

ИНСТИТУЦИОНАЛЬНАЯ

ТЕОРИЯ ПРАВА

В. А. Четвернин
А. В. Яковлев

2009

Институциональная теория права

Поло Дельво. Пробуждение леса, 1939

Государственный университет -
Высшая школа экономики
Лаборатория теоретических
исследований права
и государства
М. Ордынка, 17
© Четвернин В.А., Яковлев А.В.
Институциональная теория права
2009

Владимир Александрович Четвернин
заведующий лабораторией ГУ-ВШЭ
Александр Викторович Яковлев
стажер Института государства и права РАН

Аннотация

Право — это система социальных институтов, обеспечивающих свободу. В этом свое качество право противостоит потестарным институтам, выполняющим функцию агрессивного насилия одних групп по отношению к другим. С точки зрения институциональной теории, различие права и закона — это не только различие законов правовых и неправовых, но, прежде всего, различие реально существующих институтов правового типа (в их соотношении с институтами потестарного типа) и официальных прескриптивных текстов, моделирующих социальный порядок, — моделей, от которых реальные институты могут существенно отклоняться.

Институциональная теория права может быть построена только в рамках либертарной парадигмы, так как в рамках позитивистской социологии невозможно объяснить, что такое правовые институты и чем они отличаются от институтов неправовых.

Содержание

Ведение	1
Социальные нормы и официальные тексты	3
Юриспруденция как социальная наука и легистика	4
Социология и институционализм	7
Институционализм и правопонимание	13
Институционализм и типология цивилизаций	18
Юридическое понятие государства	22

Введение

Одним и тем же термином «правовая норма» в разных доктринах называются разные объекты. При *формально-догматическом* или *формалистическом* «подходе к праву» термином «право» обозначаются официальные прескриптивные тексты, законы (*любые* законы или же только законы *определенного* содержания). «Право» здесь понимается как специфическая модель социальной реальности – в отличие от «правопорядка», эту реальность представляющего.

Формалистическому «подходу к праву» противостоит *социологический* «подход», при котором «право» и «правопорядок» отождествляются. Право понимается как система социальных норм или институтов (право в целом характеризуется как один из основных социальных институтов), содержание которых может отличаться от официальных, законодательных моделей. Например, каких-то официально предписанных правил в реальности может и не быть и, наоборот, реальные нормы могут и не иметь официального выражения. В частности, концептуальная исследовательская программа, определяющая право как один из социальных институтов, известна в современных социальных науках как *институционализм*.

Иначе говоря, либо правовыми нормами называют официальные тексты, либо – особые социальные нормы, т.е. правила, которым реально подчиняются поведение, социальные взаимодействия. Следовательно, это не два «подхода» к одному и тому же объекту – «праву», а обозначение в качестве «права» двух феноменологически разных объектов.

Различие этих объектов можно проиллюстрировать на следующем примере. Как показывает опыт одного из авторов статьи, студенты-юристы всегда утвердительно отвечают на вопрос «есть ли в современной России правовые нормы, запрещающие и наказывающие взяточничество?», ссылаясь при этом на уголовный кодекс (студенты, догадывающиеся, что при таком ответе вопрос оказывается слишком простым, воздерживаются от ответа). В то же время они со-

гласны с тем, что коррупция стала *нормальным* состоянием российской государственности и, следовательно, наказание за взяточничество в России не является нормой. И вообще, в соответствии с российской традицией, «брать» – это нормально, а наказывают тех, кто «берет не по чину» (т.е., вопреки формальному закону, запрещено и наказуемо не взяточничество как такое, а нарушение фактически сложившегося института, иерархического порядка взяточничества).

Причем студенты-юристы не видят здесь противоречия. Ибо в том формалистическом языке, на котором их обучают, *правовая норма* означает официально изданный прескриптивный текст, который существует сам по себе, как некая самостоятельная реальность мент¹), и который может как соответствовать, так и не соответствовать социальной реальности, с ее нормами. На этом языке *право* – это модель социальной деятельности, и вопрос «есть ли в конкретной стране та или иная правовая норма» – это вопрос о наличии или отсутствии в этой стране соответствующего официального текста, закона в формальном смысле.

