

$$B_{I_i, n} = \frac{I_i \times B_i \times H_i}{I_i \times B_i + H_i + \dots + I_n \times B_n + H_n} \times C_n$$

Данную формулу можно назвать «Расширенной формулой веса».

Общим вопросом теории аргументации является вопрос о том, может ли кумуляция аргументов быть представлена как прибавление. Если оставить этот вопрос, то основная проблема, связанная с Расширенной формулой веса, заключается в вопросе о том, что может быть аккумуляровано и при каких условиях. Легко угадать то направление, двигаясь в котором можно найти ответ на этот вопрос. Аккумулярованные принципы субстантивно не пересекаются. Их объекты оптимизации должны быть субстантивно различны. Следовательно, правило о том, что гетерогенность является предпосылкой приборочной кумуляции, действует. Иногда это правило может быть применено с легкостью. Так, общая свобода действовать может быть в целом достаточно легко установлена, поскольку она уже содержится в определенных конституционных правах. Или — иными словами — можно легко представить случаи, в которых посвятельство основано на нескольких принципах, которые не пересекаются между собой. Такая квалификация может показаться удачной в том случае, если один принцип защищает коллективные блага, тогда как другой — блага индивидуальные. Но даже здесь следует быть внимательным. В свете этого комплексного отношения⁴⁰ между индивидуальными правами и коллективными благами всегда следует учитывать возможность пересечения по содержанию. Тот лишь факт, что речь идет, с одной стороны, об индивидуальных правах, а с другой — о коллективных благах, как таковой не гарантирует гетерогенности.

Проблема имела бы простое решение, если бы гетерогенность относилась к числу вопросов класса «все или ничего». Однако это не тот случай. Принципы могут субстантивно пересекаться в большей или меньшей степени. Однако все это вовсе не является основанием для того, чтобы начинать анализ с отношения простых отношений (как, например, в случае с коллизией между двумя принципами) и, более того, не является достаточным основанием для того, чтобы, основываясь на настоящем анализе, отказываться делать дальнейшие шаги в более сложные области столкновения между группами принципов.

Отношение к конституционным правам. Все эти принципы, говорящие против рассматриваемой меры, так сказать, подадут коллективный иск против тех принципов, которые оказываются в пользу такой меры. Конституционное право, нарушение которого изучается, тогда уже будет не единственным участником боевых действий, а, скорее, военачальником над более или менее всеохватывающими частями. Конкретный вес конституционного права, нарушение которого изучается, тогда станет конкретным весом данного принципа в *totality* ной системе конституции. Это можно выразить следующей формулой:

$$B_{I_i, n} = \frac{I_i \times B_i + H_i + \dots + I_n \times B_n + H_n}{I_i \times B_i + H_i + \dots + I_n \times B_n + H_n} \times C_n$$

Данная формула называется «Полная расширенная формула веса».

⁴⁰ Alexy. Individual Rights and Collective Goods // Rights / Ed. C. Nino. Dartmouth, 1992. P. 163–181.

М. В. Антонов *

Уильям Твайнинг о проблемах современной теории права

Вниманию читателей Ежегодника предлагается работа одного из ведущих теоретиков права Великобритании, профессора юридического факультета Лондонского университета колледжа Уильяма Твайнинга (*William Twining*). Данная статья представляет собой расширенный текст пленарного доклада профессора Твайнинга на Конгрессе Всемирной ассоциации философии права и социальной философии в Гранаде (Испания, май 2005 г.). В ней английский ученый в сжатом виде и в доступной для слушателя манере изложил программные положения своих теоретико-правовых исследований, которые он ведет уже более пятидесяти лет. Более детально эти взгляды были изложены в двух предшествующих появлению этой статьи объемах книг: «Глобализация и теория права»¹ и «Большой юридический базар».² Статья 2005 г. повторяет основные положения этих работ без существенных изменений. Развернутая и доработанная позиция профессора Твайнинга по данной тематике изложена в недавно вышедшей в свет книге «Общая теория права. Понимание права в глобальной перспективе»,³ где автор ставит вопрос о следствиях процессов глобализации для теории права и для отраслевых правовых дисциплин. Вместе с тем это исследование объемом более 500 страниц слишком объемно для публикации в Ежегоднике и поэтому по согласованию с автором выбран именно текст доклада на Конгрессе 2005 г. как наиболее подходящий для характеристики правового учения Твайнинга в рамках периодического издания.

Для того чтобы ввести читателя в предмет этого исследования, в первую очередь скажем несколько слов об интеллектуальном пути Уильяма Твайнинга.

* Антонов Михаил Валерьевич — кандидат юридических наук, доцент, зав. кафедрой теории и истории права и государства Санкт-Петербургского филиала НИУ — ВШЭ (mantonov@phse.ru).

Данное исследование выполнено в рамках программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2011 г.

¹ Twining W. Globalization and Legal Theory. London, 2000.

² Twining W. The Great Juristic Bazaar: Jurists' Texts and Lawyers Stories. London, 2003.

³ Twining W. General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective. Cambridge, 2009.

Он родился в Уганде в семье английских колонистов в 1934 г., в юношеском возрасте вместе с родителями переехал в Англию, где в 1952–1955 гг. обучался в Оксфордском университете, среди его наставников был Г. Л. А. Харт. В 1958 г. молодой ученый получает грант на обучение в Чикагском университете (США) и в течение нескольких лет проходит стажировку под руководством Карла Ллевеллина. Впоследствии Твайнинг возвращается в Великобританию, где представляет теорию процессуального права в университетах Белфаста и Уорвика, сотрудничает с Хартсом при издании собрания сочинений Бентама, с 1983 г. представляет общую теорию права в университетском колледже Лондона. Идеи Харта и Ллевеллина оказали основное интеллектуальное влияние на формирование правопонимания Твайнинга. Указанный путь определил также и три основных направления исследований ученого: проблемы теории доказательств,⁴ методики преподавания права,⁵ вопросы общей теории права. С середины 1990-х гг. он начинает исследование проблематики «право и глобализация», которое становится доминирующим среди его научных интересов.

Рассматривая три основных метода исследования права — формально-понятийный, аналитический и эмпирический, — Твайнинг ставит себе задачу сочетать эти методы, прагматически комбинируя их при исследовании проблем правового развития современного мира. С этой точки зрения, правовую теорию Твайнинга можно охарактеризовать как синтез аналитической философии права, правового реализма, социологии права и сравнительного правоведения. Кажущаяся невозможной смесь разных подходов в концепции Твайнинга приобретает достаточно стройный вид, хотя сам ученый не претендует на создание единой интегральной методологии правовых исследований, предпочитая говорить о «правоведении в контексте». Под влиянием идей Ллевеллина и других американских реалистов Твайнинг ставит под сомнение саму идею объективного права, как независимого от внешней культуры и особенно от внутреннего мира человека. Право неминуемо в отрыве от внутренних мотивов и установок, которые разительно меняются от культуры к культуре, и поэтому одноаспектный взгляд на право с точки зрения только западной цивилизации является непросительным упрощением проблематики. В связи с этим ученый говорит об уважении к образам права, механизмам правового взаимодействия в других культурах, делая акцент на необходимости внимания к «южным головам» (*southern voices*) права, т. е. к мнениям африканских и арабских народов.⁶

Важнейшим аспектом любого теоретико-правового исследования для Твайнинга поэтому представляется компаративистский аспект. Письменные тексты, нормы, правовые предложения хотя и представляют собой важную область деятельности юристов, но не являются единственным источником нашего знания о праве — такое знание мы можем почерпнуть из изучения обычаев, традиций, поведенческих паттернов, стилей мышления, форм урегулирования конфликтов и иных культурологических признаков, которые характеризуют правовые

культуры отдельных народов и племен. Одновременно исследователь должен избавиться от надежды найти одномерную картину права, которая ограничилась бы сферой только государственно организованного права, — такая надежда более чем призрачна даже применительно к современному западному праву, не говоря уже о ее неадекватности реалиям иных правовых культур. Поэтому теория права с необходимостью должна исходить из правового плюрализма как признания множественности форм и источников права, различающихся в зависимости от культурных и цивилизационных особенностей.

С этой точки зрения, современная наука о праве, по убеждению Твайнинга, находится в глубоком кризисе, поскольку не способна представить надежный инструментарий для исследования права на мезоуровне. Научная литература достаточно богата абстрактными рассуждениями о связи общих процессов глобализации и общих тенденций правового развития на макроуровне, немало социолого-правовых работ посвящено исследованию конкретных механизмов формирования и осуществления права на микроуровне. Нет нужды говорить об обилии исследований по официальному, государственно оформленному праву. Но, как считает английский ученый, эти рассуждения и исследования оказываются оторванными друг от друга ввиду отсутствия методов исследования формирования правовых институтов на уровне традиций, религий, диаспор, этнических, региональных или языковых групп в их взаимосвязи с другими уровнями бытия права (глобальным, внутригосударственным, микросоциологическим), т. е. там, где преимущественно и развиваются негосударственные правовые институты. Связывание этих явлений и институтов между собой и с правовыми институтами других порядков Твайнинг и ставит целью своих последних работ по общей теории права, стремясь при этом не впадать в «постмодернистскую вседозволенность». При этом, не отказываясь от постулатов классического научного знания, ученый пытается уйти от априоризма в правовой теории и предлагает достаточно сбалансированную программу теоретико-правовых исследований, которые смогли бы обогатить современную науку права.⁷ Насколько английскому исследователю удалось это сделать — читатель может судить по публикуемой ниже работе Твайнинга.

⁷ Правда, некоторые критики указывают на противоречивость исследовательских установок Твайнинга в этом аспекте: *Norrie A. W. A Book Review of William Twining's General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective. Cambridge, 2009* (<http://ssrn.com/abstract=1676121>).

⁴ *Twining W. 1) Analysis of Evidence. 2nd ed. Cambridge, 2005; 2) Rethinking Evidence. 2nd ed. Evanston, 2006; 3) Evidence and Inference in History and Law. Evanston, 2003.*

⁵ *Twining W. Law in Context: Enlarging a Discipline. Oxford, 1997.*

⁶ *Twining W. Human Rights: Southern Voices. Cambridge, 2009.*

Общая теория права**

1. Введение

Цель настоящей работы — изложить взгляд на возрождающуюся ныне общую теорию права как на часть общего блока юридических дисциплин, имеющую особую космополитическую окраску; осветить некоторые теоретические вопросы, возникшие в связи с данным подходом, а также проиллюстрировать возможные способы применения авторского подхода к исследованию этой тематики.

Данная работа написана с точки зрения английского юриста, который обеспокоен состоянием этой институционализированной юридической дисциплины, особенно в странах общего права в ближайшие 15–20 лет перед лицом «глобализации». Я живу в Лондоне, но много путешествовал и работал в нескольких странах, в первую очередь в странах Восточной Африки, в Соединенных Штатах и, в последнее время, в Нидерландах. Мое мировоззрение, опыт и теоретические взгляды имеют вполне космополитические очертания, но мои привычки и моя культура — британские; область моих профессиональных знаний — общее право, а мой основной язык — английский. Моя цель — разработать концепцию теоретического знания для общей теории права, которая будет востребована в ближайшие годы этого тысячелетия. Юрист другой правовой традиции, занимающийся исследованием тех же самых научных проблем, но в другой перспективе, скорее всего, получил бы в итоге существенно иную картину. Немногие из нас могут далеко отойти от своих интеллектуальных корней.

Эта статья вполне может быть воспринята как выступление в защиту теории права, которая была бы менее национально ограниченной. Ее можно даже рассматривать как вызов на полемический спор по поводу тезиса о том, что в последние годы школа англо-американской теории права была ограничена в своих научных интересах, в высшей степени несведуща в отношении иных, кроме своей собственной, правовых традиций, а также этноцентрична в своих тенденциях. Это частично верно. Но, говоря о вопросах «провинциализма» научного знания, необходимо учитывать различие в происхождении, источниках, аудитории,

* Твайнинг Уильям — профессор юридического факультета Лондонского университетского колледжа.

** *Twining W. General Jurisprudence // Derecho y justicia en una sociedad global. Granada, 2005. P. 609–650.*

Перевод с английского М. В. Антонова (mantonov@hse.ru), П. А. Полякова.

фокусе, перспективах, а также значении.¹ Мои доводы, в сущности, сводятся к тому, что нам следует уделять больше внимания иным правовым традициям; что «повестка дня» актуальных для теории права проблем должна быть пересмотрена и в результате расширена; что принятые правовые каноны следуют расширять; что перспектива глобализации несет с собой, возможно, обогащение научного знания. Однако в определенных отношениях данная перспектива такова же, по большому счету, является весьма «провинциальной», поскольку отражает мои собственные теоретические тенденции и ограниченные научные познания. Здесь также нужно принимать в расчет тот факт, что я адресую их очень широкой западной аудитории, хотя и на международном конгрессе.

С моей точки зрения, теория права является теоретической частью правоведения как научной дисциплины. Предназначение институционально оформленной научной дисциплины заключается в расширении и распространении научного знания, а также в критическом понимании предмета данной дисциплины. Правовая наука занимается развитием знаний и критическим осмыслением права. Юридическое образование является частью правовой науки, которая занята распространением научных знаний и их критическим осмыслением, включая ответы на вопросы «что», «как» и «почему» о предмете данной научной дисциплины и ее приемах. Настоящая статья касается прежде всего науки о праве и юридической теории. Тем самым она направлена на более глубокое понимание права в мировой и межгосударственной перспективах. И только опосредованно статья касается значения такого понимания для целей преподавания правоведения.²

То, каким образом научная дисциплина институционально оформляется, зависит от места и времени, а также от традиций. Это верно и по отношению к праву. По причине указанной исторической контингентности не существует никакого раз и навсегда установленного смыслового ядра, содержания объектов нашей дисциплины или знания о праве вообще.³ Я позволю себе обосновать широкий (и плюралистический) подход к интерпретации таких объектов, хотя я достаточно хорошо понимаю, что далеко не все читатели согласятся со мной. Задачи, методы и широта охвата научной дисциплины нередко оспариваются.

Если избрать глобальную перспективу и долговременный масштаб, то, рискуя чрезмерно упростить ситуацию, можно выделить несколько общих тенденций и направлений в западной академической правовой культуре, которыми

¹ *Twining W. Globalisation and the Legal Theory. London, 2000. P. 128–129.*

² На этом этапе исторического развития большинство форм международной и транснациональной юридической практики оказываются довольно специализированными. С одной стороны, очень мало кто из студентов-правоведов может позволить себе сфокусировать интересы только на одной из отраслей права. С другой стороны, мы еще далеки от того времени, когда первичное юридическое образование в значительной степени будет нацелено на выпуск юристов, специализирующихся на международном или европейском праве, либо специалистов по международному праву. Но студентам-правоведам бытало, как правило, полезно знакомство с более широкими перспективами, с различными уровнями правопорядка и их взаимодействием между собой (*Twining W. A cosmopolitan discipline? Some implications of 'globalisation' for legal education // Journal of Commonwealth Law and Legal Education. 2001. N 13*).

³ О «смысловом ядре» научной дисциплины см.: *Twining W. Blackstone's Tower. London, 1994. Ch. 7.*

в настоящее время бросается вызов в контексте «глобализации». В первом приближении эти тенденции могут быть выражены в серии предположений о том, что существуют некие основные пропозиции идеального типа, согласно которым:

- а) право включает в себя два основополагающих правопорядка: внутригосударственное право и международное публичное право (классически трактуемое как правопорядок, регулирующий отношения между государствами) («Вестфальский договор»);
- б) национальные государства, общества и правовые системы являются в значительной степени замкнутыми, самоопределяющимися сущностями, которые могут быть исследованы изолированно;
- в) современное право и современная теория права являются секулярными и преимущественно независимыми от своих историко-культурных корней, заимствованных иудео-христианской традицией;
- г) современное государство организует право является в первую очередь рационально-бюрократическим и инструментальным, осуществляющим определенные функции и служащим в качестве средства для достижения партикулярных социальных целей;
- д) право наилучшим образом может быть понято через «иерархическую» перспективу (правители, чиновники, законодатели, элиты), с учетом позиций потребителей, потребителей, жертв преступлений и других возможных субъектов права, которых в лучшем случае можно признать маргинальными;⁴
- е) основной предмет науки права составляют скорее идеи и нормы, чем эмпирическое изучение социальных фактов;
- ж) современное государство организовано право практически полностью создано северными народами (европейцами и англо-американцами) и распространилось по всему миру через колониализм, империализм, международную торговлю, а также постколониальное влияние последних лет;
- з) научно-теоретические изыскания в области западных правовых традиций являются маргинальными и несущественными частями западного академического правоведения;
- и) фундаментальные ценности, лежащие в основании современного правоведения, суть ценности универсальные, несмотря на то что философские основания у них разные.⁵

Коротко говоря, на протяжении всего XX в., а также и до этого западная академическая правовая культура проявляла тенденцию быть государственно ориентированной, секулярной, позитивистской, «иерархической», северо-центристской, антиэмпирической и универсалистской (по отношению к морали). Безусловно, все эти обобщения приближительны и допускают введение исключений. Также следует отметить, что ничто внутри западной правовой традиции не осталось не оспоренным, а проблемы, сформировавшиеся вокруг всех данных постулатов западного академического правоведения, составля-

⁴ Twining W. Globalisation and the Legal Theory. London, 2000. Ch. 5; Tamalaha B. A General Jurisprudence of Law and Society. Oxford, 2001. P. 239–240.

⁵ Например, естественное право, утилитаризм и неокантианство являются универсальными (См. ниже).

