

Альф Росс о проблеме действительности (валидности) права

Разработка теории действительности (валидности) права стала важнейшей теоретической задачей для одного из основоположников скандинавского правового реализма — профессора Копенгагенского университета Альфа Росса. Через призму споров, поднимаемых вокруг разграничения трех различных аспектов этого многозначного понятия (действительности как нормативной значимости, как социальной эффективности и как объективной данности),¹ проявились основные методологические затруднения правового реализма. Отличный пример тому представляет статья, написанная датским правоведом в 1961 г.,² в которой Росс вкратце воспроизводит исходные положения своей основной работы «О праве и справедливости»,³ полупуно отвечая на критику и внося коррективы в теорию правовой валидности, которая составляет одну из основ его научного подхода к праву.⁴

Остановимся на том контексте, в котором была написана названная статья. Несмотря на то что большая ее часть посвящена анализу сущности правового позитивизма, смысловое ядро этой работы — в дискуссии о понятии валидности права. Нужно отметить, что данное понятие в правовой концепции Росса претерпело существенную и во многих отношениях показательную эволюцию. В ранних работах Росс описывал механизм валидации (наделения силой, действительностью) права в духе последователя бихевиоризма. Так, в работе 1936 г. (английская версия — 1946 г.)⁵ мыслитель говорил о том, что в любом обществе имеется некий властный центр, который осуществляет контроль над определенными формами поведения, поощряя одно поведение и карая другое.

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

¹ Основная дискуссия развернулась на рубеже 1960-х гг., когда вышли в свет три основополагающие для правового позитивизма второй половины XX в. исследования: работа Росса «О праве и справедливости» (1958), второе издание «Чистой теории права» Кельзена (1960) и второе издание «Понятия права» Харта (1961); немалая часть каждой из этих книг была посвящена именно проблематике валидности права.

² Ross A. Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law // *Revista Juridica de Buenos Aires*. 1961. N 4. P. 46–93.

³ Ross A. On Law and Justice. London, 1958.

⁴ Антонов М. В. Скандинавская школа правового реализма // *Ежегодник теории права*. № 1. 2008. С. 661–666.

⁵ Ross A. Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of Dualism in Law. Copenhagen, 1946.

Системная практика такого контроля, включающая и последовательное применение санкции, порождает у людей инстинктивное желание избежать санкций и приводит к формированию привычки повиновения властям. В результате действия механизма психологической проекции властные повеления начинают восприниматься как нечто объективное, независимое от личностей носителей власти. Соответственно, валидность права определяется силой его влияния на психику и тем самым на поведение людей, таким образом совпадая с социальной эффективностью.

Из такого видения валидности права вытекала суть проекта эмпирической науки права, которую пытался сконструировать Росс, — понятие право через наблюдение за правоприменительной практикой.⁶ В этом контексте и развивается спор между Россом и Кельзеном,⁷ отголоски которого слышны в статье 1961 г., где Росс указывает на метафизичность, «псевдопозитивизм» теории австрийского правоведа. Нужно подчеркнуть, что эта критика была направлена не против понимания права как нормативной системы, а против конструирования валидности правовых норм как независимой от процесса их применения. Если для Кельзена право действительно, поскольку связано с действительностью государства, то Росс связывает валидность правовых норм с тем, что они действительно создают обязательства для субъектов права, что в свою очередь предполагает принятие (признание) этих норм субъектами.⁸ Поэтому разделение Кельзеном правовой действительности на Сущее и Должное представлялось Россу ошибочным, ведь Должное (в смысле нормативного должностования) оказывалось частью той самой действительности, которую оно регулировало.

В следующей работе, «О праве и справедливости», вышедшей в свет в 1958 г. (датская версия — 1953 г.), Росс под влиянием полемики с Кельзеном несколько корректирует крайний бихевиоризм своего подхода и предлагает рассматривать право как совокупность представлений, значений и смыслов, которые определяют поведение судей. Задачей истинно позитивной науки о праве является открытие этих значений и смыслов через наблюдение за поведением правоприменителей и формулирование на этой основе закономерностей функционирования права. Росс убежден в том, что такие закономерности являются «доступным наблюдению фактом, проявляющимся через регулярную деятельность властей».⁹ Методы правоведения, таким образом, оказываются схожими

⁶ По точному утверждению одного из исследователей творчества датского правоведа, «альфой и омегой юриспруденции Росса было то, что понятие права неразрывно связано с принудительным осуществлением норм через силовой аппарат публичной власти» (Waaben K. Alf Ross 1899–1979: A Biographical Sketch // *European Journal of International Law*. 2003. N 14. P. 666).

⁷ Kelsen H. Eine «realistische» und die Reine Rechtslehre // *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*. 1959. N 10. S. 1–25; Ross A. 1) Review of Hans Kelsen. What is Justice? // *California Law Review*. 1957. N 45. P. 564–570; 2) Author's Response. Existence and Validity of a Norm // *Philosophy Forum*. 1970. N 8. P. 87–93.

⁸ См. интересные замечания по поводу этого спора: Buljgin E. Das Problem der Geltung bei Kelsen // *Hans Kelsen — Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts* / Hrsgs. S. L. Paulson, M. Stolleis. Tübingen, 2005. S. 87–88.

⁹ Ross A. On Law and Justice. P. 564.