Итак, с одной стороны, в стране есть законы, официальные тексты, в соответствии с которыми взяточничество должно считаться ненормальным поведением и подлежит уголовному преследованию; с другой стороны, «по понятиям» большинства групп, в соответствии с ментальными моделями, доминирующими в российской социокультуре, взяточничество считается нормальным, во всяком случае, привычным явлением. При формалистическом «подходе» получается, что высшие должностные лица должны оценивать состояние российской государственности как системную коррупцию и принимать еще более решительные меры по дальнейшему усилению борьбы с нею. Но при социологическом «подходе» оказывается, что существующие нормы не запрещают взяточничество вообще, а лишь специфическим образом его ограничивают, корректируют и регламентируют, и, следовательно, мы имеем дело не с коррупцией того, чего в России просто нет и никогда не было (правовой государственности), а с нормальным для России состоянием социальных институтов; поэтому «борьба с коррупцией» закономерно ограничивается антикоррупционной риторикой и показательной «поркой» тех, кто нарушает реальные правила игры.

Этот пример показывает, что проблема – не в терминологии (что называть правом, а что – правопорядком). Происходит подмена понятия. В якобы юридическом сообществе о том, чего нет, принято рассуждать так, как будто оно есть, ибо это выгодно группам, захватившим власть и ощущающим правовую ущербность своего положения. А те, кто идеологически обслуживают интересы этих групп, продуцируют правовой нигилизм, определенную его разновидность – представление о праве как о фикции.

Мы полагаем, что называние официальных прескриптивных текстов *правовыми нормами* является чисто конвенциональным, принятым, прежде всего, в специфическом профессиональном языке легистов, в легистике. Если такие тексты действительно отражают социальные нормы, они представляют собой лишь один из их атрибутов, и в то же время они являются *обозначением* норм (в частности, правовых), реально существующих лишь в определенном социокультурном контексте. Тексты о нормах – как *обозначающее* – могут транслироваться за пределы культуры, в которой они возникли, но при этом социокультурный феномен – *обозначаемое* – вместе с текстом не транслируется² и не может быть воспроизведен в чуждой ему культурной среде.

¹ Составление этих документов называют правотворчеством и почему-то относят к предмету «теория государства и права».

² В качестве образного примера можно привести сюжет из известного фильма режиссера В.В. Мельникова «Начальник Чукотки», в основе которого, видимо, лежат реальные события. Как известно, граммофонная труба является необходимым, но не достаточным атрибутом граммофона. В фильме жуликоватые американцы продавали простоватым чукчам только граммофонные трубы, без «самого» граммофона. Когда же чукча, получивший такую трубу, предъявлял продавцу претензии – почему у него дома труба «не играет»? – продавец ставил трубу на граммофон и показывал, что она функционирует. Чукча, имевший примитивные представления о технике и воспринимавший граммофонную тру-

Социальные нормы и официальные тексты

Правовые нормы, как и любые социальные нормы (т.е. правила, которым подчиняются социальные взаимодействия) проявляются, во-первых, в самой социальной деятельности, внешне выраженном поведении, во-вторых, в знаковой форме, в авторитетных текстах³. Разновидностью авторитетных текстов являются тексты официальные, издаваемые компетентными публично-властными субъектами – законы (нормативные акты) и акты высших судов⁴. В принципе наличие официального прескриптивного текста должно создавать наибольшую определенность в понимании нормы. Во всяком случае такой текст может устранять неопределенность в понимании нормы разными субъектами. Поскольку *правовые* нормы являются общезначимыми и общеобязательными, прежде всего эти нормы (но не только они!) формулируются в официальных текстах. В этих текстах могут формулироваться уже существующие нормы; в таких случаях властно санкционируется одна из возможных интерпретаций нормы (что не исключает последующие интерпретации). Но такие тексты могут лишь моделировать нормы, которых в социальной практике еще нет, или предписывать такие нормы, которые есть, но в другой социокультуре.

Несколько упрощая, примем здесь за истинное следующее суждение: «если в определенном обществе есть некая правовая норма, то должен быть и официальный текст об этой норме». Очевидно, что отсюда не вытекает второе суждение: «если в определенном обществе законодатель создал текст о некой правовой норме, то она есть в этом обществе».

Прежде всего правовая норма есть там и тогда, где и когда ее демонстрирует социальная практика. Поскольку официальный текст может иметь любое содержание⁵, то наличие текста

бу как самостоятельное музыкальное устройство, убедившись в исправности трубы, уходил, видимо, полагая, что при надлежащем обращении труба и у него дома «заиграет».