ют значительную долю спорной во всех смыслах «повестки дня» современной западной теории права. Тем не менее именно на уровне обобщений данный тип западной академической правовой науки позволяет выделить некоторые сквозные для последней черты, в связи с чем данные идеи и предположения западного правоведения подвергаются все возрастающей критике.

Теория права, как теоретическая часть правоведения, в качестве самостоятельной научной дисциплины имеет определенный набор заданий или функций, которые позволяют обеспечивать научное «здоровье» науки о праве.⁶ Эдвард потребуются определенные разъяснения. «Юриспруденция», «теория права» и «философия права» не имеют четко определенного значения ни в англо-американской, ни в континентально-европейской научно-правовых традициях. В целях краткости я хотел бы определить, что они обозначают в настоящей работе, дабы не вступать во всевозможные дискуссии и словопрения относительно правомерности использования того или иного термина, которые отражают подачу всего лишь семантическую проблематику, а частично те или иные идеологические предпочтения. Как мы сможем убедиться во второй части настоящей работы, я использую термины «юриспруденция» и «теория права» как синонимы, а термин «философия права» трактуется мной как одна из наиболее абстрактных частей теории права.

Теория права с этой точки зрения может быть рассмотрена как историческое наследие, как определенная идеология, а также как теоретическая деятельность, направленная на обсуждение общетеоретических вопросов, относящихся к объектам правоведения как самостоятельной научной дисциплины. Аспект теории права как исторического наследия правовой мысли подчеркивает ее преемственность. Идеология (не в пренебрежительном значении этого термина) устанавливает связь между правовыми убеждениями отдельной личности и ее более широкими мировоззренческими взглядами — независимо от того, систематизированы они или нет. В пренебрежительном же значении термина «идеология», которое ему придал марксизм, это неплохое напоминание о тесной взаимосвязи между убеждениями, собственными интересами, предвзвешенными и иллюзиями.

В качестве научной деятельности теоретизирование имеет несколько функций: конструирование целостных представлений или тотальных картин (синтез, тотализация, или «картографическая» функция); толкование, уточнение и дальнейшая проработка понятий; развитие нормативных теорий, выдвигание и развитие научных гипотез среднего уровня, а также развитие общих рабочих теорий для ученых этой дисциплины; построение научно-теоретических «моделей» между правоведением и другими науками (сопроводительная функция); исследование истории научной мысли и, что наиболее важно, критическое осмысление предпосылок, лежащих в основании споров о праве.⁷ Такая прагматическая концепция правовой аргументации подчеркивает решающее значение

⁶ См. подробнее: Twining W. Law in Context: Enlarging a Discipline. Oxford, 1997. Ch. 8–9.

⁷ Там же, Ch. 1.

теории права в развитии правоведения как научной дисциплины, хотя для замкнутого на себе научных дисциплин вполне естественно и зачастую весьма полезно, чтобы практика обгоняла теорию.

Студенты, впервые сталкивающиеся с теорией права, бывают часто смущены и даже несколько напуганы неупорядоченным состоянием нашего наследия правовой мысли. Один из наиболее продвинутых британских учебных курсов подвергает разбор идеи более чем сотни мыслителей. Уже во введении к седьмому изданию своей работы автор рассылается в извинениях за то, что он не смог найти места в своем труде для многих других значимых мыслителей.⁸ В процессе знакомства с данной работой становится понятно, что она посвящена практически полностью современной западной, в основном англо-американской, ретико-правовой мысли. Библиографический список не включает индуистскую, исламскую или, например, еврейскую науки о праве; в работе имеются только отдельные упоминания о китайской, японской, латиноамериканской и африканской научно-правовых традициях. Поэтому данная работа представляет лишь часть общей картины теоретико-правового наследия.

Даже если фокусировать внимание только на англо-американских правовых ведах, картина представляется не менее обескураживающей. Например, те немногие студенты, которые изучают работы Иеремии Бентама в оригинале, обычно обращаются к нескольким главам одной из его ранних работ — «*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*». Данные главы представляют собой менее одного процента от объема полного собрания его трудов, которое должно составить в итоге 68–70 увесистых томов. При этом следует отметить, что Бентам является только одним из почти ста английских и американских мыслителей, чьи научные труды представлены во «Введении в теорию права» Ллойда и Фримана. Вообще история англо-американской теории права не может быть ограничена наследием англоязычных юристов. Даже авторы достаточно узких представлений о предметной области теории права признают, что по крайней мере некоторые из центральных проблемных блоков являются общими для нескольких научных дисциплин. Например, заботу о справедливости и правах человека правоведение разделяет с этикой, политологией, литературоведением, теологией, психологией, экономикой, социологией и другими научными дисциплинами.

Обширность и разнообразие наследия англо-американской теории права ставят проблемы, связанные с необходимостью выбора даже в пределах только той одной этой традиции для особых целей, таких как юридическое образование, а также вообще для целей, которые ставят перед собой те или

⁸ Freeman M. D. A. Lloyd's Introduction to Jurisprudence. 7th ed. London, 2001. — Другой учебный курс по теории права (Penner J., Lacey N., Schiff D., Nobles R. Jurisprudence and Legal Theory. London, 2002) предпринимает героическую попытку предоставить студентам подробный контекст через описание исторической перспективы, через постоянное перешагивание границ научных дисциплин, через обращение не только к англо-американским, но и иным авторам, таким как Фома Аквинский, Кант, Кельзен и Вебер, через включение современных континентальных авторов, таких как Деррида, Фуко, Лакан, Хабермас и Луман. Хотя работа занимает более тысячи страниц, издатели, точно так же, как Фриман, жалуются на то, что им пришлось сделать значительные сокращения для экономии места.

ные научные сообщества и отдельные индивиды. Научные тексты и их авторы частично «канонизируются» исходя из присущего им достоинства, но зачастую и вполне произвольно. Общепризнанного критерия подобного отбора не существует. Определенная инертность, мода, идеология, власть, самореализация, а также интуитивная прозорливость часто оказывают влияние на выбор. Тем не менее даже краткий обзор учебных курсов по теории права и статистики авторов, которые упоминаются и изучаются в определенных временных отрезках.⁹ Существует основное течение научно-правовой мысли, которое образует «каноническую» сердцевину правовой науки, но содержание самой сердцевинны постоянно изменяется, а это означает, что вокруг нее существует вполне здоровый плюрализм.

Достаточно ортодоксальные мнения об англо-американской научно-правовой традиции рисуют ее как многовековую, междисциплинарную и никоим образом не ограничивающуюся англоязычными учеными. Учения Платона и Аристотеля, Канта и Кельзена, Маркса и Вебера, Фуко, Хабермаса, а также постмодернистов были по меньшей мере отчасти ассимилированы в англо-американскую традицию. Однако если попытаться взглянуть на эту проблему с глобальной точки зрения, данное наследие научно-правовой мысли может показаться вполне узнаваемым для критики, как являющееся в значительной степени ограниченным и имеющее «провинциальный» характер по трем основным причинам.

Во-первых, почти все англо-американские правоведы, включая тех, кто претендует на статус теоретиков права, работают исключительно в рамках западной научно-правовой традиции. Перспективы их взглядов в общем являются секулярными, это авторы уделяют мало внимания, или вообще не уделяют, иным религиям, отличным от христианства, а также западным культурам и традициям.

Во-вторых, и это обстоятельство имеет непосредственное отношение к первому признаку, практически вся западная теория права сфокусирована на государственном организованном праве, особенно если это суверенные, индустриальные национальные государства. Однако, как я постараюсь доказать во второй части, для многих государств, а также различных транснациональных форм права религиозные, общинно-правовые, традиционные или нормативные порядки, возникающие из автономной саморегуляции или из коммерческих отношений, могут оказаться столь же или даже более важными в определенных смыслах, как и системы внутрисудебного права.

В-третьих, и это наиболее существенное обстоятельство, с глобальной точки зрения «повестка дня» основного течения англо-американской теории права представляется в значительной степени ограниченной. Она сконцентрирована, и порой в навязчивой форме, на узкой научной проблематике, большая часть

⁹ См., напр., серию обзоров по преподаванию теории права в Великобритании, опубликованных в: Cotterrell R., Woodliffe J. C. The Teaching of Jurisprudence in British Universities // JPLT (NS). 1974. N 89; Barnett H., Yach D. The Teaching of Jurisprudence in British Universities and Polytechnics // Legal Studies. 1985. N 5; Barnett H. The province of jurisprudence determined — again // Legal Studies. 1995. N 15 (данный обзор также охватывает Австралию и Канаду).

которой в общем кажется весьма далекой от интересов и актуальных запросов мировых лидеров и южных народов. С глобальной точки зрения, действительность, нужно поставить вопросы об определении актуального и потенциального вкладов права и правовой теории в решение насущных проблем современности. К числу таких проблем относятся деление мирового сообщества на Юг и Север, проблемы войны, геноцида, окружающей природной среды или тех проблем, которые были озвучены на Саммите Миллениума, включая проблемы голода, бедности, базового образования, здоровья, международных и национальной безопасности, колониализма, проблемы перемещенных лиц, определения принципов честной торговли, а также коррупции.¹⁰ С этой точки зрения наследие нашей политико-правовой мысли может показаться несколько ограниченным и стерильным, узким в отношении исходных запросов и интересов, игнорирующим иные, западные, правовые и вообще культурные традиции и имеющим этноцентристский уклон. Коротко говоря, не смотря на богатство и разнообразие нашего наследия, с глобальной точки зрения мы вправе предъявить к нему определенные претензии в целом, а именно обвинить его в близорукости, невежестве, этноцентризме и безразличии. Главный аргумент настоящей статьи сводится к тому, что как правовая практика, так и сама правовая наука становятся все более и более космополитичными и что теория права как теоретическая часть правоведения должна откликнуться на эти вызовы.

В своей работе «Глобализация и теория права» я обосновал утверждение, согласно которому «глобализация» актуализирует три специфических вызова в адрес традиционной теории права:

а) ставятся под сомнение так называемые теории «черного ящика», в рамках которых национальные государства, общества, правовые системы и правовые рядки рассматриваются как замкнутые, непроницаемые для внешних воздействий среды сущности, которые могут быть исследованы в изоляции от всего остального;

б) ставится под сомнение идея, согласно которой научно-теоретическое исследование права и сама правовая теория могут быть ограничены двумя типами правового порядка: внутригосударственное право, с одной стороны, и международное публичное право, понимаемое как отношения между суверенными государствами, — с другой;

в) ставится под сомнение адекватность большинства современных концептуальных основ и терминологии правового дискурса (как в рамках различных форм «правового разговора», так и в рамках различных форм «разговора о праве») в том, что касается дискуссий о правовых явлениях, связанных с судебным решением, традициями и культурами.¹¹

Вторая часть настоящей работы направлена на то, чтобы разъяснить и отчасти изменить данный общий тезис посредством исследования четырех научных проблем, которые периодически поднимаются в тех случаях, когда возникает спор. Затем в третьей части я постараюсь конкретизировать идею возрожденной общей теории права на нескольких особых примерах.

¹⁰ О возможных вариантах такой повестки дня см. ниже, в части третьей.

¹¹ Цит. по: *Twining W. Globalisation and the Legal Theory*. P. 252.

2.1. Значение «глобализации»

Я читаю курс лекций, называющийся «Глобализация и право». Обычно на первой встрече со студентами я уделяю время для того, чтобы по возможности ограничить использование любых терминов и понятий, имеющих корневую основу «глобальный», и налагаю своего рода запрет на использование в учебной аудитории таких понятий и определений, как «глобальный», «глобализированный», «глобализационный» и т. п. Существуют два исключения из этого правила: во-первых, для большей части материала учебного курса мы принимаем «глобальную» точку зрения; во-вторых, студент может употребить производные от термина «глобализация» понятия при условии, что он может оправдать их употребление в данном специальном контексте и показать, что они были использованы ясно и точно.

Можно выделить две основные причины, по которым я стараюсь придерживаться данного правила.

Первая причина очевидна: все производные от термина «глобализация» понятия двусмысленны, а их использование зачастую произвольно. Данными понятиями по-разному злоупотребляют и используют их некорректно, часто как часть неких обобщений, которые являются ложными, надуманными, вводными в заблуждение, бессмысленными, поверхностными, этноцентристскими или же представляют собой комбинацию этих характеристик.¹² Это можно легко увидеть на примере большинства праздных разговоров на тему глобального права, глобального правительств, глобальных юридических компаний и т. д.

Вторая причина особенно важна для юристов: в литературе, посвященной процессам глобализации, можно наблюдать тенденцию отказа от исследования местных или национальных элементов с непосредственным переходом к исследованию глобального, при этом остаются незатронутыми все промежуточные уровни. Помимо этого существует соблазн полагать, что различные уровни правовых отношений и правовых порядков весьма затейливо укрыты в иерархической системе концентрических кругов, начиная от самых локальных, через субгосударственный, региональный, континентальный, глобальный круги, деление Север/Юг и вплоть до внеправовой сферы. Но реальная картина является намного более сложной, чем только что нарисованная: она включает империю, альянсы, коалиции, диаспоры, социальные сети, торговые маршруты и социальные движения; такие «субмиры», как «мир общего права», арабский, исламский, христианский мир; специальные группировки политических и военно-политических сил, такие как Большая Семёрка, Большая Восьмерка, НАТО, Европейский Союз, Британское Содружество наций, транснациональные корпорации, преступные синдикаты, а также другие неправительственные организации и сети. Все перечисленные явления отрицают простую вертикальную иерархию, перекрывают друг друга и находятся между собой в сложных интерактивных взаимоотношениях. Для юристов особенно важно быть восприимчивыми к значению различного рода границ, пограничных рубежей, юрисдикций, договорных отношений, а также правовых традиций.

¹² *Twining W. A cosmopolitan discipline? Some implications of «globalisation» for legal education.*

Даже имея в виду только данную грубую географическую категоризацию и не прибегая к историческим критериям, «запрет» на некритическое использование понятий, имеющих корневую основу «глобальный», нацелен на простую передачу информации о сложности. Данный запрет также подчеркивает, что применительно к сложным процессам, которые делают людей, социальные группы и народы более взаимозависимыми друг от друга, можно сказать, что большая часть транснационального права и правовых отношений имеют место на субглобальных уровнях. Более того, существуют также локальные и транснациональные отношения и процессы, которые в большей или меньшей мере обходят стороной государство; это такие явления, как Интернет, неправительственные организации, многие внутренние и внешние отношения крупных корпораций и т. д.

Целью данного ограничения на употребление терминов, имеющих корневую основу «глобальный», не является желание убедить в том, что те процессы, которые произвольно относятся к категории «глобализация», не имеют значения. Скорее речь идет о том, что, если мы принимаем глобальную точку зрения в изучении права и в теоретизировании о праве, мы должны сфокусировать внимание на всех уровнях правоотношений и правовых порядков, имея в виду не только очевидную триаду глобального, регионального и внутригосударственного, несмотря на значимость выделения данных трех уровней.

Я подробно писал о некоторых способах применения термина «глобализация» (широко трактуемая) к правовой теории.¹³ Я не буду пытаться повторить то же самое в настоящей статье, за исключением обозначения двух моментов, которые имеют прямое отношение к настоящему исследованию. Оба указанных момента относятся к правоведению как академической дисциплине, институционализированной в том географическом регионе, который произвольно не называют «Западом».

На протяжении примерно последних полутора веков первостепенное внимание академического правоведения, правовой науки, юридического образования и теории права было сосредоточено на внутреннем праве национальных государств. Это утверждение справедливо по отношению не только к материальному и процессуальному праву, но и ко всем производным правовым дисциплинам. В сравнительном правоведении, по крайней мере до недавнего времени, почти полностью доминировала так называемая «местная и западная традиция»,¹⁴ которая в значительной степени имела дело со сравнениями частного права в «родственных» между собой общим праве и системах континентального права. Более распространенная традиция «основных систем» (по Рене Давиду) часто отвергалась как ненаучная или как упрощающая правовую действительность. В рамках теории права только западные юристы смотрели по ту сторону национальных правовых систем: в англо-американской традиции почти все канонические юристы, равным образом позитивисты и неопозитивисты, начиная с Бентама и Остина и заканчивая Дворкиным, Разом и Дунканом Кеннеди, имели дело только с внутригосударственным правом. Немногие

исключения из этого правила, такие как Эрлих, Мэн и Ллевеллин,¹⁵ в общем рассматриваются как маргиналы. В последнее время ведущие нормативисты, в особенности Роулз и Дворкин, явно отошли на позиции особого рода партикуляризма. Дворкин утверждает, что «интерпретативные теории в силу своей природы адресованы представителям особой правовой культуры, в общем — к представителям той правовой культуры, к которой принадлежит автор данной теории».¹⁶ Роулз делает аналогичное суждение по отношению к либеральным или, по крайней мере, цивилизованным обществам.¹⁷ Даже социолого-правовые исследования и вообще социология права на протяжении большей части своего исторического развития были сфокусированы почти полностью на внутригосударственном праве своих собственных «обществ».