с методами естественных наук. На основе наблюдений за юридической практикой (анализа мотивов поведения правоприменителей) исследователь получает возможность прогнозировать поведение судей при определенных обстоятельствах, так же как естествоиспытатель может предвидеть явления природы. Правовое в этом аспекте оказывается предсказанием того, что будут делать судьи.¹⁰ В связи с этим Росс декларативно заявляет: «Я отвергаю идею особой априорной валидности, которая возвышает право над миром фактов, и реинтерпретируемую валидность в терминах социальных фактов».¹¹ Это означало, что правовая норма только тогда является валидной, когда она применяется (и ожидается, что будет применяться далее) властными органами, в первую очередь судами. А те в свою очередь применяют нормы, которые «считают социально обязывающими».¹²

На этой почве и возникает спор между Россом и другим знаменитым правоведом XX в. Гербертом Хартум, который обвинил датского исследователя в циркулярности описанной выше схемы (судьи воспринимают некие нормы как социально обязывающие и поэтому применяют их, и в то же время обязывающая сила этих норм зависит от степени их применимости судьями) и в смешении в термине «валидность» двух несовместимых вещей — нормативной значимости и социальной эффективности. В концепции Росса Харт находил ту же самую критикуемую датчанином метафизику, которая понятия естественно-правовой или аналитической философии меняла на столь же абстрактные понятия «чувственно воспринимаемого», «опытного», «фактического».¹³ В своей рецензии Харт настаивал на необходимости разграничения между собственно правовым и предсказанием о реализации такого правила, иными словами, между нормами права и высказываниями о праве.¹⁴ Росс принимает данную критику, хотя и относит ее на счет неправильного употребления им термина *validity*,¹⁵ спеша указать на изначальное сходство и даже тождественность их с Хартум позиций по ключевым вопросам.¹⁶ Несмотря на эти заверения Росса, можно отметить, что его концепция правовой валидности под влиянием критики Харта серьезно трансформируется. В последующих работах датский мыслитель

¹⁰ Росс неоднократно повторяет эту формулу Оливера Холмса, которая вполне отражала суть его собственной правовой концепции. См., напр.: Ross A. On Law and Justice. P. 11 ff.

¹¹ Ibid. P. IX-X. — См. критику этих идей Росса: Bulygin E. El concepto de vigencia en Alf Ross // Alchourron C. E., Bulygin E. Análisis Lógico y Derecho. Madrid, 1991.

¹² Ibid. P. 18.

¹³ Hart H. L. A. Scandinavian realism // The Cambridge Law Journal. 1959. N 17. P. 233-235. — См. оценку этой критики: Паттаро Э. Нет права без норм // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. 298-299.

¹⁴ См. об этом: Бulyгин Е. В. Нормы и нормативные предложения: различие между ними и опасность их смешения // Правоведение. 2008. № 2. С. 147-153.

¹⁵ С учетом многозначности этого ключевого термина статьи Росса мы не стали использовать традиционный вариант перевода «*validity*» как «действительность», поскольку это могло бы внести в концепцию Росса несвойственные ей коннотации и исказить логику переводимой работы и содержащейся в ней полемики.

¹⁶ Эту позицию Росс подтверждает и в рецензии на второе издание «Понятия права» Харта: Ross A. The Concept of Law by H. L. A. Hart // Yale Law Journal. 1962. N 71. P. 1185-1190.

решительно отказывается от любых попыток установления связи между валидностью права и его социальной эффективностью, рассматривая правовые нормы исключительно в формальном аспекте как установленные публичной властью директивы.¹⁷

В «Директивах и нормах» (1968) Росс продолжает намеченную в статье 1961 г. проблематику и выделяет два понятия валидности — этическое и юридическое, следуя логике выделения Хартум внутреннего и внешнего аспектов нормы. С точки зрения этики, валидность — это «предполагаемое неэмпирическое качество, которое принадлежит определенным нормам»,¹⁸ а по сути — просто рационализация людскими восприятия норм как обязывающих. В юридическом или нормативном смысле валидность — это способность нормы обусловить поведение, создающее определенные юридические последствия в окружающей действительности. Такая суггестивная способность принадлежит нормам в силу убежденности субъектов в ее соответствии «нормам компетенции» («первичным правилам» в терминологии Харта, которую Росс иногда прямо воспроизводит в своих рассуждениях), за счет чего люди и ощущают себя связанными правом.¹⁹

Развитие этой проблематики в работах Росса стало показательным в плане демонстрации сильных и слабых сторон в теории правового реализма. В сжатом виде данная проблема была изложена в тезисах приводимой ниже известнейшей статьи этого мыслителя, которая обозначила предметную область этой дискуссии и тем самым одну из важных вех в развитии правового позитивизма XX в.

¹⁷ Ross A. Author's Response. Existence and Validity of a Norm. P. 92.

¹⁸ Ross A. Directives and Norms. London, 1968. P. 104.

¹⁹ Ibid. — В этом плане Росс действительно сближается с концепцией Харта, хотя его позиция остается неоднозначной. Так, с одной стороны, он указывает на правовую валидность как на соответствие нормы правилам создания норм (Ibid. P. 91ff.), с другой — понимает валидность как психологическое чувство связанности нормой (Ibid. P. 49ff.). Лишь в 1970 г. Росс проясняет свою позицию — чувство связанности правовой нормой не является решающим критерием для оценки валидности этой нормы — она определяется именно соответствием принятым в обществе процедурам принятия правил — нормам компетенции (Ross A. Author's Response. Existence and Validity of a Norm. P. 90).