³ Ср.: *Зорькин В.Д.* Позитивистская теория права в России. М., 1978. С. 90–91.

Третьим «способом бытия» правовых норм следует назвать правосознание, однако в нашем контексте речь идет не о ментальных образах или императивах, а об их внешних проявлениях.

Принципиально важными для понимания соотношения социальных норм и официальных прескриптивных текстов как разновидности знаковой формы норм представляются следующие постулаты социолого-антропологической концепции, развиваемой И.Л. Честновым: «1) любое социальное явление (процесс, институт) существует в трех модусах бытия – в виде массового поведения, знаковой формы и ментального образа, включая индивидуальные, групповые и коллективные (социальные, общественные) формы проявления, взаимодействующие друг с другом; 2) социальное явление является результатом предшествующей практики, в том числе, означивания, в определенном смысле результатом произвола (по отношению к предшествующим явлениям и практикам), который, впрочем, не может быть каким угодно, выступая, в то же время, относительно устойчивой структурой – массово повторяющимся поведением, зафиксированным знаком и общепринятым ментальным образом; 3) оно никогда не является окончательно завершенным, а находится в состоянии постоянного переосмысления, а тем самым, трансформации» (*Честнов И.Л.* Проблемы и перспективы юридической науки XXI века // *Юриспруденция XXI века: горизонты развития.* СПб., 2006. С. 105).

Те же постулаты мы находим и в феноменолого-коммуникативной концепции права, разрабатываемой А.В. Поляковым. По этой концепции, право («коммуникативный порядок отношений») – это нормы (правила должного), которые не устанавливаются кем-либо в одностороннем порядке, а складываются в системе социальных коммуникаций, во множестве социальных взаимодействий, закрепляются в общественном правосознании, проявляются в правоотношениях и отражаются в правовых текстах, включая тексты официальных законов (см.: *Поляков А.В.* Общая теория права: Феноменолого-коммуникативный подход. СПб., 2003. С. 274–285; 674–687).

⁴ Под авторитетными текстами здесь понимаются не только письменные тексты законов и судебных решений, но и устные тексты обычаев: чтобы разрешать споры, возникающие из нарушения обычая, нужен авторитет, транслирующий и интерпретирующий текст обычая (см.: *Аннерс Э.* История европейского права / Пер. со швед. М., 1999. С. 12–13).

⁵ Как самостоятельная реальность официальный прескриптивный текст выражает лишь мнение, представление или требование его авторитетного автора относительно социальных норм, и только в потестарной парадигме эта автори-

о правовой норме, не равносильно наличию самой нормы. Официальный текст не обладает магической силой, и с его помощью нельзя, подобно заклинанию, породить социальные явления, которые пока еще не существуют. Новая для конкретного общества правовая норма может и в самом деле установиться после и вследствие издания официального текста об этой норме, но может и не установиться⁶.

В отличие от природных объектов, всегда демонстрирующих одни и те же физические законы, социокультурные объекты, как объекты искусственные, являются разными у разных народов, в разных культурах. Одновременно существуют развитые и неразвитые национальные правовые культуры, но в неразвитой правовой культуре не может быть всех тех правовых норм и институтов, которые уже есть в развитых культурах. В результате взаимодействия правовых культур может происходить рецепция юридических текстов, т.е. в процессе правового развития тексты, моделирующие социальные институты «здесь», могут заимствоваться из другой, уже развитой правовой культуры. Но эти тексты, сформулированные в другой культуре, отражают социальную реальность, еще не существующую и, возможно, недостижимую «здесь». Пример постсоветской рецепции в России текстов западной правовой культуры подтверждает, что эти тексты, даже подкрепленные определенной политической волей центральной власти «здесь», автоматически не порождают смоделированные в них социальные институты. (Есть и другие причины, по которым социальная практика может отклоняться от ее официальных моделей).

Причем речь идет не только об актах номинального законодателя, но и о нормативных решениях высших судов. Так, если в посттоталитарной ситуации, в условиях неразвитой правовой культуры конституционный суд, следуя стандартам развитой правовой культуры, постановляет, что все «нормы» (тексты) о так называемой прописке утрачивают официальную силу, то это не значит, что вследствие такого постановления произойдет изменение социокультуры и вместо института прописки институционализируется свобода передвижения и поселения⁷. Если социокультурных изменений не будет, то и нормы о прописке просто трансформируются, режим прописки, возможно, смягчится и будет официально оформлен под названием «регистрация».