Образцы подобного общего теоретического подхода вполне различимы в правовой науке континентальной Европы. Данный феномен хорошо известен, отражен и исследован в научной литературе, привычен для научного сообщества и по большей части вполне просто объясним. Одна из основных причин этого заключается в том, что культура академической правовой науки, особенно традиции общего права, ориентирована на практику, а юридическое профессиональное образование и практика, по крайней мере вплоть до позднего времени (со стороны судей, юристов-чиновников, частнопрактикующих юристов), почти полностью были ориентированы на локальное внутригосударственное право. В контексте современности важнейшим следствием этого является то, что почти весь «багаж» наших концепций и теорий ориентирован на внутригосударственное право или, по крайней мере, «приспособлен» к одной единственной правовой традиции. В действительности почти все правовые концепции, включая многие так называемые «фундаментальные правовые концепции», которые были до недавнего времени в центре внимания сторонников аналитического подхода, являются «обыденными понятиями».¹⁸ Одна из основных проблем для современной общей аналитической теории права — прояснение и толкование аналитических понятий, которые «с легкостью путешествуют» через разнообразие правовые традиции и культуры.¹⁹

Вторая причина, объясняющая развитие современной западноевропейской теории права, заключается в том, что принятие глобалистской точки зрения

¹⁵ Американские юристы тяготеют к фокусированию внимания на Ллевеллине как на правовом реалисте и знатоке корпоративного права, но игнорируют значение его подхода к задачам правовой теории», который европейскими юристами рассматривается в качестве, возможно, его главного вклада в науку. См. об этом: *Rechtsrealismus, multikulturelle Gesellschaft und Handelsrecht*: Karl N. Llewellyn und seine Bedeutung heute / U. Drobning, M. Hebbinder et al. Berlin, 1994.

¹⁶ См., напр.: *Dworkin R. Law's Empire*. London, 1986. P. 102.

¹⁷ «Цели политической философии зависят от того общества, которому адресована эта философия» (*Rawls J. The Idea of Overlapping Consensus* // *Rawls J. The Law of People*, Cambridge, 1999. P. 421).

¹⁸ По поводу краткости списка тех проблем, с которыми работали сторонники аналитического подхода в XIX в. см.: *Twining W. Globalisation and the Legal Theory*. Ch. 2.

¹⁹ Это основная тема моей работы 2005 г.: *Twining W. Huge Concepts, Will Travel: Analytical Jurisprudence in a Global Context* // *International Journal Law in Context*. 2005. N 1. — О некоторых методологических сложностях см.: *Glenn H. P. Legal Traditions of the World*, 2nd ed. Oxford, 2004. P. 44–51.

¹³ *Twining W. Globalisation and the Legal Theory*.

¹⁴ *Comparative Law in Global Perspective* / Ed. I. Edge. New York, 2000.

способно инспирировать тенденции редукционизма — поиск универсалий, конструирование широких рамочных теорий, а также тенденцию акцентирования внимания на проблемах сходств, а не различий. Подобные тенденции особенно заметны в движении к гармонизации, стандартизации и унификации правовых систем.²⁰ На Всемирном Конгрессе философии права и социальной философии 1977 г. все запланированные на нем доклады были представлены под общей рубрикой «Общая теория права и современность». Никакой подобной теории в итоге не было представлено. Мой доклад «Большой юридический базис» был воспринят как пародирующий общую тематическую рубрику Конгресса, подчеркивающий богатство, плюрализм и сложностную характер наследия мировой теоретико-правовой мысли.²¹ Я не являюсь представителем крайнего партикуляризма, однако центральная тема подхода, рассматриваемого в настоящей статье, заключается в том, что проблемы обобщений в области правовых феноменов — концептуальных, нормативных, эмпирических и юридических — являются центральными проблемами новой общей теории права.

Из общего правила об ограничении употребления терминов, имеющих корневую основу «глобальный», я сделал одно общее исключение. Я поощряю студентов принимать глобалистскую точку зрения как начальную для изучения частных тем учебного курса. Мышление в синкретичных терминах в основном эффективно в целях выведения контекста для более частных тем исследования. Широкие синтетические правовые теории, такие как теория правовых традиций Гленна, или органистические теории, такие как теория Таманайи, также могут быть использованы в определенных целях. Они являются примерами синтетической функции теории права. Они могут представлять ценность как опыт построения мирового исторического атласа права. Правда, несмотря на то что мои собственные усилия, предпринятые в этом направлении, были не более чем иллюстрацией некоторых затруднений на пути к такому пониманию права, многоуровневый характер человеческих взаимоотношений и правовых порядков, сложность и разнообразие правовых явлений, которые являются объектом для нашей научной дисциплины, а также некоторая неразвитость современного «багажа» концепций и данных могли бы стать отравными посылками для такого пересмотра.²² Принятие глобалистской точки зрения также может помочь увидеть масштабы нашего коллективного неведения. Но даже если наша научная дисциплина становится космополитической, значительная доля научного внимания в ее рамках будет неизбежно направлена на частные научно-теоретические исследования. Юристы и ученые-правоведы не могут существовать только за счет научных абстракций.

Если суммировать вышеизложенное, то получается, что мы не можем полностью изгнать из нашего словаря термины, имеющие корневую основу,

²⁰ См. сильную и красноречивую критику тенденции к привилегированному подходу к сходствам в ущерб различиям в: *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* / Eds. P. Legrand, R. Munday. Cambridge, 2003.

²¹ *Twining W. Academic Law and Legal Philosophy: The significance of Herbert Hart // Law Quarterly Review*. 1979. N 95.

²² *Twining W. Globalisation and the Legal Theory*. Ch. 6. — О невозможности сформировать атлас права см.: *Woodman G. Why there can be no map of law? // Legal Pluralism and Unofficial Law in Social, Economic and Political Development* / Ed. R. Pradisan. Catmandu, 2003.

словами со словом «глобальный». На самом деле существуют некоторые вопросы глобальные проблемы и явления. Но дискуссия по вопросам глобальных проблем обнаруживает одновременно тенденцию к узости, к жесткости. Подобное видение проблемы может быть полезным для формирования правового контекста и общих перспектив. Где бы мы ни услышали термин, связанный со словом «глобальный», нам стоит сделать паузу и спросить, был ли этот термин использован правильно или в этом контексте его использование является излишним, поверхностным, вводящим в заблуждение, упрощающим, запутанным, ложным или же попросту бессмысленным.

2.3. «Общая теория права»

Аналогичные доводы применимы и к термину «общая теория права» как историческому в качестве синонима термина «глобальный». «Общая» в данном контексте имеет по крайней мере четыре различных значения: а) абстрактное, как в *théorie générale du droit*; б) универсальное, т. е. отражающее то, что существует всегда и во всех местах; в) общераспространенное, географически или во времени; г) в смысле знания в отношении более чем одного объекта, вплоть до бесконечности.

Различие между общей теорией права и национальной правовой теорией в Англии тождественно общему употреблению этих терминов в континентальной Европе. В своей примечательной книге «Что есть теория права?» Марк ван Хук проследживает историю цивилистических концепций «общей теории права» (*théorie générale du droit, Allgemeine Rechtslehre*) в ракурсе взлетов и падений той служебной научной дисциплины, которая стремилась к утверждению себя между общей философией права и юридической догматикой.²³ Теория права достигла своего расцвета перед Второй мировой войной благодаря издательскому Кельзену, Дюги и Вейрму журналу *Revue internationale de la théorie générale du droit*. «Философия права» рассматривалась там как абстрактная и метафизическая научная дисциплина, удаленная от частных характеристик действительных правовых систем. «Общая теория права» интерпретировалась как эмпирическая отрасль научного знания, связанная с анализом действительных правовых систем на относительно высоком уровне научного обобщения. «Общая» в данном контексте относится скорее к уровню обобщения, чем к географическому охвату, а «общая теория» понимается как научная теория среднего уровня. В английской научно-правовой традиции, напротив, предикат «общая» указывает на распространенность в пространственном значении: Бентам, например, проводил различие между универсальной и локальной теорией права; Остин различал общую теорию права, изучающую право, общее для всех зрелых правовых систем, и теорию права, лежащую в основании отдельных правовых систем.

Соответственно, необходимо делать различие между «общностью» в значении различных уровней абстракции, в значении географического охвата и, наконец, в значении распространенности. Мобильные телефоны или Интернет имеют широкое географическое распространение, не будучи явлениями

²³ *Hoecke M. van. What is Legal Theory?* Leuven, 1985.

абстрактными; мобильные телефоны многочисленны; голландское понятие «*bi-feld*», насколько я могу понимать его, является полностью абстрактным понятием, но оно локально.²⁴ Однако часто обобщение включает ту или иную степень абстрагирования.

На протяжении XIX в. английские правоведы склонны были полагать, что теория права является обобщающим знанием. Традиция естественного права была универсалистской. Бентам развил универсальную науку о законодательстве. Остин более осторожно разработал общую аналитическую теорию права для зрелых наций. Холланд настаивал на том, что теория права является наукой и поэтому должна быть общей. Ведущие представители исторической школы права, такие как Мэн, продвигали дарвинистские обобщения относительно права и социальных изменений.²⁵ Однако уже на раннем этапе существования академической науки о праве — как в Англии, так и в США — фокус научных исследований в области правовых явлений все более становился партикулярным. Одной из причин данного процесса было то, что изучение фундаментальных правовых понятий своей собственной правовой системы рассматривалось как имеющее большее практическое значение, чем остальная часть учебного плана. Остин, Поллок, Грей и другие ученые открыто подчеркивали практический аспект. Также можно обнаружить наличие признаков скрытого правового релятивизма, представленного В. В. Баклендом.²⁶

В XIX в. сторонники общей теории права под влиянием научных моделей исследования (например, утилитаризма и теории естественного права) проявили тенденцию к утверждению универсального характера своих теорий. Однако сегодня преобладающим для возрожденной общей теории права должен стать вопрос о том, насколько значимо, осуществимо и желательно обобщение — концептуально, нормативно, эмпирически, юридически — в контексте разнообразных правовых традиций и правовых культур. До какой степени правовые явления зависят от специфики культуры и культурного контекста? Имея в виду проблематичность обобщающих категорий, использование значения, приведенного в п. «г», может оказаться более успешным по сравнению с другими по причине его гибкости.

В то время как Бентам и некоторые другие правоведы девятнадцатого века отождествляли предикат «общий» в названии теории права как самостоятельной научной дисциплины с предикатом «универсальный» в ее определении (п. «б»),²⁷ Остин и другие ученые эксплицитно ограничивали свои теории «зрелыми» или, иными словами, «продвинутыми» обществами (п. «в»). Такое

²⁴ Blankenburg E., Bruinsma F. Dutch Legal Culture. 2nd ed. Deventer, 1994.
²⁵ Twining W. Globalisation and the Legal Theory. Ch. 2.

²⁶ Ibid.

²⁷ Развиваемая Таманайей концепция общей теории права является универсалистской по своей тенденции: «Способность собирать информацию о любых социальных сферах и о любых правовых системах, равно как и обо всех видах права, — это именно то, что позволяет считать данный подход общей теорией права» (Tamanaia B. A General Jurisprudence of Law and Society. Oxford, 2001. P. 233).

применение данного понятия можно найти у Харта и его последователей, которые рассматривали современное им государственно-организованное право как парадигматичное проявление права. Географические границы многих современных юридических дискурсов паразитическим образом размыты.²⁸ «Общевещ» в его значениях, приведенных в п. «в» и «г», является гибкой и релятивной категорией, что не относится к категориям «глобальный» и «универсальный».²⁹

В XIX в. термин «партикулярная теория права» имел отношение к научному исследованию понятий и предпосылок, лежащих в основании отдельных правовых систем; общая теория права имела отношение к исследованию двух или более правовых систем, и зачастую ей отводили роль, связанную исключительно с изучением развитых или «цивилизованных» систем; универсальная теория права была скорее похожа на глобальную теорию, хотя часто ее значение ограничивалось исследованием права суверенных национальных государств. Обобщенность и партикулярность являются родственными характеристиками. Глобализация применима и к праву, и к его изучению. Но из этого не следует, что сегодня требуется именно разработка глобальной теории права, если под последней понимать науку, исследующую феномен права исключительно или преимущественно с глобальной точки зрения. Такой вывод оказался бы слишком узким. Старый термин «общая теория права» по сравнению с термином «глобальная» является более широким и одновременно более гибким. В настоящей работе я буду использовать термин «общая теория права» для обозначения теоретического изучения двух или более правовых традиций, культур или правопорядков (включая таковые внутри одной и той же правовой традиции или правовой семьи),³⁰ начиная с компаративного анализа на микроуровне вплоть до универсального уровня.³¹

Почему я говорю именно о «возрождающейся» общей теории права, в то время как некоторые выдающиеся правоведы современности, такие как Харт и Raz, настаивают на том, что занимаются «общей теорией права»? Отвечая коротко на данный вопрос, следует отметить, что, хотя большинство работ этих авторов может быть рассмотрено в качестве примеров общей теории права, их концепция общей теории права достаточно узка, так как связана преимущественно с государственно организованным правом, что, по сути, является типично

²⁸ Twining W. Globalisation and the Legal Theory. Ch. 2. — Например, иногда трудно сохранять уверенность в том, что теория принятия судебного решения Дворкина связана с американским федеральным правом, с правом Соединенного Королевства, с английским правом, с «общим правом» либо же выходит за их пределы.

²⁹ Twining W. Great Juridical Bazaar. P. 338–341.

³⁰ Настоящая работа ставит себе целью теоретизирование, не ограниченное новыми традициями и культурами. Однако сравнительные исследования и обобщение в рамках данной правовой традиции также могут оказаться проблематичными и вызвать пренебрежение со стороны юристов, занимающихся компаративистикой (о сравнительном общем праве см.: Twining W. Globalisation and the Legal Theory. P. 145–148).

³¹ Эта концепция обнаруживает некое родство со словоупотреблением, имевшим место в XIX в., но отличается от него по трем основным направлениям: 1) она считает проблематичными обобщения применительно к правовым явлениям; 2) она имеет дело со всеми уровнями правопорядка, а не только с государственно организованным правом и международным публичным правом; 3) она рассматривает феномены нормативности и правового плюрализма как центральные в теории права.

западным подходом. Моя концепция намного шире и опирается на пример тех эпох, когда такие разные правоведы, как Бентам, Остин, Мэн, Холланд, а также последователи традиции юснатурализма воспринимались как ученые, изучающие различные аспекты «теории права». Ярлык сам по себе не важен, тем не менее случается так, что им злоупотребляют. Кроме того, современные правоведы, которые последовательно создают общую теорию права, являются исключением из правила, поскольку большая часть представителей англо-американской правовой теории ограничена исследованием исключительно правовых систем современных западных государств, а порой, и довольно часто, исследованием только правовых систем Соединенных Штатов и Соединенного Королевства. Наконец, моя концепция общей теории права намерена бросить вызов тем тенденциям (часто латентным), которые связаны с проецированием провинциальных или этноцентристских предрассудков на западные правовые порядки, культуры, традиции.

2.3. Теория права, философия права и социолого-правовые исследования

«Юриспруденция», «теория права» и «философия права» не имеют однозначно установленного значения ни в англо-американской, ни в континентально-европейской правовых традициях.³² В настоящей работе я рассматриваю юриспруденцию и теорию права как синонимы, а философию права — как одну из частей (наиболее абстрактную) теории права. С этой точки зрения, юриспруденция — это теоретическая часть правоведения, научная дисциплина с определенным количеством направлений или функций, выполнение которых содействует здоровому развитию правоведения.³³ Теоретический вопрос является вопросом, постановка которого связана с относительно высоким уровнем абстрагирования. Некоторые темы научно-правового исследования, такие как теории справедливости, вопросы метафизики, эпистемологии или метаэтики, принадлежат к области философско-правовых исследований именно в данном ограничительном смысле. Некоторые теоретические вопросы (например, «что является действительным и бесспорным аргументом в пользу того или иного решения вопроса о праве в контексте проблемы принятия судебного решения?») являются только отчасти философскими, так как они связаны с исследованием природы обоснования решения. Но они также включают определенные элементы, для исследования которых философы не имеют специальных средств, такие как критерии различения вопросов права и вопросов факта, а также природа судебного решения.³⁴ Никто не может считать само

³² Более подробный разбор этого вопроса см.: *Twining W. The Province of Jurisprudence Re-examined* // *Julius Stone Lecture, en Dauvergne*. 2003. Cap. 2.

³³ *Ibid.*

³⁴ По мере того как мы спускаемся по лестнице абстракций, возрастает и потребность в знании о местном праве. Например, вопрос о том, что является действительным, убедительным и подходящим аргументом при рассмотрении процесса принятия судебного решения в рамках общего права Англии и Соединенного Королевства, требует более глубокого знания об институциональном и культурном контексте, даже если данный вопрос относится к отдельно взятому суду (Палата лордов, коронные суды) или к отдельному судье в конкретном деле.

собой разумеющимся, что судьи и сами судьи институционализированы одинаково в Нидерландах и в Англии, не говоря уже о целом мире;³⁵ никто не ждет, пока философы внесут в данные вопросы достаточно ясности, тем не менее теория принятия судебного решения и теория законотворчества являются важнейшей частью «повестки дня» общей теории права.

Герберт Харт писал, что «нет таких четких границ, что отделяют круг научных проблем (той или иной отрасли) правоведения от проблем философии права».³⁶ Он продолжает: «Все же мало пользы из разработки традиционного разграничения между философией права, юриспруденцией (общей и частной), а также теорией права».³⁷ Я соглашусь с первым утверждением, однако, разойдусь во мнениях с Хартон относительно второго утверждения по ряду причин. Прежде всего, в последнее время существует тенденция рассматривать философию права и теорию права как соразмерные научные дисциплины. Однако данная тенденция сопрягается с другой тенденцией, а именно фокусировать внимание на наиболее абстрактных вопросах в ущерб исследованию других, не менее важных в научно-теоретическом отношении, однако менее абстрактных вопросов. Также существовала тенденция критиковать всех юристов на уровне философии.³⁸ Однако далеко не все вопросы теории права являются исключительными или преимущественно философскими вопросами, да и далеко не все юристы являются философами.

