

СЕКЦИЯ 1

ИНСТРУМЕНТАЛЬНЫЙ ПОДХОД В ТЕОРИИ ПРАВА: ИСТОРИЯ И СОВРЕМЕННОСТЬ

УДК 340.1

Карташов Владимир Николаевич,
заведующий кафедрой, доктор юридических наук, профессор,
Ярославский государственный университет
Kartashov Vladimir Nikolaevich,
head of department, doctor of legal sciences, professor, P.G. Demidov
Yaroslavl state University
kartazov@uniyar.ac.ru

ТЕОРИИ ПРАВОПОНИМАНИЯ В КОНТЕКСТЕ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНЫХ ПРАКТИК

THE THEORY OF LAW IN THE CONTEXT OF LAW ENFORCEMENT PRACTICES

Рассматриваются современные типы правопонимания и их значения для субъектов и участников правоприменительных практик.

We consider the current legal thinking types and their implications for subjects and members of law enforcement practices.

Право, правопонимание, теория, субъекты и участники правоприменения.
Law, legal thinking, theory, actors and members of law enforcement.

Для того чтобы показать в рамках данной статьи, каким образом отдельные типы правопонимания воздействуют на правоприменительные практики, необходимо, видимо, кратко раскрыть указанные понятия. В самом общем плане под любой «теорией правопонимания» мы имеем в виду систему взаимосвязанных и аргументированных знаний о праве. В современной отечественной литературе принято выделять типичные (классические, базовые) и нетипичные (неклассические) концепции правопонимания. К первым, как правило, относят естественно-правовые, позитивистские, социологические, психологические и некоторые другие теории. Заметное место среди нетипичных теорий занимают либертальная, коммуникативная, диалогическая и герменевтическая концепции¹.

© Карташов В. Н., 2016

¹ Подробнее см.: Оль П.А. Правопонимание: от плюрализма к двуединству. СПб., 2005; Алекс Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) : пер. с нем. М., 2011; Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории философии права. М., 2002; Варламова Н.В. Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права. СПб., 2010; Современное правопонимание: курс лекций / отв. ред. М.Н. Марченко. М., 2016.

Поскольку в науке достаточно подробно рассмотрены первые группы учений, кратко рассмотрим значение для правоприменения так называемых неклассических теорий правопонимания.

Так, суть современного *либертарного* определения права выражается в свойствах «формализованного равенства, свободы и справедливости». Правом считаются только «хорошие» законы, которые выражают свободу одного индивида по отношению к свободе другого, их реальное равенство и независимость².

На наш взгляд, как совершенно справедливо указывается на то в современной литературе, либералисты (В.В. Лапаева и др.) существенно принижают или даже исключают упоминание о нормативности в определении права. В.Е. Чиркин пишет: «Благоговейные же рассуждения о праве как об осуществленной эманации равенства, свободы и справедливости лишь ослабляют научные поиски и практическую деятельность по устранению недостатков в правовом регулировании Абсолютный разрыв закона и права неверен, он неправильно ориентирует и исследователя и правоприменителя. Закон – одно из формализованных и высших проявлений права (конституция – тоже основной закон)»³.

В.А. Поляков, Д.И. Луковская, Е.В. Тимошина полагают, что в настоящее время *коммуникативная* теория права представляет собой смелый прорыв в отечественной юриспруденции. Так, В.А. Поляков дает следующее определение коммуникативного понятия права: «Право можно определить как основанное на социально признанных и общеобязательных нормах коммуникативный порядок отношений, участники которого взаимодействуют путем реализации своих прав и обязанностей»⁴.

