальные факты⁸⁰. В связи с этим кажется, что концепция правоведа нуждается в установлении более точного соотношения между понятиями норм и нормативных предложений в их отношении к понятию права в таком его аспекте как тезис о социальных источниках права, который является одним из центральных для юспозитивизма.

Следует также отметить, что различение правовых норм и нормативных предложений представляет практическое за-

⁷⁸ Булыгин Е. В. Что такое правовой позитивизм. С. 40.

⁷⁹ Там же. С. 41.

⁸⁰ Булыгин Е. В. Нормы и нормативные предложения: различие между ними и опасность их смешения // Булыгин Е. В. Избранные работы по теории и философии права. С. 88.

труднение для мышления юриста. Усугубляется ситуация тем, что «и нормы, и нормативные предложения могут быть сформулированы в одинаковых выражениях...»⁸¹. Традиционно, позитивисты аналитической традиции формулируют эту тему таким образом, что одно и то же внешнее выражение – например, запись правовой нормы в тексте – может быть воспринято либо как норма, либо как нормативное предложение из-за различного логического статуса нормы (предписывания) и нормативного предложения (описания, оценки).

Однако способен ли эти нюансы уловить практикующий юрист? Представляется, что он воспринимает запись нормы целостно и, в первую очередь, как адресованное ему предписание должного поведения (в случае типичной правовой нормы). Для субъекта права «путаницы» не происходит по той простой причине, что он даже не ставит вопрос о различии нормы и нормативного предложения. Практическое мышление, как правило, следует обычной юридической прагматике: а) каков правовой смысл нормы, т. е. что стоит за знаково-текстуальными обозначениями, воспринимаемыми лицом в контексте конкретной ситуации; б) следовать либо не следовать норме права.

⁸¹ Там же. С. 80.

7. Практические следствия для правоприменения

Важной проблемой в логическом позитивизме является *обоснование судебного решения*. Здесь следует еще раз подчеркнуть, что Евгений Викторович формулирует свою концепцию, отталкиваясь от судебного права, и выстраивает все проблемное поле концепции в перспективе судьи. В основе этого проблемного поля лежит логическое обоснование судебного решения, связанное с действенностью права⁸².

В континентальной традиции проблема вынесения правоприменительного решения связана не только и даже не столько с его логической обоснованностью, сколько с его целерациональностью. Одним из показателей того, что норма «действенна», является не только то, что она применяется на практике, но и то, что через ее применение достигается то, что называется «целью правового регулирования». Достижение цели правовой нормы, конечно, связано с множеством материальных и процессуальных элементов, в том числе и с дискрецией, делегированием законодателем судье, любому другому правоприменителю юридически значимых полномочий по конкретному выбору варианта поведения в рам-

⁸² Следует иметь ввиду, что Евгений Викторович обладал солидным судебским опытом: с 1986 по 2001 г. он работал судьей Национального апелляционного суда Аргентины (палата по гражданским и коммерческим делам).

ках нормы (как в ступенчатой структуре правоприменения у Г. Кельзена, где каждый судья формулирует индивидуальные нормы).

В логическом позитивизме связь с целью, т. е. с эффективностью обоснования и вынесения решения, судебного процесса не рассматривается. Абсолютный приоритет логического обоснования судебного решения приводит Е. В. Булыгина к признанию того, что «морально испорченный судья может выносить очень хорошо обоснованные решения...: судье приходится приложить усилия к тому, чтобы снабдить свое решение убедительным нормативным обоснованием»⁸³. Самым важным аспектом вынесения решения является строгость логического следования при применении правовых норм к фактам (субсумция), вне зависимости от иных факторов.

В связи с этим следует сказать, что в контексте развития русскоязычного общетеоретического правоведения интересно осмысление концепции Е. В. Булыгина и всей аналитической традиции в аспекте истории византийской правовой традиции. В XII в. во время расцвета схоластической логики на Западе в византийской мысли происходил разбор нового метода познания с выделением в нем положительных и отрицательных моментов с позиции социокультурного развития Византии⁸⁴. Основной проблемой для византийских интел-

⁸³ Булыгин Е. В. Понятие действенности. С. 27.

⁸⁴ См. по проблеме: Athanasopoulos C. Anti-Thomism in Byzantine Philosophy:

лектуалов была адаптация явно прогрессивного с позиции познания учения с возможностью сохранения традиционных основ культуры, которые основывались на восточно-христианской традиции. При этом в Византии, в отличие от Западной Европы, никогда не прерывалась система эллинистических школ и традиция изучения античных мыслителей, однако всегда существовала четкая граница между богословием и тем, что можно назвать средневековой наукой.