Идея о «философски значимых» вопросах и понятиях способна навести мосты между правом и философией посредством определения круга общих научных интересов; но она способна также отвлечь внимание от проблем и понятий, которые являются значимыми для теории права.³⁹ Справедливость, субъективные права, правила, причинная связь и аргументация являются общеизвестными примерами понятий, которые важны одинаково как для теории права, так и для философии. Понятия традиции, культуры, института, коррупции, проблема пыток могут быть потенциально интересны для философии, однако они не получат той доли научного внимания с ее стороны, которого они заслуживают. Но существуют другие понятия, которые могут получить выгоду из методов концептуального понимания, разработанных представителями аналитической философии, даже если они не поднимают вопросов, имеющих философское значение, например, «юрист», «юридический спор», «суд», «юрисдикция», «неисполненные юридические потребности».⁴⁰

³⁵ Проблематично рассматривать суды, судебные решения, судей как аналитические понятия (*Twining W. Globalisation and the Legal Theory*. P. 65). См. отважную попытку обрисовать основные моменты процесса принятия судебного решения в работе Шапиро: *Shapiro M. Courts: a comparative and political analysis*. Chicago, 1981.

³⁶ *Hart H. L. A. Problems of Philosophy of Law* // *Encyclopedia of Philosophy* / Ed. P. Edwards. New York, 1967.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Leiter B. Is there an American Jurisprudence? // Review of Neil Duxbury's Patterns of American Jurisprudence* // *OJLS*. 1997. N 17.

³⁹ *Twining W. Great Juridical Bazaar*. P. 569–571.

⁴⁰ Например, проблемы конструирования подходящих аналитических категорий для компаративного анализа юридических профессий и юридического образования породили

Возрождение тесных теоретических контактов между теорией права и аналитической философией в 1950-х гг., для чего Герберт Харт сделал много полезного, привело науку о праве к определенным теоретическим разработкам, которые обеспечили условия для лучшего понимания права. Помимо собственно работы Харта в области общей теории права и в области партикулярной (или специальной) теории права большой вклад в разработку данной проблематики внесли его прямые последователи, включая несколько значительных фигур, из которых наиболее известны Дворкин, Финнис, Маккормик и Раз. Несмотря на то что некоторые научные дискуссии вокруг позитивизма кажутся граничащими с манией и с недавнего времени стали вестись с невиданной жесткостью, Брайан Лайтер напомнил нам о вкладе следующего поколения аналитических философов в широкий круг научных вопросов.⁴¹

Через 50 лет с того момента, когда Харт произнес свою знаменитую inauguralную лекцию, возникло множество позитивных моментов — и не только применительно к пространной и изощренной литературе, но и применительно к оживленному междисциплинарному взаимодействию, которое включает философов, интересующихся проблемами права, и правоведов, интересующихся проблемами одной или более отраслей философского знания, ученых, работающих одновременно как в области правоведения, так и в области философии, а также философов, занимающихся исследованием проблем правоведения с целью получения достаточного количества знаний о национальном праве, получения признания в качестве почетных юристов. Таким образом, существует большой и довольно разнообразный резерв талантливых людей, хорошо подготовленных для того, чтобы взяться за новый круг проблем.

Несмотря на многочисленные научные достижения, в последнее время можно наблюдать состояние возрастающей неудовлетворенности от доминирования аналитической философии права; и это относится как к довольно закрытому кругу ее приверженцев, так и к сторонникам альтернативных концепций. Это во многом сложный вопрос, поскольку критика звучит с совершенно разных позиций, основания критики варьируются, а наиболее оживленные в полемическом отношении научные дискуссии приобрели до последнего времени форму персонального выяснения отношений. В настоящей работе я ограничусь выдвиганием двух общих упреков: 1) философия права стала слишком отдаленной от

споров по данным направлениям. На более обыденном уровне создается впечатление, что недостаточно разработанный статистический учет правовых явлений в мировом и национальном масштабах является следствием отсутствия стабильных концепций, пригодных для этих целей (*Twining W. Globalisation and the Legal Theory*. P. 153–157).

⁴¹ *Leifer B. Naturalism in Legal Philosophy // Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford, 2004. — Лайтер одновременно перечисляет в качестве традиционных предметов исследования философии права и в качестве более свежих исследований оснований различных областей материального права теорию уголовного права, концептуальные и моральные основания частного права, прояснение центральных понятий абстрактной теории права (таких как власть, основания, правила и конвенции), возрождение теории естественного права, исследование возможных сфер применения философии языка, метафизики и эпистемологии (*Ibid.* P. 166–170). Можно дополнительно отметить богатейшую литературу по пограничным проблемам правовой и политической теорий, особенно в части теоретизирования по поводу либеральной демократии, равно как и ряд важнейших исследований в сфере истории политико-правовой мысли, особенно тех, что касаются Бенгтама.

общего юридического образования и правовой практики; 2) научно-правовая повестка дня тех научных проблем, которые были адресованы научному сообществу представителями основного направления аналитической философии, является слишком узкой. Я намерен констатировать относительную правоту этой критики, а также выявить признаки того, что мы вступаем в новую научную эру.

а) философия права вне предметного сопряжения с юридическим образованием и правовой практикой

Эти упреки связаны в основном с все еще продолжающимися спорами вокруг позитивистских теорий права, особенно со спором Харта — Дворкина, а также с научными дискуссиями, поводом к которым послужил постскриптум Харта к его «Понятию права». В течение нескольких последних лет многие студенты жаловались, что между подобной теорией права и остальными предметами в учебном расписании нет видимой связи или она минимальна. Аналогичным образом, многие ученые выказывали ряд критических замечаний относительно того, что они находят мало ценного для их отраслевых исследований в подобных теориях. С этой точки зрения, значительная часть философии права стала чересчур абстрактной, слишком эзотерической, а также, возможно, слишком изощренной для того, чтобы обеспечивать здоровое состояние этой научной дисциплины. Короче, аналитическая философия права стала отдельным предметом.⁴²

Некоторые из этих проблем нашли отражение в острой критике Рональда Дворкина в адрес недавно вышедших в печати работ позитивистского толка, примером которых могут служить статьи Джулза Кольмана и Джозефа Раза.⁴³ Основная аргументация Дворкина заключается в том, что «позитивисты заимствуют понятие права не потому, что это отвечает внутренним запросам научного исследования права, а по причине того, что это позволяет им рассматривать философию права в качестве автономной, аналитической и самодостаточной научной дисциплины».⁴⁴ «Они делают мало усилий для того, чтобы связать в одно целое аналитическую философию права либо с философией вообще, либо с основополагающей правовой практикой, наукой или теорией».⁴⁵ Как считает Дворкин, подобной рода научная деятельность является узкой, аскетической «птолеевской» картиной мира, аналогичной схоластической философии.⁴⁶ Он противопоставляет данную неисторическую и стерильную научную деятельность «совершенно обыденному и земному характеру того, о чем я действительно говорил».⁴⁷

⁴² *MacCormick N., Twining W. Theory in the Law Curriculum // Twining W. Law in Context: Enlarging a Discipline*. Oxford, 1997. Ch. 7.

⁴³ См. рецензию Кольмана (*Coleman J. The Postscript: Essays on Hart's Postscript to the Concept of Law*, Oxford, 2001), в которой тот выступил против тезисов Дворкина: *Dworkin R. Thirty Years On // Harvard Law Review*. 2002. N 115.

⁴⁴ *Ibid.* P. 1656.

⁴⁵ *Ibid.* P. 1678.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.* P. 1687.

аналитически корректным, поскольку концептуальная разработка проблемы так же важна для социологических научных исследований, как и для применения в качестве методов изложения и концептуального анализа, развитых аналитической философией. Результаты такой разработки применимы к важнейшим концепциям в социально-правовых научных исследованиях и в социальных науках в целом.

Недавно Николай Лейси выдвинула более основательное объяснение узкого характера большинства концепций современной аналитической философии права.⁵⁶ Хартовская правовая концепция имеет своим корнем научную деятельность «внутри научно-философского сообщества, которое узко представляло свои собственные границы».⁵⁷ Харт рассматривал философские проблемы как вполне самостоятельные по отношению к таковым в области истории и социологии и отвергал идею о наличии преимущества между ними. Харт мало изменил свои воззрения под влиянием исторической и социологической критики его «Понятия права», так как такая критика поднимала вопросы, отличные от тех, на которые Харт был готов ответить. Как следствие, «социально-фактическое» измерение хартовского «Понятия права» оказалось далеким от полной реализации. Джозеф Рاز и другие ученые-правоведы последовали за Хартом в попытке сохранить в своих теориях резкое разграничение между вопросами, относящимися к области философии, и эмпирическими вопросами.⁵⁸ В результате им не удалось положительно разрешить противоречие между акцентированием значения права как социального феномена и отказом от эмпирического подхода к праву.⁵⁹

исследования», могут внушить, что основным, если даже не единственным способом связи между правоведением и социальной наукой является их связь через социологию. Но это не так. Например, в Соединенном Королевстве термин «социально-правовые исследования» изначально был предназначен для бюрократических целей с тем, чтобы обозначить те междисциплинарные исследования права, которые получили поддержку от публичных фондов и которые были связаны с перспективами, методами или концепциями какой-либо из социальных наук. Каждая из этих научных дисциплин имеет сложную привязку к истории, культуре, традициям, внешнеполитическим связям, тенденциям моды. Отношение этих дисциплин к праву также оказывается сложным. В целом соответствующие моменты были хорошо поняты специалистами, вовлеченными в социально-правовые исследования, хотя на историческом уровне вариативность данной проблемы часто забывалась. В тех кругах, где социология не пользуется уважением, подобное отождествление социальных наук с социологией может использоваться в качестве не очень деликатного способа положить своего противника на лопатки (Lacey N. A Life of H. L. A. Hart. P. 149–150, 185, 260–201; Nagel T. The Central Question // London Review of Books. N 23. 03.02.2005).

⁵⁶ Lacey N. Analytical Jurisprudence versus Descriptive Sociology Revisited. 2005. — Эта готовящаяся к публикации работа Лейси является продолжением ее аргументов, изложенных в биографии Харта (Lacey N. A Life of H. L. A. Hart).

⁵⁷ Lacey N. Analytical Jurisprudence versus Descriptive Sociology Revisited. P. 10.

⁵⁸ Лейси считает причиной этого то разграничение, которое Раз вводит между «одномоментными» и «многократными» правовыми системами (Raz J. The Concept of Legal System. Oxford, 1970. Ch. VIII). Возможность выделения правовых систем последнего вида обусловлена в первую очередь их содержанием. Критерием же выделения правовых систем первого вида является выявление действующих юридических стандартов. «Раз можно понять в том смысле, что он предполагает, что социально-теоретический анализ права может быть без ущерба отделен от аналитического анализа» (Lacey N. Analytical Jurisprudence versus Descriptive Sociology Revisited. P. 46).

⁵⁹ «Чем богаче будет характеристика социальной основы права (ее институциональных форм, различных типов ее правил, ее роли и функций), тем менее состоятельной

Лейси полагает, что дилемма, заключающаяся в попытках вывести теорию о праве как о подлинно нормативном порядке, основывающемся на социальном факте, является более актуальной в контексте партикулярной (или специальной) теории права. В дискуссии вокруг книги «Casation in the Law» Лейси признается, что полноценное применение лингвистического анализа к сотням юридических случаев, каковое имело место в вышеуказанной дискуссии, в значительной мере проясняет юридическое понятие причинно-следственной связи, и развивает убедительную критику «каузального минимализма» американских юристов, таких как Вечслер.⁶⁰ Харт и Оноре приводят в своих работах очень содержательный отчет о научно-правовых дискуссиях относительно причинно-следственной связи в праве. Однако они не представляют «никакого систематического анализа институционального, практического, профессионального и других контекстов, в которых применялся правовой язык».⁶¹ Как следствие, данные авторы обнаружили очень бедное представление относительно весьма разнообразных социальных ролей гражданско-правовых договоров, преступлений и деликтов; право анализируется скорее как область доктрины, нежели как социальная практика; как следствие, «право имплицитно представляется (искажается) как основанное — действительно или потенциально — на мета-франке: как моральная или концептуальная структура, чья действительность трансцендирует за пределы пространства и времени».⁶² Далее Лейси иллюстрирует свой тезис отсылкой к хартовской теории ответственности, а также к теории социальных и институциональных оснований корпоративной уголовной ответственности.

Для принципиальных моментов, касающихся аргументации Лейси, следует отметить особо. Во-первых, ее доводы касаются «верности теоретическому пониманию права как социального феномена». Данный тезис следует рассматривать отдельно от общего довода в пользу необходимости построения

будет выглядеть претензия на универсальность... Конечно, Харт хотел поддержать претензию на универсальность, как и на дескриптивный анализ. Тем самым он довольно спорным образом отказался от использования худшего из двух этих слов. С одной стороны, Харт создал теорию, верность которой социально-фактическому измерению означает, что эта теория на самом деле отражает отдельные черты процесса институционализации — а этот факт сам по себе компрометирует универсализацию такой теории (ведь его теория, в конечном счете, вполне уживается с централизованным государственным порядком). С другой стороны, Харт стал жертвой амбициозных претензий на универсальность и не смог сформулировать более или менее полную парадигму институциональной формы права» (Lacey N. Analytical Jurisprudence versus Descriptive Sociology Revisited. P. 16).

⁶⁰ Каузальный минимализм требует того, чтобы не существовало никаких концепций причинно-следственной связи *sui generis*, которая имела бы место в праве за пределами идеи причинно-следственной связи *sine qua non*. Помимо этого... принятие решений в отношении ответственности за причинно-следственную связь основывается на политических соображениях, таких как эффективность, либо же на соображениях морального порядка, таких как вина» (Lacey N. A Life of H. L. A. Hart. P. 212).

⁶¹ Ibid. P. 217.

⁶² Lacey N. 1) Analytical Jurisprudence versus Descriptive Sociology Revisited. P. 45; 2) Philosophical Foundations of the Common Law: Social not Metaphysical // Oxford Essays in Jurisprudence / Ed. J. Holder. 2000.

теории права с социологических позиций.⁶³ Во-вторых, ее тезис касается не только отстаиваемого ею утверждения, что лингвистический анализ правовых дискурсов, отделенный от институционального и социального контекста, является неполным. Скорее, данный тезис утверждает, что подобный подход является ошибочным. Если бы работа «*Casualties in the Law*» включала в свой состав более богатую в сравнении с традиционными теориями подборку различных контекстов, в которых применяется правовой язык, то из нее получилась бы совсем другая книга: «Мы могли ожидать от данной книги исследования таких вопросов, как значение институциональных факторов, которые ограничивают возможность судей апеллировать к прагматическим или политическим аргументам, — вопросов судейской щепетильности по отношению к потребностям легитимации принятых ими решений, вопросов понимания (систематически-специфического) судьями их конституционной роли и т. п. Рассмотрение данных факторов в эмпирической перспективе может привести не только к апелляции к политике в тех случаях, которые касаются вопросов причинно-следственной связи, но и к анализу эволюции самих концепций причинно-следственной связи».⁶⁴

Критика Лейси по отношению к попыткам провести резкую черту между философским и социологическим подходами в правоведении встретила резкую отповедь со стороны философов. Томас Нейджел писал: «Похоже, что Лейси имеет слабое представление о том, что такое философия. Проведенная Хартом научная работа заключается не только в анализе доктринального языка, но и в философском освещении институтов, практики, концепций, а также форм аргументации и форм обоснования принимаемых решений, которые являются основными и наиболее общими элементами права и правовой политики. Харт остро чувствует и адекватно осознает важность институтов и властных отношений, однако теоретические вопросы, поставленные Хартом, не могут быть разрешены через социологические и исторические исследования... Для всех философов понимание, которого они ищут и добиваются, должно достигаться скорее за счет аргументации, нежели за счет эмпирического наблюдения, так как данное понимание связано с концепциями и методами, которые помогают нам описывать то, что мы можем наблюдать, и размышлять об этом. Данные концепции и методы не являются взаимоисключающими подходами или формами познания: они просто задают различные вопросы и действуют на различных уровнях абстракций и теоретических обобщений».⁶⁵

Нейджел посчитал, что целью Лейси было проведение ассоциаций между игнорированием институционального и практического контекста Хартом, с одной стороны, и спором между Дж. Л. Остином и Витгенштейном — с другой.⁶⁶ Но Нейджел полностью упустил смысл ее критики, который

заключается в том, что правовые концепции и доктрины могут быть правильно поняты только в институциональном и практическом контексте их применения. Представления о причинно-следственной связи или о корпоративной ответственности в английском праве, по-видимому, будут не только неполными, но и вводящими в заблуждение, если данные контекстуальные факторы не приняты во внимание. По этой же причине оторванные от правовых институтов и правовой практики представления о «правовом обосновании» или о «процессе судебного принятия решения», вероятно, следует признать чересчур обобщающими или неточными в иных отношениях, если не учитывать различия в институциональном и других контекстах. При этом будут эмпирическими те пределы, в которых данные контекстуальные факторы оказываются схожими или разнообразными в рамках и вне рамок той или иной юрисдикции. Философы, которые желают понимать правовые явления, должны быть оснащены знанием о локальном праве.