Юриспруденция

как социальная наука

и легистика

Социальная наука, или составляющие ее частные социальные науки, имеют своим объектом социальную деятельность, включая право (правовые нормы) как институт, или как специфические правила, которым социальная деятельность подчиняется. Правовые нормы изучаются

тетная авторская позиция трактуется как определяющая поведение остальных социальных акторов, а в либертарной – она лишь имеет значение и может быть оспорена этими акторами в специальных процедурах.

⁶ См.: *Пашуканис Е.Б.* Избранные произведения по общей теории права и государства. М., 1980. С. 79–81.

⁷ Еще один образный пример: «чайники», которые только начинают разбираться в управлении компьютером, поначалу считают, что для того чтобы удалить компьютерную программу, достаточно удалить находящийся на «рабочем столе» ярлык этой программы. Текст закона подобен этому ярлыку, а норма, программирующая социальные интеракции, подобно компьютерной программе, может реально «работать» независимо от наличия или отсутствия ярлыка на некой официальной «витрине».

частной социальной наукой – юриспруденцией. Соответственно теоретическая юриспруденция, выполняющая объяснительную функцию (она может объяснять правовое качество в рамках потестарной парадигмы или либертарной парадигмы), не должна подменять объект – выдавать за нормы права официальные тексты о нормах права, содержание которых (текстов) может в той или иной мере соответствовать/не соответствовать реальным социальным институтам.

Подчеркнем, что мы не считаем возможным в духе легистского позитивизма противопоставлять юриспруденции вообще и теоретической юриспруденции в частности некую «неюридическую» и «нетеоретическую» науку или группу наук под названием «социология права», и исходим из того, что в этом аспекте различаются исследовательские программы *формалистической* и *социологической* ориентации (к последним относится и современная институциональная теория права). Мы исходим из понимания права как специфической формы социальной деятельности, и, соответственно, юриспруденция, в нашем понимании, выступает как одно из направлений социальной науки или как «частная социологическая дисциплина»⁸, а *теория* права может быть только применением к праву некой социологической теории.

Таким образом, для того чтобы изучать свой объект – особые социальные нормы – юриспруденция должна быть *социологией*, изучать социальную практику, а не только официальные тексты о нормах права. Соответственно и *история права* должна быть отраслью, частью общесоциальной истории, в противном случае это будет история официальных текстов о праве.

В условиях развитой правовой культуры, когда нет существенных и заметных противоречий между официальными текстами о праве и социальной практикой, может показаться, что есть намного более простой способ познания права – ограничиться изучением официальных текстов о нормах права. Уже с учетом сказанного выше порочность такой «исследовательской программы» очевидна: даже если мы различаем правовые и неправовые законы (тексты), она может дать лишь определенное знание о «праве вообще», о том, «какие бывают» правовые нормы, но она не позволяет получить адекватное знание о праве в конкретной стране (особенно – в условиях неразвитой правовой культуры) и, тем более, выявить и объяснить (а это функция теоретической юриспруденции) расхождение между реальными институтами и официальными прескриптивными текстами.

Более подробное изучение этой «исследовательской программы» показывает, что она уместна и закономерно присутствует в потестарной парадигме социальной жизни, социокультуры⁹. А именно: «формально-догматический подход» свойственен не юриспруденции в собственном смысле (науке, способной различать право и закон), а легистике, одному из двух основных направлений в потестарном правопонимании¹⁰.

⁸ См.: *Честнов И.Л.* Проблемы и перспективы юридической науки XXI века. С. 79.

⁹ Потестарная парадигма социальной жизни является элементом и выражением соответствующего типа культуры, в которой агрессивное насилие является нормой и социальный порядок может быть только результатом принуждения со стороны одних групп в отношении других. В этой парадигме абсолютизируется властно-политический аспект социальной жизни, публичная власть объявляется не только атрибутом, но и смыслом, сущностью социального взаимодействия, в то время как ценность, полезность или хотя бы самостоятельное значение свободного, не опосредованного властью взаимодействия отвергается, свобода принижается, дискриминируется. Большая или меньшая свобода и вообще ее наличие или отсутствие представляются в этой парадигме случайностью, не определяющей типы цивилизаций, так что эта парадигма не предполагает различение типов цивилизаций по критерию свободы.