В связи с вопросом включения логики в правоведение важна и *проблема использования логического позитивизма в юридической практике*. Она заключена, с одной стороны, в самих основах логики как формальной системы, и, с другой – в специфичности актуального юридического мышления практика. Представляется в связи с этим верным замечание Е. Н. Лисанюк о том, что только формальная система высказываний может обеспечить точное функционирование логического анализа⁸⁵. Однако таковое может быть лишь в полностью искусственной среде – в правовой сфере

Metaphysics, Philosophy of Mind and Moral Ontology in the Theological Opposition to Thomism and Scholasticism // Philosophy and Orthodoxy / Ed. K. Boudouris. Athens, 1994. P. 41–93; Παπαδόπουλος Σ. Γ. 'Ελληνικά μεταφράσεις θωμιστικῶν ἔργων. Θιλοθωμιστα κα ἀντιθωμιστα ἐν Βυζαντίῳ. 'Αθήναι, 1967; Παπαδόπουλος Σ. Γ. Συνάντησις ὀρθοδόξου κα σχολαστικῆς θεολογίας (ἐν τῷ προσώπῳ Καλλίστου 'Αγγελικούδη κα Θωμᾶ 'Ακινатоῦ). Θεσσαλονίκη, 1970; Thomas in Byzanz: Thomas-Rezeption und Thomas-Kritik in Byzanz zwischen 1354 und 1435 // Theologie und Philosophie. 1974. Bd. 49. H. 1–3. S. 275–304.

⁸⁵ Антонов М. В., Лисанюк Е. Н. Нормативные системы в теории права и логике норм. С. 27.

это, пожалуй, только машинная среда (юридические чат-боты, отдельные компоненты виртуальной правовой реальности т. д.⁸⁶). Правопорядок же, даже понятый как множество нормативных систем либо как кодекс норм, для этих целей вряд ли подходит, так как динамика в этих системах определяется не только правилом логического следования – ведь нормы применяются людьми.

Здесь можно говорить о своего рода «ошибке дедуктивизма», когда логическое отождествляется с социальным (такова была критика уже упоминавшимся «поздним» Р. фон Иерингом юридической догматики), а также тогда, когда логическое следование отождествляется с любым типом рациональности, или, разумности при принятии юридических решений⁸⁷. Поэтому следует согласиться с Е. Н. Лисанюк в том, что идея об эквивалентности справедливого решения логически корректному привлекательна, однако ограничена.

В связи с этим является неверной позиция тех правоведов и логиков, которые все нормативные кодексы перестраивают на логический лад, делая логическое следование универсальным способом правового познания. Мы уже упоми-

⁸⁶ Не случайно разработки Альчуррона, Макинсона и Герденфорса стали основанием для разработки платформы AGM в сфере информационно-коммуникационных технологий, т. н. «Belief Revision» – процесс изменения знаний и убеждений. См.: *Козаченко Н.* Динамика познавательных действий: AGM и DDL // *Актуальні проблеми духовності.* 2017. № 9. С. 373–390.

⁸⁷ *Антонов М. В., Лисанюк Е. Н.* Нормативные системы в теории права и логике норм. С. 28.

нали, что сфера дискреции, т. е. места проявления свободы как антропологической характеристики, достаточно широка в праве и ее невозможно сузить до логической определенности по причинам телеологической направленности права.

Огромное значение концепции Е. В. Булыгина состоит в том, что она позволяет сделать прозрачными и уточнить логические связи в тех элементах правовой реальности, в которых они являются основными⁸⁸. Прежде всего, это нормативная система права, или то, что Евгений Викторович называет нормативным множеством.

8. Логический позитивизм и антропологическое измерение права

При изложении антрополого-правовых воззрений мы будем руководствоваться, прежде всего, ранее сформулированными нами положениями⁸⁹, а также идеями, изложенными представителями российской антрополого-правовой

⁸⁸ Там же.

⁸⁹ См. основные работы: *Павлов В. И.* 1) Проблемы теории государства и права; 2) Основы устойчивого развития национальной правовой системы в XXI столетии: методология, теория, практика: коллективная монография / под ред. В. И. Павлова. Минск: Бизнесофсет, 2016 (Предисловие, главы 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 2.3, 4.2); 3) Постклассическая онтология права: монография / под общ. ред. И. Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2016. С. 325–376; 4) Социокультурная антропология права. Коллективная монография / Под ред. Н. А. Исаева, И. Л. Честнова. СПб.: Алеф-Пресс, 2015 (Разделы 1.1.1, 1.1.4, 3.3.1).