Многие из нас на протяжении многих лет доказывали, что право, включая правовые доктрины и концепции, необходимо понимать в заданном контексте. В последнее время можно наблюдать определенные обнадеживающие признаки процессов конвергенции, происходящих между социально-правовыми и аналитическими подходами в правоведении. В течение некоторого времени аналитическая теория права воспринималась враждебно многими учеными, симпатизирующими контекстуальным или социально-правовым перспективам.⁶⁷ Такое пренебрежительное отношение было взаимным.⁶⁸ Однако с недавнего времени образ мысли стал меняться. Ведущие ученые-правоведы социально-правового направления, включая Коттеррелла, Гриффитса и Робертса, признали, что «Понятие права» Харта внесло значительный вклад в социологическую науку.⁶⁹ Лайтер переосмыслил правовой реализм в терминах натуралистической философии, одной из версий которой было рассмотрение философии как соразмерной с эмпирическими исследованиями.⁷⁰ Льюис Корнгаузер не так давно разработал научно-социальную концепцию управленческих структур (одним из их классов являются правовые системы), которая, несомненно, имеет своим идейным источником концепцию права Харта. Особенно примечательна в этом

⁶⁷ Из ранних исследователей Харта, критиковавших его идеи с позиций социальных наук, можно назвать Боденхаймера (Bodenheimer E. *Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness* // UPLR. 1956. N 104). К более поздним примерам враждебного отношения к аналитическому позитивизму можно отнести Петера Фитцпатрика (Fitzpatrick P. *The Mythology of Modern Law*. London: Routledge, 1992) и Моргона Горвица (Horwitz M. *Why is Anglo-American Jurisprudence Unhistorical?* // Oxford Journal of Legal Studies. 1997. N 17).

⁶⁸ Покровительственное отношение оксфордских философов по отношению к юристам времен избрания Харта на должность главы кафедры теории права в Оксфордском университете живо описывается Лейси (Lacey N. *A Life of H. L. A. Hart*. P. 149–150). Кажется, что от Харта ожидали колонизации, утончения и обновления академического права.

⁶⁹ Cotterrell R. *Why Must Legal Ideas be Interpreted Sociologically?*; Griffiths J. *The Social Working of Law* // Journal of Legal Pluralism. 2003. N 48; Roberts S. *Against Legal Pluralism: Some Reflections on the Contemporary Enlargement of the Legal Domain* // Journal of Legal Pluralism. 1998. N 42.

⁷⁰ Leiter B. 1) Is there an American Jurisprudence? // Review of Neil Duxbury's Patterns of American Jurisprudence; 2) Naturalism in Legal Philosophy; 3) Legal Realism, Hard Positivism and the Limits of Conceptual Analysis.

⁶³ Ibid. P. 44; Cotterrell R. *Why Must Legal Ideas be Interpreted Sociologically?* // Journal of Law and Society. 1998. N 25.

⁶⁴ Lacey N. *A Life of H. L. A. Hart*. P. 218.

⁶⁵ Nagel T. *The Central Question* // London Review of Books. N 23. 03.02.2005.

⁶⁶ Если бы Лейси предложила, что в действительности Витгенштейн занимался эмпирическими работами, то данное утверждение было бы неверным. Но она отрицает это (Lacey N. *Analytical Jurisprudence versus Descriptive Sociology Revisited*).

отношении переработка позитивистских предпосылок Харта в концепции Брайана Таманай, для которого эти предпосылки служат отправной точкой его социально-правовой позитивистской общей теории права.⁷¹ Примечателен также факт положительного рецензирования работ Таманай некоторыми правоведами аналитического направления.⁷²

2.4. Значение негосударственного права

В значительной степени развитие западной теории права и правовой науки в XX в. было сфокусировано на внутреннем праве государств. Иногда внимание научного сообщества переключалось на публичное международное право в узком значении этого термина — как права, регулирующего отношения между государствами («Вестфальский договор»). Правовые теории Харта, Роула, Кельзена, а также Раза являются примерами данной научно-теоретической перспективы. Наиболее значительные исключения из этого правила связаны с теориями представителей правовой антропологии, а также правовыми теориями других ученых, которые подчеркивали значение и важность правового плюрализма. В последнее время некоторые ученые-правоведы проявили интерес к следствиям «глобализации», включая таких видных представителей теоретико-правовой мысли, как Гленн, Сантос, Таманай, а также Твайнинг, выдвинувших ряд аргументов в защиту более широких в сравнении с традиционными концепций права, которые включают в себя, по крайней мере, несколько примеров «негосударственного права». Неудивительно, что это встретило определенное сопротивление.

В ближайшем контексте мы можем посмотреть на нашу научную дисциплину и ее объекты через призму процессов глобализации, как географически, так и исторически. В этом контексте моя аргументация в пользу широкой концепции права заключается в том, что фокусирование научного внимания только на праве национальных государств (Вестфальской системы) упускает из вида очень многое, что должно представлять научный интерес для правовой науки. В достаточной мере открытая для заимствований космополитическая наука о праве объективно нуждается во включении в круг своих научных интересов всех уровней отношений и порядков, отношений между данными уровнями, а также всех важных форм права, включая надгосударственное (например, международное и региональное право) и негосударственное право (например, каноническое, транснациональное право, автохтонное право, т. е. традиционное право), а также различные формы так называемого «мягкого права». Видение права в масштабах мира, сфокусированное только на праве национальных государств и публичном международном праве, было бы по многим причинам

⁷¹ *Tamanaha B.* 1) *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law* Oxford, 1997; 2) *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford, 2001.

⁷² *Bix B.* 1) *Conceptual Question and Jurisprudence* // *Legal Theory*. 1995. N 1; 2) *Conceptual Jurisprudence and Socio-Legal Studies* // *Rutgers Law Journal*. 2000. N 32. — Кеннет Химма рекомендует его «безоговорочно, как для философов права, так и для юридических социологов» (*Himma K. E. Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Law* // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2004. N 24). Он также: *Twining W.* *The Province of Jurisprudence Re-examined*.

слишком узким. Например, достаточно трудно оправдать исключение исламского права или других более важных традиций религиозного права из такой перспективы. Тем не менее включение в круг научных интересов правоведения только систем религиозного права или правовых обычаев, официально признанных суверенными государствами (государственный правовой плюрализм), было бы существенным заблуждением.⁷³ Попытка подвести под какую-либо категорию международное публичное право право Евросоюза, торговое право, международный коммерческий арбитраж либо все примеры так называемых «прав человека» приводит к совершенно катастрофическому сужению границ данной категории, не достигая при этом никаких результатов.⁷⁴

Движение в направлении расширения концепции права за счет расширения круга тех основных социальных феноменов, которые традиционно рассматривались в качестве предмета нашей научной дисциплины,⁷⁵ несомненно, вызывает ряд концептуальных затруднений. Однако эти обстоятельства не являются достаточным основанием для возвращения к знакомому уже кругу внутригосударственного права, дополненного несколькими «правообразными» аналогиями. В современном контексте начальным шагом должно стать прекращение ограничения на принятие современного внутригосударственного права как парадигматического случая, посредством обращения к которому ученый может решить, способен ли аналог государства права претендовать на включение в предмет правоведения.⁷⁶ Гленн, Таманай, а также Гриффитс различными

⁷³ Таким же противоречивым будет и утверждение о том, что признание исламского права и иных религиозных правовых систем возможно только в той степени, в которой они признаются суверенными государствами. Странным было бы принимать идею иудейской, исламской или цыганской правовых традиций, но при этом отказываться говорить об иудейском, исламском или цыганском праве; однако такая логика вполне уместна при понимании права только как системы правил (*Religion, Law and Tradition* / Ed. A. Huxley. London, 2002).

⁷⁴ Такая теория государства-оформленного права, как теория Харта, представляет неадекватные концептуальные рамки для основ нашей научной дисциплины, поскольку эта последняя последовательно становится все более космополитической, все более интегрирует различными уровнями правоотношений и порядков. Правовая концепция Харта плохо совместима с правом Евросоюза, с современным международным публичным правом, религиозным и каноническим правом, средневековым и современным торговым правом, не говоря уже о других формах традиционного и обычного права. Последние присутствуют на то, чтобы мы, как юристы и ученые, уделите бы им свое внимание. Короче говоря, понятие из нашего теоретического запаса по внутригосударственному праву не может обеспечить нас адекватным теоретическим основанием для формирования космополитического и в достаточной мере открытого для заимствований подхода в рамках правоведения.

⁷⁵ Разумеется, «понимание права» подразумевает и многое другое. Изучение права в том или ином контексте не обязательно влечет за собой определение права как некоего контекста. В этом отношении нас интересует, что же создает правовые явления в качестве основного предмета нашей дисциплины. Это подразумевает существование определенных средств дифференциации между правовыми и другими явлениями, между правовыми и «неправовыми» правилами, институтами, практиками и процессами. Скептикам по поводу возможности дать общее определение права не влечет за собой отрицание необходимой способности к осуществлению соответствующей дифференциации и конкретизации в данном контексте.

⁷⁶ О различии в рассмотрении иудейской правовой традиции с позиций теолога и юриста см.: *Jackson B.* *Internal and External Comparisons on Religious Law: Reflections from*

путями выводят государство из центра их представлений о праве, не отрицая того, что ориентирующиеся на государство концепции являются наиболее влиятельными, разработанными и одновременно наиболее изолированными правовыми концепциями.⁷⁷

В контексте современной науки о праве рассматриваемая в настоящей статье проблема не является только семантической. Также она не является проблемой определения статуса — призывом к тому, что специалисты в области религиозных правовых традиций, специалисты в области африканского или цыганского права должны быть признаны в качестве юристов и правоведов. На самом деле это проблема здоровья нашей науки, а также проблема нашего коллективного невежества и маргинализации правовых идей, норм, институтов и практики западных правовых традиций. Мой основной тезис в данном контексте заключается в том, что нам впредь необходимо мириться с подобным узким фокусом нашей науки, что необходимо существующее перераспределение научного внимания и ресурсов, а также в том, что подобная переориентация нашей научной дисциплины поднимает фундаментальные проблемы сравнения и обобщения в рамках разных правовых традиций, культур и других граней,⁷⁸ с которыми наш инструментарий пока не позволяет нам успешно работать.

Некоторые коллеги способны с легкостью допустить, что больше внимания необходимо уделять другим правовым традициям и правовым культурам, что подобные изменения могут иметь результатом определенные следствия для правовой теории. Они также могут допустить, что принятие глобальной перспективы в начале XX в. способно предоставить ряд существенных доводов в пользу тезиса о том, что исключительное фокусирование научно-правового внимания на внутригосударственном праве является слишком ограниченным по многим причинам практического и теоретического характера, а главным образом в курсе сбалансированности точки зрения на предмет науки о праве, изначально являющейся космополитической научной дисциплиной. Тем не менее такие ученые-правоведы все еще могут думать о резком разрыве с ориентированными на государство правовыми концепциями или с тем, что Саймон Робертс назвал «попытками ослабить концептуальные связи между правом и правительством».⁷⁹ Данная обеспокоенность оправдана не только в связи с моим тезисом, выдвинутым в настоящей работе, но и ввиду расширения аргументативной базы заявлений о важности негосударственного права в разнообразных контекстах.

Научная литература на тему процессов глобализации переполнена рассуждениями об отказе от понятия суверенитета, об изменении значения понятия национально-государственных границ, о религиозном возрождении, об усилении Jewish Law // *Daimon Annuario di diritto comparata della religione*. 2002. N 2.

⁷⁷ Glenn H. P. *Legal Traditions of the World*. 2nd ed. Oxford, 2004; *Tamanaha B. A General Jurisprudence of Law and Society*; Griffiths J. 1) *The Social Working of Law*; 2) *What is Legal Pluralism?* // *Journal of Legal Pluralism*. 1986. N 24.

⁷⁸ Об аналитической ценности понятий культуры, традиции, цивилизации и религии см.: *Symposium on Glenn Legal Traditions of the World* / Ed. N. Foster // *International Journal of Comparative Law*. 2005. N 1.

⁷⁹ Roberts S. *After Government? On Representing Law Without the State* // *M. L. R.* 2005. N 68.

процессов миграции и переселения, о расширении мультикультурализма, об упадке международного частного права и возрастании роли и значения частного транснационального правосудия, о важности неформальных горизонтальных транснациональных связей государственных служащих и судей, о возрастающих роли и значении негосударственных субъектов права и т. д. Наиболее запальчивые формы дискуссий на тему процессов глобализации включают такие призывы к глобальному правительству, «мир без границ». Очевидно, что такое интенсивное развитие заслуживает особого внимания со стороны юристов, однако его значение является спорным и трудно поддается интерпретации. Тем не менее доказательство того, что феномен негосударственного права заслуживает большего внимания со стороны юристов и правоведов, само по себе не подразумевает никаких специфических обязательств к занятию определенной позиции, связанной с разделением или признанием какой-либо формы данного развития. Падает ли относительное значение и важность национальных государств в действительности? Данный вопрос является крайне сложным и неоднозначным, и ответ на него наилучшим образом может быть найден на более низких уровнях обобщения. Для целей последующего изложения достаточно будет краткое повторение доводов в пользу привлечения повышенного внимания научного сообщества правоведов к проблеме негосударственного права.

Среди других ученых-правоведов Патрик Гленн достаточно обстоятельно обосновал общий довод в пользу серьезного восприятия негосударственного права.⁸⁰ Ради краткости изложения я принимаю здесь его аргументацию. Национальные государства, как основная форма власти, медленно возникали в Европе примерно между XIII и XVI вв. Современная концепция суверенных национальных государств с их монополией на законодательную власть на соответствующей территории является доминирующей концепцией на Западе только два века. Но даже в течение этого времени такое доминирование не было исключительным: «До недавнего времени существовало значительное соответствие между так называемой теорией государственных форм права и реальной правовой практикой как в Европе, так и в США. Однако в каком-либо другом месте оно было бы воспринято *sim grano salis*.⁸¹ Государства в колониальном мире (в остальном мире) существовали на протяжении XVIII, XIX и XX вв. в состоянии хрупкого равновесия между местным правом (в его негосударственной форме) и правом метрополии как правом колониальной власти. Механизм идентификации носил комплексный и взаимопересекающийся характер, а право рассматривалось в плюралистическом ключе; государственно-оформленное право было по необходимости ограничено, а колонизированные народы играли активную роль в праве, которое применялось к ним... Право на протяжении веков рассматривалось в транснациональном ключе».⁸²

⁸⁰ Glenn H. P. 1) *A Transnational Concept of Law* // *The Oxford handbook of Legal Studies*, 2003; 2) *The nationalist heritage* // *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* / Eds. P. Legrand, R. Munday. Cambridge, 2003.

⁸¹ С крупинкой соли, саркастично (лат.). — Прим. пер.

⁸² Glenn H. P. 1) *A Transnational Concept of Law*; 2) *Persuasive Authority* // *McGill Law Journal*. 1987. N 9.

Независимо от различий в степени влияния и распространения государственного права Гленн подчеркивает разнообразие форм, в рамках которых существуют государства, и недостаток аналитического потенциала концепции национальной правовой системы. Возможно, существует порядок двух сотен членов ООН, однако в ООН также входят несостоявшиеся государства, карликовые государства,⁸³ разделенные государства, находящиеся в состоянии длительной гражданской войны государства, коррупционные, деспотические, а также анархические режимы. В большинстве случаев светская форма государства, со всем ее разнообразием и изменчивостью, является довольно поздним феноменом с неглубокими корнями. Будучи во многих случаях результатом политики колониализма и империализма, в последующий период стабильности и гегемонии современной формы государства в политической жизни социумов часто подвергались вызову (например, приграничные споры, гражданские войны, революции и завоевания).

Концепция национального государства, которая является, например, основой для членства в ООН, является, по существу, формалистской, не дающей ровным счетом ничего ни для понимания различия в видах государств и в степени действительного контроля над территорией государства, ни для уяснения слабости и принципиальной подверженности изменениям данной политической формы государства.⁸⁴

Гленн рассматривает право национальных государств как одну из многих возможных традиций. Наряду с различными формами негосударственного права на провинциальном уровне он исследовал вклад ученых-правоведов в изучение и понимание *ius cottume*, торгового права, традиции естественного права, законов о статусе личности, правовых обычаев и прогрессивной правовой практики, способствующей развитию международного права. Он связывает этот подход со своим общим тезисом относительно традиций и убеждающей власти.

⁸³ Braithwaite J., Drahos P. *Global Business Regulation*. Cambridge, 2000. — В этой работе указывается, что в 1990-х гг. более половины крупнейших экономических систем мира были скорее корпорациями, чем государствами (цит. по: Glenn H. P. *A Transnational Concept of Law*. P. 846).

⁸⁴ «Определение государства предполагает унификацию, поскольку все государства составлены из однообразных элементов: правительство и определенная территория. Международное право поддерживает кажущуюся унификацию, поскольку все государства считаются равными, по меньшей мере в принципе. Тем не менее национальные традиции кристаллизуются во множестве различных форм, одни из которых близки европейской модели, а другие достаточно удалены от нее. Различные варианты при выборе, который граждане каждого государства совершают по отношению к конститутивным элементам государства. Традиция национальных правовых систем не создает никаких препятствий к этому, поскольку данные системы определяются лишь как «составные целостности с взаимодействующими элементами». Именно поэтому понятие государства оказывается неуподобным; оно является формально-описательным и практически все может мыслиться под термин «система». Этим и объясняется общераспространенность выражения «правовая система» применительно к описанию совершенно различных правовых явлений в мире» (Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions / Eds. P. Legrand, R. Munday. P. 90–91). См. также: *Twining W. Globalisation and the Legal Theory*. P. 178–184. — Делаемый Гленном акцент на разнообразии государств и на формальной природе данной категории резко контрастирует с акцентированием Симоном Робертсом особенности государственного права как формы установления порядка, о чем говорилось выше.