Не думаю, что для судей, следователей и других правоприменителей такое определение понятия права будет «новым» в том плане, что между субъектами и участниками правоприменительной практики возникает особая коммуникация [лат. *comunicatio*] – общение, связь, сообщение. Следует предполагать, что субъекты и участники правоприменительной практики и без указанного определения «догадывались» о правоотношениях между собой. Однако в этой дефиниции отсутствуют сущностные признаки права, а именно: его формальная определенность, регулятивность, обеспеченность мерами государственного и иного воздействия. Кроме того юридическое содержание права составляют не только нормы, в которых закрепляются права и юридические обязанно-

² См., например: Лапаева В.В. Либертарно-юридический подход к пониманию права // Современное правопонимание. С. 308–330; Она же. О «либертарно-юридическая теория права и государства» // Там же. С. 330–351.

³ Чиркин В.Е. О либертарной концепции права (субъективные заметки) // Современное правопонимание. С. 354–355.

⁴ Поляков А.В. Общая теория права: курс лекций. СПб., 2003. С. 276–277.

сти, но и легальные дефиниции, принципы права, предписания-цели и сроки, другие нестандартные нормативно-правовые предписания.

В рамках концепции *диалогического* правопонимания И.Л. Честнов пишет, что право предполагает «взаимообусловленность трех основных измерений правовой реальности – нормы права, его восприятие правосознанием и реализация в правовом поведении»⁵.

Исходя из буквального толкования данного определения, во-первых, речь по существу идет о правовой системе общества. Во-вторых, как и в предыдущей дефиниции не выделено ни одного существенного признака права, которое отличало бы его от других социальных предписаний. Последние тоже носят диалогический характер.

По сути дела указанными недостатками страдает и *герменевтическая* теория правопонимания. Так, А.И. Овчинников полагает, что закон, правосознание и правоотношение и составляют три необходимых компонента права⁶.

Существуют и другие оригинальные неклассические концепции права (инструментальная, аргументативная, аналитическая, дискурсивная, феноменологическая и пр.), которые, к сожалению, в подавляющем большинстве носят субъективный характер, зависят от тех или иных мировоззренческих установок авторов, уровня правовой культуры, владения современными технологиями юридического познания.

Анализ указанных и иных концепций правопонимания привел нас к выводу о том, что для практикующих юристов важны не оригинальные и дискуссионные выводы, а четкие прикладные знания о праве, с целью разрешения конкретных юридических дел. Важно также учитывать, что от грамотного правопонимания зависят все теоретические юридические конструкции и категориальные аппараты, которые должны быть ясными, обоснованными и аргументированными. Поэтому в качестве логической основы мы берем явное (практически-прикладное) определение, в котором раскрываются существенные признаки явления (см. труды Аристотеля, Гегеля и современных логиков). В этом плане понятие права может быть *только одно*, которое должно использоваться законодателями и правоприменителями, субъектами юридического толкования и систематизации, студентами-юристами и обывателями. Данное определение права должно быть ясным, четким, соразмерным, не создавать в себе круга и/или тавтологии.

Выделим наиболее существенные признаки интегративного определения понятия права:

⁵ Честнов И.Л. Диалогическая онтология права в ситуации постмодерна // Правоведение, 2001. № 3. С. 50.

⁶ См., например: Овчинников А.И. Юридическая герменевтика как правопонимание. // Правоведение. 2004. № 4. С. 165.

1. Какие концепции мы бы не рассматривали, в праве всегда выделяется его *нормативный характер*. При этом нормативность необходимо понимать достаточно широко, а не сводить ее к нормам права. Клеточку права, по мнению, например, Г. Кельзена, Е. Эрлиха, Р. Паунда и др. авторов составляют правовые предписания (точнее – *нормативно-правовые предписания*). Нормы права являются лишь одним из их видов. Е. Эрлих и другие представители социологической концепции считали нормы частью государственного (официального) права. Другую часть его юридического содержания составляли, по их мнению, правовые предписания различного рода акционерных компаний, трестов, общественных «союзов»⁷.