школы.

Следует отметить, что в антропологии права нормативная система права рассматривается не как единственный, а лишь как один из необходимых элементов права и правовой реальности. Правовая реальность, на наш взгляд, может быть рассмотрена как состоящая из *двух уровней* – нормативного (или логико-нормативного) и антропологического, в который включается и социально-фактический. Если нормативный уровень реальности права представляет нормативную систему права (можно даже сказать, множество норм), то антрополого-правовой уровень – действующее в праве лицо (условно – «субъект права», но только не ограниченный его формально-юридическим выражением в нормативной системе права), а также другие лица и социальные факты, в отношении с которыми / по поводу которых действуют субъекты права (социальные факты при этом не ограничиваются конструкцией «юридического факта»).

Центральное место в антропологическом подходе принадлежит человеку, действующему в правовой реальности, что выражается принципом человекомерности права⁹⁰. Все элементы правовой реальности рассматриваются в связи с действующим человеком. В этом плане нам, конечно, более близки идеи юридической эгологии К. Коссио. Тем не менее, это не означает, что у антропологии права нет точек соприкосновения с концепцией логического позитивиз-

⁹⁰ Павлов В. И. Проблемы теории государства и права. С. 89–90.

ма Е. В. Булыгина.

Ряд положений логического позитивизма могут использоваться в антропологическом подходе к праву. Это, прежде всего, идея о высшей норме как базовом правоустанавливающем акте (Конституции, другом программном акте конституционного плана – однако в варианте «антиметафизической» поправки Г. Кельзена 1963 г., о которой шла речь выше), положение об иерархии правовых норм, их субординации, а также и некоторые другие идеи. Они вполне совместимы с антропологическим подходом и используются как операциональные, инструментально-технические средства работы с правовой реальностью на ее нормативном уровне.

В политико-правовом плане аналитическая традиция юридического позитивизма является гарантией от неправового произвола, который может осуществляться государствами на основе неюридических (этических, идеологических, религиозных и др.) факторов. Рассмотрение нормативной системы права в антропологическом подходе поэтому предстает хотя и не как изучение сущности права, но как исследование его формально-юридического субстрата, гарантирующего правопорядок (здесь – в смысле норм и соответствующего им поведения). В этой связи представляется верным замечание М. В. Антонова и Е. Н. Лисанюк о том, что «упреки в адрес правового позитивизма в потворстве авторитаризму и антидемократическим методам правления, в апологии права с произвольным содержанием помимо всего

прочего оказываются несправедливыми в том плане, что позитивистская методология служила многим ее защитникам в борьбе против внеправового произвола властей»⁹¹.

Впрочем, как и любой технический инструмент, лишенный ценностного измерения в его актуальной связи с социальной действительностью, концепция нормативизма может использоваться для реализации различных целей и различной правовой политики. В различных социокультурных условиях она может либо способствовать, либо, напротив, препятствовать применению антигуманных мер государством. Гуманизм правового позитивизма поэтому не является чем-то имманентным данной правовой концепции, поскольку он в своих исходных посылах отказывается от привнесения в понятие права всякого неюридического содержания, в том числе и самого гуманистического дискурса – дискурса о человеке. Главным в юридическом позитивизме в контексте антрополого-правовых подходов является именно формальный, логико-позитивный аспект, который условно может быть выражен формулой: «всегда необходимо строго придерживаться установленных правил». По сути, это своего рода принцип законности, выражающийся в необходимости придерживаться норм и вытекающей из них логической аргументации. В этом, на наш взгляд, и заключается «глубокомысленный гуманизм, видящий одновременно и

⁹¹ Антонов М. В., Лисанюк Е. Н. Нормативные системы в теории права и логике норм. С. 6.

слабости, и сильные стороны человека и человеческого общества»⁹².

Однако достаточно ли этого для выражения сути, главного, для чего право необходимо обществу и конкретному человеку? Ведь помимо нормативной системы есть еще реальность, юридически означиваемая ею (но от этого не перестающая оставаться реальностью), т. е. конкретная культура, социокультурный и ценностный контексты, а также человек.

⁹² Там же.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.