«Прежние способы обоснования права, выходящего за пределы государства, являются более чем относительными, так как международное право не рассматривается (в общем) в качестве обязательного права (в этом правиле имеются исключения)... Однако протогосударственное и надгосударственное право имеют общую характерную черту — это право, которое предоставляет сторонам дополнительные нормы и тем самым противостоит обязывающему праву. Понятие о правовом связывании людей было необходимо для целей коллективной идентификации, по аналогии с организованной религией и государством».⁸⁵

Повествование Патрика Гленна о правовых традициях мира, возможно, противоречиво,⁸⁶ но оно является наиболее понятным и убедительным в плане серьезного научно-теоретического изучения значения негосударственного права с точки зрения глобальной переломной перспективы. Подобный подход сопряжен с довольно радикальным переломом доминирующей западной традиции академического правоведения, и, как представляется, будет мало удивительно, что в том, что его появление вызовет определенное беспокойство среди правоведов и юристов. Подобного рода научные проблемы заслуживают адекватного и себе отношения. Ниже я укажу на четыре предостережения, которые были по этому вопросу выражены. Я попытаюсь доказать, что, несмотря на то что глобальное видение вопроса открывает заманчивые перспективы для правоведения, разрыв с доминирующей теоретико-правовой традицией для правоведения слишком резким, как это кажется на первый взгляд. Я рассмотрю далее данные научно-теоретические возможности под следующими четырьмя заголовками:

- 1) Угроза либеральной демократии?
- 2) Растворение правоведения как научной дисциплины?
- 3) Концептуальные трудности I: проблема конечного пункта в определении.
- 4) Концептуальные трудности II: особенность государственного права.

1) Угроза либеральной демократии?

Значительная часть современной англо-американской теории права была в последние годы сфокусирована на развитии либерально-демократических теорий, примером чему могут служить работы Роулза, Дворкина, Раза, а также Маккормика. Подобного рода политико-правовые учения до настоящего времени были замкнуты на государстве.⁸⁷ На протяжении большей половины XX в. данные теории рассматривались как своеобразное оружие борьбы между идеями минималистского / реагирующего государства, государства всеобщего благосостояния, административного государства.

Некоторые политические мыслители и ученые-политологи отметили серьезные перемены в умонастроениях ученого сообщества. Был период, когда правые либертарианцы с опаской смотрели на государство, а для левых рассмотрение государства было связано с надеждой на лучшее будущее для

⁸⁵ Glenn H. P. *A Transnational Concept of Law*. P. 849.

⁸⁶ *Symposium on Glenn Legal Traditions of the World* / Ed. N. Foster.

⁸⁷ Однако для некоторых представителей социальных наук понятие властвования выходит далеко за пределы государства, включая в себя, например, экономику, семью и общину.

озабоченность может быть выражена следующим образом: наша традиция академического правоведения была ориентирована на государство, и это было правдиво по трем основным причинам. Во-первых, внутригосударственное право является наиважнейшей частью нормативного порядка (или права в широком значении). Во-вторых, нам скажут, что мы сами же говорим о том, что правоведение является научной дисциплиной, ориентированной на участников, которая фактически тесно связана с юридической практикой в широком смысле. Профессиональные юристы — судьи, служащие государству юристы, частично практикующие юристы и даже законодатели — занимаются практически только государственным правом и преимущественно внутригосударственным правом той или иной страны. В своей практике они не встречаются с негосударственным правом. В-третьих, академическое правоведение глубоко связано с подготовкой к юридической практике. В значительной степени юридическая наука служит потребностям юридического образования. Поэтому базовые навыки ученого-правоведа подразумевают овладение практическими деталями и социализацию в локальную правовую культуру, и в особенности интеллектуальные навыки и «ментальность» юристов, занимающихся практикой в рамках той или иной системы или традиции. Даже тогда, когда юридическое образование представляет себя в качестве хорошего средства для общего либерального образования, сущность данной дисциплины остается связанной с интеллектуальными навыками, которые подразумевают анализ, интерпретацию, применение и аргументацию по поводу частных вопросов. Изучение других правовых традиций в рамках специальных курсов может быть полезным лишь как побочная деятельность. Но, как правило, такое изучение предполагает исследование общих вопросов, а не того, как участвовать в отделенной взятой правовой системе.⁹¹ Опыт показывает, чтоистики негосударственного права, даже если они оказываются в наличии, менее подходят в качестве средств для развития интеллектуальных и практических навыков, чем кодексы, законы, прецеденты и другие традиционные материалы для обучения праву.⁹² Хорошее знание других правовых традиций может восхитить, но оно не заменит последовательного изучения особенностей местного права. Для того чтобы правоведение было внутренне связным, управляемым и упорядоченным, этой научной дисциплине следует продолжить ориентироваться на местное внутригосударственное право.

Здесь не место вдаваться в дискуссии по сложным вопросам о влиянии глобализации на юридическое образование, профессиональную подготовку

⁹¹ О различии между тем, о чем учить и как учить, см.: *Twining W. Law in Context: Enlarging a Discipline*. P. 181–183. — Частично позиция Рональда Дворкина заключается в том, что его теория концентрирует внимание на детальной аргументации по частным вопросам (особенно о сложных прецедентах) в рамках данной правовой системы, тогда как дескриптивные теории (такие как теории Харта и Таманай) занимаются научным анализом на более абстрактном уровне и с точки зрения внешних наблюдателей. Кажется, что описание Хартом формы и структуры государственной правовой системы оказывается весьма шатким и дает очень мало или же вообще ничего не дает для ориентации судей и других юристов.

⁹² Это подтверждается моим собственным опытом — попыткой преподавать «обычное право» в Судане и Восточной Африке (*Twining W. Law in Context: Enlarging a Discipline*, Ch. 2).

народного суверенитета, социальной справедливости и прав граждан. Но в последние годы преобладающие взгляды переменялись в пользу подозрительного отношения как к государству, так и к национализму.⁸⁸ Данные тенденции в свою очередь вызвали опасения по поводу того, что это приведет к анархии, репрессиям и несправедливости. Конечно, можно утверждать, что такие политические идеалы, как демократия, правовое государство, гражданство, права человека, справедливые судебные разбирательства, общественное благополучие и социальная справедливость, зависят (в том, что касается осуществимости) от наличия относительно сильных и стабильных форм централизованного управления.

Подобные опасения могут быть вполне основательными. В рамках теории права нет никаких оснований для отказа от признания важности того факта, что рассматриваемое в широком смысле право попадает в категорию «негосударственного права». Но здесь нужно учитывать, что правоведы не должны более романтизировать негосударственное право и не должны смотреть на государственное право сквозь розовые очки.

Стоит отметить, что ряд тех, кто выступает за широкое понимание права, делают схожее предупреждение: например, Сантос прямо утверждает, что «в правовом плюрализме нет ничего, что было бы само по себе хорошим, прогрессивным или эмансипирующим».⁸⁹ Тойбнер критикует туманность и непонятность постмодернистского отношения к правовому плюрализму. Интересно, что Брайан Таманай, когда-то посвятивший целую книгу оживленной аргументации в пользу широкого понимания права, сейчас практически полностью фокусирует внимание на государственном праве в своих работах о правовом государстве как идеале.⁹⁰ Урок понятен: позитивистская концепция права, включающая в себя некоторые образцы негосударственного права, никоим образом не влечет одобрения существования негосударственного права в целом, равно как и отдельных его образцов. Тем более данный подход не подразумевает того, что национальное государство и демократическое правление находятся во временном упадке.

2) Растворение правоведения как единой научной дисциплины?

Предмет основной озабоченности для многих ученых-правоведов и преподавателей права заключается в том, что энтузиазм в принятии «глобализации» приводит к тому, что правоведение отрывается от своих корней в отдельной правовой традиции и во внутригосударственной юридической практике. Эта

⁸⁸ Ассоциируемое прежде всего с влиянием Фуко и его сторонников, новое преобладающее настроение в лагере левых оказывается антигосударственным, либеральным, боящимся авторитаризма, с недоверием относящимся к коллективизму. Здесь я буду утверждать, что только сильная политика может выдержать испытание демократическим самоуправлением с индивидуальной свободой и социальной справедливостью; только сильное государство может защищать против деструктивных сил глобального капитализма и расцепляющих сил партикуляризма и самоидентификации.

⁸⁹ *Santos B. 1) Toward a New Common Sense*. London, 1995. P. 114–115; 2) *Toward a New Common Sense: Law, Globalisation and Emancipation*. London, 2002. P. 90–92.

⁹⁰ *Tamanaha B. On the rule of law: history, politics, theory*. Cambridge, 2004.

исповедать и признание — в своих других работах я говорил о том, что различные доводы применительно к юридической науке и образованию возникают практически по тем же основаниям, что выдвигаются в качестве возражений на эти же доводы.⁹³

Вместе с тем защита традиционного способа видения задач правоведения может легко выйти за границы государства. Негосударственное право стоит в более непосредственной связи со многими видами юридической практики, чем это обычно признается. Наша дисциплина никогда не была полностью сконцентрирована на внутригосударственном праве, а сейчас она все более и более становится космополитической. Юридическая наука и юридическое образование фактически оказываются довольно чувствительными к вызовам времени, ассоциируемым с «глобализацией». Например, в моей собственной стране каждый студент-юрист изучает право Евросоюза по меньшей мере через Пакт о правах человека 1998 г., Европейскую конвенцию о правах человека. Все больше предлагается дисциплин по выбору, которые эксплицитно ориентированы на транснациональный аспект (например, международная торговля, права человека, эмиграционное законодательство, право Интернета). Возможно, здесь значим тот факт, что многие учебные курсы признаются имеющими важное транснациональное измерение (например, регулирование, коммерческое право, природоохранное право, интеллектуальная собственность, трудовое право). Семейное право и феминистская правовая теория становятся все более чувствительными к мультикультурализму. В рамках конституционного права, равно как международного права и теории права, оспариваются все ценные воззрения о суверенитете. Основной учебник по английской правовой системе уделяет значительное место «альтернативным способам разрешения споров»,⁹⁴ а учебные курсы под данным именем делают явный акцент на межкультурном и транснациональном общении. При исследовании преподавания на бакалавриате Лондонского университета было отмечено, что более двух третей учебных курсов имеют дело с вопросами, связанными с международными,

⁹³ *Twining W. A cosmopolitan discipline? Some implications of «globalisation» for legal education.* — Эта статья касается в первую очередь юридической науки и правовой теории, точнее, вопросов о том, что способствует лучшему пониманию права с глобальной и транснациональной точек зрения. И лишь опосредованно вопрос ставится о том, что это дает для преподавания права. На этом этапе исторического развития большинство форм международной и транснациональной юридической практики оказываются довольно специализированными. С одной стороны, очень мало кто из студентов-правоведов довольно позволить себе сфокусировать интересы только на одной из отраслей права. С другой стороны, мы еще далеки от того времени, когда первичное юридическое образование будет нацелено в значительной степени на выпуск юристов, специализирующихся на глобализованном или европейском праве, либо специалистов по международному праву. Но студентам-правоведам бывает, как правило, полезно знакомство с более широкими перспективами и с различными уровнями правопорядка и их взаимодействием между собой. Лично я достаточно скептически отношусь к быстрому развитию между и радикально транснационального юридического образования, по меньшей мере первых курсов университетов. Космополитическая научная дисциплина не оправдывает пренебрежения к знанию местного права. На настоящее время правилом пока должно оставаться: «Мысли глобально, но смотри локально».

⁹⁴ *Bradney A., Cowrie F. English Legal System in Context.* London, 2003.

транснациональными, зарубежными или сравнительно-правовыми проблемами.⁹⁶

Если подвести итог, то озабоченность по поводу того, чтобы наша дисциплина не потеряла точки соприкосновения с особенностями внутригосударственного права, оказывается вполне оправданной, и ничто в данной статье не имеет целью предположить что-то иное.

3) Концептуальные трудности I: проблема конечного пункта в определении

Более традиционная форма проявления заботы выражалась в аргументах по поводу «шлюзов» в науке. Если открыть дверь для тех или иных образцов государственного права, то у нас не будет ясного основания для разграничения между правовыми нормами и другими социальными нормами, между правовыми институтами, практиками и другими социальными институтами и практиками, между юридическими традициями и иными общими интеллектуальными традициями, и т. п. Давайте называть эту проблему проблемой конечного пункта в определении. В рамках научной литературы по вопросам правового плюрализма можно найти три основных способа отношения к этой проблеме.

Во-первых, некоторые пытались дать общее определение, которое мы бы отграничить правовое от неправового. Например, Сантос в первом издании работы «*Toward a New Common Sense*» дал общее определение права, которое было весьма близко к определению, данному антропологом Э. А. Хоббелом. Так же и Тойбнер понял данную необходимость. Это же было одним из методов изучения для Таманай в его «*General Jurisprudence of Law and Society*». Он явно пытается установить критерии для определения того, что отграничивает правовые институты от таких институтов, как госпитали, школы, спортивные лиги. Это ведет его к формированию «теста для наклеивания ярлыков», который ряд критиков, включая и меня, отклонили по тем причинам, что он придает очень большое значение аналитическим и фольклорным терминам и делает неработоспособными.⁹⁷ Это заслуживает того, чтобы быть расцененным в качестве существенного недостатка его подхода.

Во-вторых, есть и те, кто занимает позицию, сводящуюся к мнению о трудности поиска общего определения права. Многие авторы просто обходят данный вопрос. «Попросту не имеет значения, — пишет Гленн, — может ли тохтонное право» быть классифицировано как право».⁹⁸ Лично я симпатизирую

⁹⁶ *Twining W. Globalisation and the Legal Theory.* P. 55–56.

⁹⁷ *Santos B. Toward a New Common Sense.* P. 112; *Hoebel E. A. The Law of Primitive Man.* Cambridge, 1954. — Именно общее определение Ллевеллин отказался включать в свою работу «*The Cheyenne Way*». См. об этом ниже.

⁹⁸ *Twining W. The Province of Jurisprudence Re-examined; Himma K. E. Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Roberts S. After Government? On Representing Law Without the State.* P. 20–22.

⁹⁹ *Glenn H. P. Legal Traditions of the World.* P. 69. — См. критику неудачи Гленна в придании ясного различия между правовым и религиозным аспектами традиции в контексте общей теории правовой традиции в: *Symposium on Glenn Legal Traditions of the World*, Ed. N. Foster. — Вместе с тем Гленн можно защищать с той позиции, что он сравнивал

такой нетерпеливости и предпочитаю использовать разные понятия права в разных контекстах. В рамках определенных контекстов может оказываться безразличным, возможно ли классифицировать некий набор явлений как правовой. Мало что зависит и от того, допустимо ли изучаемые явления обозначать как «право». Это можно продемонстрировать на работе Вейрока о «цыганском праве», исследовании Бредни и Коуни о «квакерском праве», исследовании Сантоса о праве и на многих других классических работах, касающихся процедур разрешения споров в дописанных классических обществах, например, на работе Гулливера о народности аруша.⁹⁹ В своем замечательном исследовании о праве и экономическом развитии в Азии Пистор и Уэллонс приходят к выводу о том, что практически все случаи рецепции государственного права подразумевают сложный комплекс взаимодействий между импортируемым официальным правом и местным «неофициальным правом».¹⁰⁰ Для этих исследований имеет малое значение, применяют ли они термин «право» к соответствующим социальным отношениям в местных нормативных порядках или нет.

Вместе с тем иногда отнесение к той или иной категории может иметь значение. Например, можно поспорить о том, нужно ли Гленну в контексте его аргументации проводить данное различие, ведь он рассматривает правовые традиции в качестве основного элемента сравнения, не проводя при этом различия между правом и религией применительно к разным интеллектуальным традициям.¹⁰¹

В-третьих, оказывается, что есть такие ученые, как Марк Галантер, который видит признаки права в сложном смешении атрибутов, существующем в том или ином временном порядке. Поэтому он считает искусственными и ошибочными попытки предписывать точные общие границы, по меньшей мере вне того или иного контекста.¹⁰² В том, что касается практического применения, Галантер приходит к формированию понятия «правовое», которое оказывается намного шире и туманнее, чем выдвинутое Таманайей понятие. По схожим основаниям Ллевеллин отказался включать общее определение права в свою работу «*Cheyenne Way*».¹⁰³ Но, как я доказал в другом месте, возможно строить некие общие критерии для отделения правовых явлений от неправовых, исходя

разные явления, которые конвенционально рассматриваются как основные правовые традиции с точки зрения сторонних наблюдателей, каждый из которых по-разному понимает право и религию, равно как и их отношения между собой.

⁹⁹ *Gypsy Law: Roman Legal Traditions and Culture* / Ed. W. Weyrauch. Berkeley, 2001; *Bradney A., Cowrie F. Living without Law: Ethnography of Quaker decision-making, dispute avoidance and dispute resolution*. Aldershot, 2003; *Santos B. Toward a New Common Sense: Law, Globalisation and Emancipation*; *Gulliver P. Social Control in an African Society*. London, 1963.

¹⁰⁰ *Pistor K., Wellons P. A. The Role of Law and Legal Institution in Asian Economic Development* (1960–1995). Oxford, 1999; *Berkowitz D. Katrina Pistor and Jean-Francois Richard* (2003). *The Transplant Effect* // *American Journal of Comparative Law*. 2003. N 51.

¹⁰¹ См. критику работы Гленна (*Glenn H. P. Legal Traditions of the World*. P. 69) в: *Symposium on Glenn Legal Traditions of the World* / Ed. N. Foster.

¹⁰² *Galanter M. Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law* // *Journal of Legal Pluralism*. 1981. N 19.

¹⁰³ *Twining W. Karl Llewellyn and the Realist Movement*. London, 1973. P. 177–179.