Юридическое содержание, как мы уже отмечали, составляют не только нормы права, но и «нестандартные» предписания (принципы права, легальные схемы и дефиниции, нормативные справки и рисунки, правовые формулы, нормативные цели-задачи, сроки и др.), которые возникли и существуют с древнейших времен. Удельный их вес во всех правовых семьях постоянно возрастает, поэтому ошибочным является представление о них как об «аномалиях». Их особенность заключается в том, что в отличие от норм права они не имеют классической структуры, т. е. таких элементов как гипотеза, диспозиция и санкция. Для них характерны нетрадиционные логические, грамматические, графические, математические, информационные, юридические и иные способы изложения правового материала⁸.

2. Данные нормативно-правовые предписания внешне выражены в разных *формах права*, а именно: нормативных правовых актах и договорах, правовых обычаях и судебных прецедентах, смешанных правовых актах и др.⁹.

3. Нормативно правовые предписания и закрепляющие их юридические источники (формы) права тесно взаимосвязаны между собой, образуют *единую систему*. Например, право собственности закрепляется, регулируется и охраняется конституционным, гражданским, финансовым, семейным, уголовным, уголовно-исполнительным и другими отраслями права.

4. Право носит *общий* характер. Это означает, что оно адресуется равным образом всем персонально-неопределенными субъектам (*lex uno*

⁷ См., например: Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. Munchen; Leipzig, 1913. S. 28–48.

⁸ Подробнее см.: Карташов В.Н. Теория правовой системы общества : учеб. пособие. В 2 т. Ярославль, 2005. Т. 1. С. 96–147; Давыдова М.Л. Нормативно-правовое предписание: природа, типология, технико-юридическое оформление. СПб., 2009; Кашанина Т.В. Структура права. М., 2012. С.82–122, 243–294.

⁹ См., например: Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие. М., 2008; Источники права: проблемы теории практики // Материалы конференции / отв. ред. В.Н. Сырых. М., 2008; Дробышевский С.А., Данцева Т.Н. Формальные источники права. М., 2011.

ore omnes alloguitur – закон говорит со всеми одинаково). Кроме того, право отражает (закрепляет и охраняет) наиболее типичные социальные ситуации, рассчитано на конкретно-неопределенное число жизненных случаев.

5. Право *обязательно* для всех членов общества (“*obedientia est legis essentia*” – «послушание есть сущность права»).

6. Нормативно-правовое предписание создается как государственными властными органами, так и негосударственными организациями (органами местного самоуправления, акционерными компаниями и др. общественными ассоциациями и «союзами»). Обязательность права обеспечивается разнообразными *материальными и духовными, поощрительными и принудительными, организационными и иными мерами, в том числе корпоративного и государственного воздействия*. Еще римские юристы говорили о том, что «где право, там и средство его защиты» (*ibi jus, ibi remedium*). Поэтому вполне логично, что Е. Эрлих отказывался считать государственное принуждение специфическим и обязательным свойством права, не отождествлял право и закон¹⁰.

7. Право – *особый социальный регулятор поведения*. Специфические его регулятивные начала выражают все перечисленные выше признаки права, которые позволяют ему выступать в качестве *особого мерила (меры)* свободы и справедливости, поведения и ответственности, специального средства коммуникации с целью достижения общественной солидарности, согласия и компромисса, предотвращая и разрешая юридические конфликты, споры и коллизии.

Таким образом, даже перечисление некоторых признаков и элементов содержания права позволяет четко сформулировать следующее интегративное и практически-прикладное определение его понятия. Под правом необходимо понимать систему общеобязательных нормативно-правовых предписаний, издаваемых и обеспечиваемых компетентными государственными и негосударственными органами, внешне выраженную в формально-юридических источниках, отражающую идеи и состояния свободы и ответственности, справедливости и равенства, добра и разумности, честности и добросовестности, гуманизма и реальности, общественной и личной безопасности, служащую особым (юстициальным и пр.) регулятором поведения людей, их коллективов и организаций.

¹⁰ См.: Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 61–62.