из рабочей гипотезы Ллевеллина, базирующейся на «узком функционализме», оставляя при этом приграничные споры на разрешение в рамках того или иного особого контекста.¹⁰⁴ Применительно к созданию карты права в глобальной перспективе мне хотелось указать на некие широкие критерии для определения, которые были не так далеко от тех критериев, что предложены Ллевеллином. Мои критерии подчинены трем оговоркам: во-первых, они предназначены исключительно для прояснения вопроса в особом контексте; во-вторых, не предполагают, что подобная категоризация будет иметь слишком большую теоретическую значимость; в-третьих, данная концепция явлений для особых целей.¹⁰⁵

Применительно к научному интересу к отношениям между внутрисударственным правом и иными нормативными порядками нужно отметить, что существуют понятийные проблемы. Вместе с тем ученые занимаются определением и концептуализацией права. Конечный пункт в определении является всего лишь одной из проблем в данной сфере. Не похоже, что данная проблема может быть разрешена только с помощью концептуального анализа или формальных определений.

4) Концептуальные трудности II: особенность государственного права

Нота озабоченности, несколько отличная от обозначенных научных проблем, недавно была озвучена в научной литературе Саймоном Робертсом. В своей элегантной чорлейской лекции 2004 г. Робертс подвергает критике попытки «ослабить концептуально-понятийные связи между правом и властью», а также расширить представления о праве с целью включения в него смежных с правом социальных порядков, которые имеют иные системы рациональности и ценностей.¹⁰⁶ Саймон Робертс является выдающимся антропологом права, который с трудом может быть обвинен в том, что он придерживается узкого подхода, или в том, что он индифферентен к проблеме социального контекста. В действительности, кажется, его больше всего заботит то, что расширенное осмысление феномена права способно дестабилизировать «компаративистский проект» научно-теоретического исследования права, внести неясность в понимание различия между формами государственного права и формами других нормативных порядков, а также иметь результатом ухудшение возможностей понимания социальной природы смежных с правом социальных порядков.

Лекция Робертса является своего рода расширением аргументации, которую он приволил в своей работе «*Against Legal Pluralism*», где высказал предположение, «что неизбежно проблематичной будет являться попытка зафиксировать концептуальное содержание права, обходя при этом общепризнанные определения государственного права».¹⁰⁷ В обеих работах Робертс обеспокоен

¹⁰⁴ *Twining W. A Post-Westphalian Conception of Law* // *Law and Society Review*. 2003. N 37. P. 237–243.

¹⁰⁵ *Twining W. The Province of Jurisprudence Re-examined*.

¹⁰⁶ *Roberts S. After Government? On Representing Law Without the State*.

¹⁰⁷ *Roberts S. Against Legal Pluralism: Some Reflections on the Contemporary Enlargement of the Legal Domain* // *Journal of Legal Pluralism*. 1998. N 42. P. 105. — Робертс справедлив в своих предостережениях против опасностей, связанных с «ориентризмом». Юристы

тем, что, когда правоведы-энтузиасты сосредоточат свое внимание на негосударственных нормативных порядках, они, вероятно, попытаются интерпретировать другие правовые культуры сквозь призму тех правовых представлений, которые, по существу, являются «фольклорными понятиями» юристов, что приводит к потворству непоследовательному и «эклетичному заимствованию теоретических источников из социальных наук». ¹⁰⁸ Признавая, что проведение четкого различия между фольклорными и аналитическими правовыми понятиями может оказаться проблематичным, Робертс настаивает на том, что «компаративистский проект» в праве может надеяться обеспечить определенные надежды на достижение стабильности только через исследование данного различия и поиск значимости на аналитическом уровне. ¹⁰⁹

Я лично нахожу аргументы Робертса странными. Соглашаясь практически со всеми его основными доводами, я не разделяю его опасений относительно возможных неблагоприятных последствий адаптации широкой концепции права в определенных научно-познавательных целях. Так же, как и он, я считаю, что одной из основных задач, стоящих в настоящее время перед правовой компаративистикой и правовой антропологией, является введение в оборот рабочих аналитических понятий. ¹¹⁰ Например, в данном контексте я не имею никаких оснований для того, чтобы не принять следующие теоретические послышки:

а) существуют определенные аспекты формы и структуры государственного права, которые очевидным образом имеют связь с централизованной властью, бюрократией и правительственной властью. В определенном отношении государственное право представляет собой своеобразную социальную форму, которая заслуживает отдельного строгого и точного изучения; ¹¹¹

б) государственное / локальное право было и, судя по всему, остается основным объектом, на который направлено внимание ученых-правоведов и юристов-практиков; судя по всему, оно является социальным феноменом огромного политического и экономического значения, который будет оставаться таковым в обозримом будущем;

могут проявлять тенденцию к видению мира через линзы теории права так же, как люди вообще склонны видеть мир через линзы этноцентризма. Вместе с тем не все юристы соглашались с узкими легальными перспективами; поэтому одной из задач теории права, ориентированной на гуманитарные дисциплины, является разбор данных тенденций и не в последнюю очередь через признание существования некоего континуума между правовыми и социальными явлениями.

¹⁰⁸ Ibid. P. 95.

¹⁰⁹ Ibid. P. 102–105; *Roberts S. After Government? On Representing Law Without the State* P. 23–24.

¹¹⁰ Здесь Патрик Гленн пишет о традициях и, как кажется, отходит от своей позиции, выступая против поиска *tertium comparationis* для сравнения традиций (*Glenn H. P. Legal Traditions of the World*. P. 46–47).

¹¹¹ Джозеф Раз обосновывает сведение его понятия права к внутригосударственным правовым системам тем, что они являются в достаточной степени важными и вполне личными от большинства других нормативных систем, а потому заслуживают того, чтобы стать предметом особого исследования (*Raz J. The Authority of Law*. Oxford, 1979. P. 105). Но Робертс выдвигает дальнейшие возражения.

в) теоретическое расширение понятия права за счет включения некоторых форм негосударственных нормативных порядков ставит ряд концептуальных проблем, включая проблему отделения правовых явлений от «неправовых» в различных контекстах, а также проблему индивидуализации социальных порядков, систем, полуавтономных социальных областей; ¹¹²

г) ограничение понятия права формами государственного права еще не допускает правильности идеи о том, что другие формы нормативного порядка являются несущественными или не заслуживают внимания ученых-правоведов. ¹¹³

И также соглашаясь с некоторыми критическими замечаниями Робертса в адрес Поспишила, Сакко, Тойбнера, а также Гирца ¹¹⁴ и со многими другими, но не со всеми доводами Робертса. Я остаюсь в замешательстве относительно того, что же может быть предметом наших с ним разногласий. Безусловно, это никак не может быть связано с навязчивым стремлением дать «дефиницию права». Возможно, за этим стоит нечто большее. Позволю себе предположить две возможные причины.

Прежде всего, основной предмет беспокойства Робертса связан с тем, что поскольку радикально различные модели регулирования и принятия решений характеризуются в целом как «правовые», правоведение тем самым теряет свое аналитическое измерение». ¹¹⁵ Здесь полезно проводить различие между правом как аналитическим понятием, понятием права как способом организации жизни и понятием права как грубым способом очерчивания и определения объектов или фокуса исследования. Многие ученые-правоведы склонны считать, что понятие права вызывает столь многочисленные смысловые ассоциации, что неблагоприятно ожидать, что оно будет иметь хоть сколько-нибудь значительное теоретико-аналитическое измерение. Понятие права слишком абстрактно, слишком двусмысленно, со слишком многими спорными ассоциациями, чтобы осуществлять данную функцию, если, конечно, каждое отдельное понятие не будет точно определено применительно к особому контексту.

В то же время понятие государственного или локального права как одной из форм права вообще (как, например, это понимает Харт) способно осуществлять данную функцию. Достаточно трудно понять, почему замена термина

¹¹² Ibid.

¹¹³ Вместе с тем из аргументации Робертса можно сделать вывод о том, что наши коллеги на юридическом факультете Школы восточных и африканских исследований, которые специализируются на исламском, буддистском, индуистском праве, занимаются правом лишь постольку, поскольку изучаемые ими явления тесно связаны с централизованной властью. Мои возражения против этого воззрения связаны не столько с соображениями систематизации. Скорее, речь идет о том, что данная позиция усиливает маргинальность таких исследователей в рамках нашей дисциплины и не позволяет в достаточной мере представить ученым, исследующим религиозное право с позиций верности, такую научную перспективу, которая противостояла бы теологической, исторической или социальной перспективам.

¹¹⁴ Я выдвинул схожую критику против теста по наклеиванию ярлыков на право, который был предложен Таманайей (*Twining W. The Province of Jurisprudence Re-examined*. P. 223–241), но здесь важно то, что Робертс неправильно охарактеризовал проект Таманайи.

¹¹⁵ *Roberts S. After Government? On Representing Law Without the State*.

«государственное право», или термина «локальное право», или какого-либо похожего термина не удовлетворяет Робертса. Собственный метод Харта способен помочь понять и объяснить, почему право, помимо различных его значений в практике повседневного словоупотребления, оказывается, если так можно выразиться, нечувствительно¹¹⁶ к определению *per genus et differentiam*.¹¹⁷ Право слишком абстрактно, чтобы быть более или менее удовлетворительным образом понято и объяснено как вид, относящийся к более абстрактному роду. Далее, история правовой мысли, теории права и юридической компаративистики убеждает нас в том, что право вряд ли будет общим понятием с подпадающими под него видами, подвидами и т. д., которые могут быть понятии посредством ссылки на четкие отличительные видовые признаки и критерии установления. Неудачные разработки типологии «правовых семей» иллюстрируют этот необходимый вывод более отчетливо — правовые семьи не являлись на самом деле отдельными самостоятельными разнородностями одного общего рода.¹¹⁸ Обычные затруднения, связанные с формированием понятия права, не могут быть разрешены простым обращением к методу так называемого семейного сходства по Витгенштейну, хотя его использование может оказать определенную помощь.¹¹⁹

Брайан Таманай попытался в свое время построить концепцию права, которая работала бы как некое «организуемое понятие», т. е. как некая рамочная основа, в рамках которой максимально широкий спектр различных форм права может быть объединен и подвергнут сравнению. Посредством удаления практически всех «существенных» (по Харту) условий для возможности существования правовой системы Таманай пытался включить более широкий круг явлений в рамки единой теории, — образно выражаясь, под покров одного зонтика, — проводя различие между правовыми и иными социальными институтами и практиками. Его критерий для проведения работы по исключению лишнего из понятия права (например, таких социальных институтов, как больницы, школы, спортивные лиги или правила поведения за столом) заслуживает пристального внимания. Но его важнейший тест, позволяющий включить тот или иной социальный институт или практику в понятие права, был подвергнут критике как неадекватный.¹²⁰ В этом отношении можно предположить, что Таманай рассматривал на то, что его правовая концепция «теоретического зонтика» позволит проделывать меньший объем работы по сравнению с аналитическими концепциями Робертса. Таманай наглядно показал, что большая часть аналитики, сравнительных исследований и объяснений должны иметь место на низких уровнях

абстрагирования. Однако даже с учетом этого ограничения его критерии определения права не выдерживают проверки.

Третий способ использования абстрактного понятия права заключается в том, чтобы всего лишь грубо очертить широкую сферу исследования. Как мы могли заметить, такие термины, как теория права, философия права и юриспруденция, обычно используются слишком свободно. По отдельным сообщениям и чувствам при написании настоящей статьи необходимость наметить критерии грубого рабочего разграничения теории права и философии права как ее наиболее абстрактной части. Тем не менее упомянутые термины представляют собой неопределенными, что не может быть иначе. Некоторые ученые считают важным разделить данные термины более точным значением; в действительности же неправильное уточнение стало бы ошибочным. Как мы видели, Герберт Харт высказывался относительно философии права в том смысле, что она не имеет никаких четких границ, и это суждение является общепризнанным. Применительно к целям моих рассуждений о границах правоведения я выступил в защиту широкого взгляда на науку о праве и в защиту соответствующего данному подходу «включающего» понятия права. Однако то, что является предметом исследования, или то, что следует рассматривать как таковой, исторически изменчиво. В определенных контекстах принятие широкой, а не узкой дефиниции права способно вызвать важные интеллектуальные последствия. Но в данном контексте эти последствия не могут оказать даже приблизительно настолько устрашающими, как думает Робертс.¹²¹

Вторую возможную причину разногласий, касающуюся существа правовой концепции Робертса, можно свести к утверждению, согласно которому посредством подведения централизованных правительственных систем и различных форм правопорядка под одну и ту же теоретико-концептуальную «крышу» видение отличительной природы последней останется упущенным. Подражая классическому различению форм обществ в зависимости от того, есть ли у них глава, Робертс смог блестяще подчеркнуть различия, существующие между двумя категориями социумов. Он проделал важную работу по

116 Робертс предполагает, что я оставил себе «свободу продолжать говорить о любом аспекте социального мира, который интересует его за высоким забором теории права» (Ibid. P. 22). «За пределами его нормативного характера, право, как кажется, не имеет никакой специфики» (Ibid.). Это неправильно по нескольким причинам. Во-первых, он цитирует отрывок из работы, в которой я говорю о том, что я не буду повторять ранее сказанного о любых концептуальных вопросах, но он не дает встречной ссылки, которая обосновывала бы его мнение. Во-вторых, дела не обстоят таким образом, что я готов включить в мое (мои) понятие (понятия) права «любой древний нормативный порядок» в том или ином специфическом контексте. Например, я прояснил, что я обычно не включаю в понятие юридических правил такие явления, как правила настольного тенниса, произношения, грамматики или иных социальных конвенций. Тем более я не рассматриваю такие институты, как госпитали, школы или предпринимательство, в качестве специфически правовых институтов. Вместе с тем в отличие от Таманай я считаю, что внутренняя структура управления таких институтов может с пользой рассматриваться в качестве формы правопорядка в том или ином контексте. В работах по вопросам юридического образования зачастую я исходил из того предположения, что в данном контексте мы в большей степени занимаемся внутригосударственным правом.

¹¹⁶ Hart H. L. A. Definition and Theory in Jurisprudence // Law Quarterly Review. 1954. N 70.

¹¹⁷ Через род и виды (лат.). — Прим. пер.

¹¹⁸ Компаративисты чаще ссылались на семьи правовых систем, но использовали термин «правовая система» довольно двусмысленно (Twining W. Globalisation and the Legal Theory. P. 178–184).

¹¹⁹ Twining W. A Post-Westphalian Conception of Law. P. 238.

¹²⁰ Ibid. P. 223–243; Himma K. E. Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Law; Roberts S. After Government? On Representing Law Without the State. P. 20–22.

исследованию «альтернативного решения спора»¹²² и может сказать много интересного относительно действительной мотивации попыток сконструировать институты третейского правосудия (такие как международный уголовный трибунал) в отсутствие сильного централизованного правопорядка.¹²³ Но, судя по всему, он лишь постулирует централизованные правительственные системы и автономные порядки как противоположные друг другу идеальные типы в качестве бинарных оппозиций. При этом Робертс не занимается условиями для включения иных вариаций социальных явлений в структуру комплексного круга взаимопересекающихся континуумов или другой сложной теоретико-правовой картины. Робертс представил в своих теоретико-правовых работах лишь узкое понятие права, а также типологию двух основных разновидностей нормативных социальных порядков, построенную на принципе различения централизованных и децентрализованных форм. Такой подход, по моему мнению, является неоправданной формой редукционизма. Например, некоторые стандартные «кандидаты» для включения в состав широкого понятия негосударственного права попросту не подходят для данного бинарного разделения: право Па-сагарды, как оно описано у Сантоса, движение под знаменами общего права в Соединенных Штатах Америки, как оно описано у Коняка, право квакеров, как оно описано у Брэдни и Коуни, цыганское право, как оно описано у Вейро-ка, а также, например, индуское право, которое не могут полностью подойти ни примерами нормативной регуляции, которые не могут полностью подойти ни под один из идеальных типов.¹²⁴ Аналогичным образом при разработке идеального типа централизованной власти Робертс объединяет в одну категорию слабые в политико-экономическом отношении государства, фрагментарные государства, несостоявшиеся государства, тирании, государства в состоянии гражданской войны и т. д. Мы нуждаемся в гораздо более сложной исследовательской перспективе.

Суммируем вышесказанное: некоторые причины озабоченности, которые стоят за сопротивлением идее негосударственного права, заслуживают серьезного восприятия. То, что стоит на кону, не сводится исключительно к проблеме дефиниций, приклеивания ярлыков или семантики. Центральным вопросом является то, что отношения между внутригосударственным правом и иными формами социальных нормативных регулятивных систем (которые также имеют свои ярлыки), а также иными интеракционными действиями («интерлегальность») заслуживают особого внимания со стороны юристов, так как данные феномены образуют «краеугольный камень» для понимания правовых явлений.

¹²² Roberts S. Order and Dispute: An Introduction to Legal Anthropology. Harmondsworth, 1979; Palmer A., Roberts S. Dispute Processes: ADR and the primary forms of decision-making. London, 1998.

¹²³ Roberts S. After Government? On Representing Law Without the State. P. 23.

¹²⁴ Santos B. Toward a New Common Sense: Law, Globalisation and Emancipation; Konik B. When Law Meets Madness // Cardozo Studies in Law and Literature. 1996. N 8; Bradney A. Cownie F. Living without Law: An ethnography of Quaker decision-making, dispute avoidance and dispute resolution; Gypsy Law: Roman Legal Traditions and Culture / Ed. W. Weyrauch; Men-
ski W. Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa. London, 2000

9. Общая теория права: повестка дня и вопросы дня

Мне иногда предлагают уточнить те разновидности научно-теоретических проблем и направлений, которые я включил бы в состав общей теории права, такой, как я ее вижу. Это вполне обоснованное предложение.¹²⁵ Вывести в настоящей статье общий план или рабочий чертёж для коллективных усилий по исследованию перспектив и предметных основ правоведения, которые настолько же разнообразны, подвижны и многослойны, как сама научная дисциплина деятельности в рамках общей теории права, означало бы вступить в противоречие с духом самой статьи. Тем не менее нетрудно проиллюстрировать некоторые возможные направления научно-теоретических изысканий, которые актуализировались в последнее время благодаря адаптации глобальной точки зрения и исследованиям возможных последствий из данной точки зрения для теоретизирования о праве.

В качестве предварительных замечаний по данному поводу считаю необходимым снова повторить два соображения. Во-первых, одна или несколько возможных общих теорий права в лучшем случае могли бы стать лишь незавершенной частью данных усилий. Во-вторых, одна из сильных сторон правоведения как институционализированной научной дисциплины заключается в том, что оно постоянно стимулируется извне. Поэтому правоведение должно быть «открытым» на различный рода события, научные проблемы, на примеры из других областей гуманитарного знания и идеи, имеющие источник иные научные дисциплины, а также на «реальный мир». По большей части общая теория права не создает собственной «повестки дня» и не ограничивается собственными вопросами и примерами. Поэтому следует ожидать от специальных правовых дисциплин и правовой практики того, что зачастую они будут опережать теорию.

Общая теория права, как она понимается в настоящей статье, не является полностью новым научно-теоретическим предпринятием, которое подразумевает резкий разрыв с прошлым. Наша научная дисциплина издавна имеет отчасти космополитические аспекты, а в последнее время она живо реагирует на процессы «глобализации» различными способами. Данные направления включают многие возможные средства, которые вполне уместаются в рамках общей теории права в том виде, в котором я ее понимаю. Таким образом, целью настоящей статьи является как установление и интерпретация современных направлений правовой науки, так и выступление в их защиту.

На протяжении последних пяти лет я предпринял ряд исследований по восточным вопросам для того, чтобы конкретизировать и иллюстрировать общие перспективы. Эти исследования включают в себя анализ дискуссий о праве, коррумпции, условий содержания заключенных и сравнительное изучение юридических профессий и юридического образования (концептуальный анализ); исследование подходов к правам человека со стороны четырех «южных» юристов — Денг, Ан-На-Им, Кав, Баки (нормативная теория права); обзор и сравнительный анализ правовой и социологической литературы по проблеме распространения права (социально-правовые исследования); критический анализ скрытых предпосылок основных работ по сравнительному правоведению и по вопросам пересадки правовых институтов / распространения права (критическая теория права).

Теория права иногда делилась на три или четыре области. Например, Джону Стону выводит широкую схему, в рамках которой в достаточно грубой форме выделяются аналитическая теория права, социологическая (или функциональная) теория права, а также теории справедливости (критическая, цензорская или этическая теория права).¹²⁶ Я последовал за Стоуном в принятии широкой концепции правовой теории, которая связана с «правоведением как научной дисциплиной» и которая скептически относится ко всякого рода требованиям автономии от других дисциплин. Но я предпочитаю говорить об теоретико-аналитических, нормативно-правовых, эмпирических и критических исследованиях. Стоун подчеркивал, что его категоризация научно-правового знания была целиком разработана для целей удобства в изложении материала. Но даже если подобный подход признается в качестве грубого очерчивания областей научного интереса и исследования (которые комбинируются и частично перекрывают друг друга бесчисленными способами), данное деление не работает. Большинство научно-теоретических исследований в области права подразумевает комбинацию из нормативно-правовых, эмпирических и критических элементов. В любой из этих областей возможно нахождение примеров такого рода задач, которые могут быть решены посредством теоретизирования, включая такие приемы, как синтез, образование и определение понятий, критический анализ нормативно-правовых принципов, выдвижение и обоснование гипотез, разработка научных концепций среднего уровня, специальных рабочих теорий, исследование истории правовой мысли, а также критика вообще.¹²⁷

Вместо того чтобы пытаться быть понятием в узких вопросах и проблемах, я предпочту кратко пояснить свой общий подход посредством определения трех основных направлений развития: исследование существующего запаса юридических текстов; критическое переосмысление тех областей правовой науки, которые являются, по существу, транснациональными; связывание теории права с важными общенаучными проблемами.

1) Разработка запаса юридических текстов

Принимая во внимание обширные запасы текстов, идей и теорий, которые образуют наследие правовой мысли, можно предложить следующее:

а) Расширение канонических границ правоведения и ликвидация безграмотности по отношению к другим правовым традициям

Западным правоведом и юристам нужно более детально познакомиться с ведущими правоведом, а также с основными идеями и спорами в иных правовых традициях. Некоторая теоретико-правовая литература из западных традиций, которая вплоть до настоящего времени рассматривалась в качестве примеров периферии, должна быть ассимилирована в основное направление развития правовой науки. Это будет неременным предварительным условием

¹²⁶ Stone J. *The Province and Function of Law*. Cambridge, 1956. — См. критику: *Twining W. The Province of Jurisprudence Re-examined*.

¹²⁷ См. выше, п. 1 («Введение»).

для подлинного межкультурного диалога, а также для серьезных устремлений к универсализму. Эта задача кажется пугающей не в последнюю очередь по причине наличия проблем выбора, доступности материала, проблем перевода, интерпретации и понимания глубины того или иного текста, не говоря уже о возможности осмысления столь обширного запаса знаний. К счастью, это не следствие включает значительное количество блестящих работ западных ученых-правоведов (несмотря на критическое отношение к «ориентализму»), а также, в несколько меньшем количестве, доступные работы современных «южных» правоведов, таких как Абдуллахи Ан-На-Им, Упендра Бакси и др.¹²⁸ Объем предстоящей работы огромен, но она продолжит оставаться существенной частью развития подлинно космополитической теории права.

б) Пересмотр научно-теоретического канона

Представляется весьма важной постановка вопроса о том, насколько распространены в нашей собственной научно-правовой традиции те тексты, которые были в свое время забыты или маргинализированы и которые заслуживают того, чтобы быть восстановленными в своих «правах» в силу своей особой значимости для космополитической правовой теории. В определенном смысле данный вопрос уже ставился, как это видно на примере повышенного внимания, которое уделяется кантовскому трактату «К вечному миру» (1795). Труды таких ученых и мыслителей прошлого, как Гроций, Лейбниц, а также Вико, могут также вновь привлечь внимание. Что касается стоящих внимания трудов англо-американских авторов, то в общий перечень таких трудов и работ я включил бы некоторые работы сэра Генри Мэна, труды Иеремии Бентама на тему колониализма, международного права и его эссе «Проблемы времени и места в законодательстве» (для меня это эссе послужило причиной некоторого разочарования), а также работы, написанные в развитие теории «задач права» Карла Ллевеллина,¹²⁹ но это всего лишь перечень моих персональных предпочтений.

в) Переосмысление основного направления

Стоит также бросить критический взгляд на идеи и теории наших собственных современных правоведов с позиций глобальной научно-теоретической перспективы. В этом отношении хорошим примером можно считать переложение Томасом Поппом на глобальный уровень теории справедливости Роулза, где он более убедительно, чем сам Роулз в «*The Law of Peoples*»,¹³⁰ продемонстрировал возможные варианты применения принципов справедливости Роулза к раздробке и развитию транснациональных и международных правовых институтов

¹²⁸ См., напр.: An-Naim A. 1) *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights and International Law*. Syracuse, 1990; 2) *Human Rights in Cross-Cultural Perspective: A Quest for Consensus*. Philadelphia, 1992; Baxi U. *The Future of Human Rights*. New Delhi, 2002. — Моя лекция «Права человека: южные голоса» (Macdonald Lecture, University of Alberta, 2005) является первым скромным шагом в сторону распространения таких работ со стороны англоговорящего юриста.

¹²⁹ *Twining W. Globalisation and the Legal Theory*. P. 75–82.

¹³⁰ *Rawls J. The Law of Peoples*. Mass., 1999.

и практик. Результатом стала трансформация вполне удобоваримой теории внутригосударственной системы правосудия в такую теорию, которая обеспечивает возможность радикальной критики существующих правовых установлений в мировом масштабе.¹³¹ Интерпретация правовой концепции Харта со стороны Таманай является другим таким примером.¹³² Некоторые работы Питера Сингера могут быть сейчас прочтены как современное применение бентамовских принципов утилитаризма к научно-теоретическим проблемам глобального и транснационального характера.¹³³ Много интересных вопросов возникает в связи с возможностью применения разработанной Дворкиным геркулесовой модели права к обоснованию и интерпретации в контексте иных правовых традиций. Следует отметить, что в настоящее время происходят существенные изменения в феминистических правовых теориях, так как произошло расширение их географического горизонта.¹³⁴ Реинтерпретация общеизвестных тезисов с позиций глобальной научно-теоретической перспективы также находится в процессе развития.

2) Переосмысление

Одной из задач теории является артикуляция значения и критическая оценка всех предпосылок, а также большинства рабочих понятий правовых дискурсов в целом и в более специальных научно-теоретических областях. Происходящие ныне процессы глобализации заявляют о себе со все возрастающей энергией и дают большие преимущества таким транснациональным областям правовой науки, как сравнительное правоведение, международное публичное право, гуманитарное право, право международной торговли и международное финансовое право, региональные правовые режимы и т. д. Следовательно, возникает соответствующая потребность подвергнуть научно-теоретические

¹³¹ Pogge T. Realising Rawls. Ithaca, 1989. — См. мою критику: *Twining W. Globalisation and the Legal Theory*. P. 69–73. — Пого приходит к следующему выводу: «Наша современная глобальная институциональная схема является несправедливой, и, как привилегированные участники в этом правоприменении, мы разделяем коллективную ответственность за несправедливость данной схемы» (Pogge T. Realising Rawls. P. 277). В более широком смысле международная этика в последние годы сделала значительные шаги, что видно в работах Амартии Сен, Брайана Барри, Чарльза Бейца и других.

¹³² Tamana B. A General Jurisprudence of Law and Society. — Поскольку Таманай исключает практически все сформулированные Хартом идентификационные критерии для широкого понятия права, то возможности применения теории Харта оказываются ограниченными. Но это не подрывает в сколько-нибудь значительной степени аналитическую ценность таких понятий, как правило признания, первичные и вторичные правила различия между правилами и привилегиями. Любое из таких понятий может быть полезным при анализе не только внутригосударственных правовых систем, но и некоторых других нормативных порядков.

¹³³ См., напр.: *Singer P. One World*. New Haven, 2002; *Singer and his Critics / Ed. D. Jamieson*. Oxford, 1999.

¹³⁴ См., напр.: *Women, Culture, and Development: A Study of Human Capabilities / Ed. M. Nussbaum, J. Glover*. Oxford, 1995; *Human Rights of Women: National and International Perspectives / Ed. R. Cook*. Philadelphia, 1994; *Riles A. The Virtual Sociality of Rights: the case of «women»'s rights are human rights // Transnational Legal Processes / Ed. M. Likosky*. London, 2002.

предпосылки и дискурсы, имеющие место в рамках того или иного направления, критическому разбору и проверке. Это уже произошло в достаточной степени в ряде областей правовой науки. В 1980-х гг. антропологи, включая правовых антропологов, признали, что они часто ошибались, рассматривая отчасти небольшие социумы как вневременные, замкнутые в себе единицы, и что с тех пор они стали более внимательны к научному исследованию более широких исторических и географических контекстов.¹³⁵ Работы таких ученых, как Филипп Оллотт, Ричард Фолк, Фернандо Тезон, а также многих других теоретиков международного права являются примерами вклада в развитие общей теории права. Аналогичным образом в последнее время основное направление развития сравнительного правоведения стало объектом устойчивой критики сразу по ряду направлений.¹³⁶

Возможно, что некоторые из наиболее значительных перемен в науке о праве связаны с разработками в области социально-правовых исследований, обычно в рамках теорий среднего уровня. Например, некоторые из наиболее удачных научно-теоретических работ были написаны в последнее время в области транснациональных аспектов правового регулирования, региональных правительств, а также в области проблем защиты окружающей среды.¹³⁷

3) «Релевантность»

Как мы видели, существует довольно распространенное мнение, согласно которому для части современной философско-правовой мысли характерна потеря связи с основным направлением развития правовой науки и практики.¹³⁸ В противоположность данной тенденции правоведы были вполне восприимчивы к различному рода стимулам «глобализации», порой до такой степени, что можно было подумать, что некоторые области правоведения, имеющие транснациональное измерение, стали слишком модными. Не входя в дебаты относительно «релевантности» теории права, позволю себе высказаться по поводу двух аспектов данной восприимчивости.

Прежде всего, существует определенное число специальных областей правовой науки, которые стали более заметными по причине недавних изменений.

¹³⁵ *History and Power in the Study of Law / Eds. J. Collier, J. Starr*. Ithaca; New York, 1989. — В этой работе авторы делают акцент на изменение перспектив в правовой антропологии.

¹³⁶ См., напр.: *Comparative Law in Global Perspective / Ed. I. Edge*. New York, 2000; *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions / Eds. P. Legrand, R. Munday*; *Reimann M. The End of Comparative Law as an Autonomous Discipline // Tulane Civil and European Law Forum*, 1996, N 11; 2) *The Progress and Failure of Comparative Law // American Journal of Comparative Law*, 2002, N 50; *Twining W. Globalisation and the Legal Theory*.

¹³⁷ По вопросам регуляции см.: *Regulating Law / Eds. C. Parker et al.* Oxford, 1994; *Chaves Ab., Chaves An.* The new sovereignty: compliance with international regulatory agreements. Cambridge, 1995; *Braithwaite J., Drahos P.* Global Business Regulation. — По вопросам права и правовой теории Евросоюза см.: *Constructing Legal Systems: European Union in Legal Theory / Ed. N. MacCormick*. Dordrecht, 1997; *Ward I.* 1) A critical introduction to European law. London, 2002; 2) Justice, humanity, and the new world order. Aldershot, 2003; *Weiler J.* The construction of Europe. Cambridge, 1999.

¹³⁸ О неоднозначности понятия «правовая практика» в данном контексте см. выше.

Например, Боавентура де Соуса Сантос в своем основательном обзоре сфер права, которые, как кажется, оказались наиболее подвержены влиянию «глобализации» на мировом, государственном, а также локальном уровнях, перечисляет следующие области правового регулирования в своей «исследовательской повестке дня»: глобализация национально-государственного правового регулирования; режимы региональных интеграционных процессов; торговое право; право на свободное перемещение (миграция, перемещенные лица, беженцы, гражданство); права коренных народов; гуманитарное право; *ius humanitatis* (общее наследие человечества);¹³⁹ «глобальная реформа судебной системы» (включая экспорт теории правового государства, а также идеи представительной демократии и судебной проверки политики).¹⁴⁰ Конечно, данный перечень нельзя признать всесторонним и исчерпывающим. Критерии значимости по Сантосу напрямую связаны с его личной идеологической точкой зрения. Иные ученые-правоведы вполне могли бы добавить в данный список, например, средства коммуникации, регулирование финансовых рынков, распространение ядерного оружия, международную преступность, ответные меры на террористические акты, торговлю оружием, преступления против человечества и т. д. Существует множество возможных перечней для такой повестки дня. И, безусловно, применительно к каждой области правового регулирования существует перечень потенциальных проблем, которые заслуживают отдельного научно-теоретического исследования на локальном (т. е. на специальном) уровне, а также на выходящих научно-теоретических уровнях. Сантос представляет собой пример юриста, который попытался развить комплексную социальную теорию права, которая имеет тесное соприкосновение с конкретными социологическими и политическими проблемами и тенденциями.¹⁴¹

Правовая теория способна развиваться «на заднем дворе» специализированных областей правоведения в целом. При этом, конечно, она способна также непосредственно отвечать на вопросы, которые обычно понимаются как основные проблемы миропорядка: а, такие как проблемы войны и мира, бедности, экономического и социального развития, окружающей природной среды, пандемий, геноцида, терроризма и т. п.¹⁴² Снова повторю, что существует

¹³⁹ Это право кажется важным примером концепции, которая может только выиграть от дальнейшего глубокого философского анализа и исследования.

¹⁴⁰ Есть некоторые разногласия между позициями, высказанными Сантосом в его работах 1995 и 2002 гг. (Santos B. 1) Toward a New Common Sense; 2) Toward a New Common Sense: Law, Globalisation and Emancipation).

¹⁴¹ В нашей работе мы даем детальную критику работы Сантоса 1995 г. (Twining W. Globalisation and the Legal Theory. Ch. 10). Работа Сантоса 2002 г. содержит ряд существенных изменений.

¹⁴² Около сорока лет назад Джулиус Стоун написал работу «Trends in Jurisprudence in the Second Half Century» (Hathaway, 1980). Она может создать депрессивное впечатление по вопросу повестки дня рассматриваемых нами вопросов; эта позиция и сейчас выглядит современной, а некоторые споры, которые Стоун считал уже пройденными, продолжают до сих пор. Некоторые пункты его программы так и не были воплощены в жизнь, включая более полную интеграцию аналитического и социально-правового подходов (Twining W. The Province of Jurisprudence Re-examined). Но произошли и некоторые изменения. Например, вопрос о том, каким образом государственное право (или право в более широком смысле) может служить для препятствования достижению или для достижения целей второго

много всевозможных перечней и списков актуальных проблем, отражающих различные точки зрения, идеологии и интересы. Ожидать достижения консенсуса в этом отношении не следует. Однако восприятие глобальной теоретической перепективы, а также постановка вопроса о том, каковы следствия «глобальной» точки зрения для теории права и правоведения в целом, способны, по меньшей мере, стимулировать мышление и споры относительно возможных новых направлений развития теории права и правовых наук, в которых мы, как юристы, должны будем занять лидирующие позиции.

Выводы, кажется, куда более перспективным, чем весьма неоднозначный вопрос о том, какова роль права в развитии, — вопрос, который в недавнем прошлом вызвал активное движение «Law and Development».