¹⁰ Как показал Л.С. Мамут, с середины XIX века «под флагом юриспруденции» стала выступать, в основном, позитивистская наука о законодательстве (законоведение), легистика, которая не может отождествляться с юриспруденцией (см.: *Мамут Л.С.* Юриспруденция и легалистика // Юриспруденция XXI века: горизонты развития. С. 7–23).

После воцарения легизма его стали характеризовать как якобы «собственно юридическое понимание права», отождествлять с собственно юриспруденцией. Так, известный методолог О.И. Генисаретский полагал, что юристы лишь моделируют реальность, а наличие или отсутствие этой реальности их не интересует, и поэтому «юридические институты» (то, что юристы называют институтами) признаются существующими независимо от тех явлений, которые называются

Отождествление социальных норм и официальных прескриптивных текстов и убежденность в том, что такие тексты являются достаточным условием соответствующей социальной практики, возможны только в том случае, когда «правопорядок» считается творением верховной власти: приказы или просто мнения о должном тех, у кого достаточно силовых ресурсов, – это и есть «правовые нормы». Другое дело, что потестарное правопонимание присутствует и в социологии, когда, с одной стороны, нормы (институты) определяются как «правовые» по критерию максимальной эффективности механизма принуждения, т.е. в конечном счете – по критерию силы, но, с другой стороны, как показывает социология, реальные нормы (институты) далеко не всегда соответствуют официально-властному волеизъявлению. Так что в рамках потестарной парадигмы конкурируют легизм, приписывающий публичной власти магические нормотворческие способности, и позитивистский социологизм, эти способности опровергающий¹¹.

Еще в теории классического легистского позитивизма (Т. Гоббс, Дж. Остин, Г.Ф. Шершеневич) было заявлено (впоследствии это положение было воспроизведено в советской официальной доктрине), что право – это приказы, команды столь могущественного властного субъекта («суверена»), у которого достаточно силы, чтобы заставить выполнять эти команды (самый эффективный механизм принуждения). Это довольно простое, волюнтаристское объяснение нормативности, утверждающее, что любое требование, если оно установлено законом, становится нормой социальной деятельности (социальной нормой)¹². Отсюда и проистекает вывод: чтобы знать социальные нормы, которые называются «правовыми», достаточно знать законы.

Это вывод, нужный для апологии власти, удобен для тех, кто не желает видеть или демонстрировать различия между официально заявленными моделями социальной жизни и реальными социальными институтами. Он позволяет при изучении социальных процессов и институтов, смоделированных законом, ограничиваться формализованными прескриптивными текстами. Поэтому легистику можно понимать как своего рода «официальное документоведение». Но такая позиция существенно снижает продуктивность познания социальной жизни (здесь можно вспомнить платоновский «миф о пещере» из седьмой книги «Государства»). Поэтому социальная наука, в противоположность легистике (и разного рода идеологиям), с необходимостью обратилась к исследованию реальных социальных регуляторов – появилось социологическое изучение общеобязательных норм и институтов.

«Командная теория права» не прижилась на Западе, поскольку противоречила основам западной правовой культуры, зато, как и марксизм, оказалась востребованной в России, в усло-

институтами в социологии (см.: *Генисаретский О.И.* Установочный доклад «Рефлектированный институционализм» // Институты. Функции. Пространства (Украина, Трускавец, август 2001 г.) / Школа Культурной Политики (<http://www.shkp.ru/lib/archive/methodologies/2001/2>).

¹¹ Это опровержение легизма начинается с генетической социологии М.М. Ковалевского: «Особенностью его теории является то, что в отличие от юридического позитивизма и некоторых социологических концепций второй половины XIX в., он рассматривал право как стоящее *вне* и *над* государством явление, непосредственно вытекающее из факта общественной солидарности, “замирной среды” и поэтому обязательное (с точки зрения естественной необходимости) для самого государства... Право связывается им не с государством, а непосредственно с “организованной силой общества”, “организованной силой союзов”, другими словами, не только с государством, но и с иными общественными группами, обладающими возможностью применить принудительную силу для претворения в жизнь своих норм. С этой точки зрения право как принудительный порядок отношений создается не только государством, но и другими социальными соединениями, существующими как до возникновения государства, так и параллельно с ним. Это создавало теоретическую платформу для обоснования плюралистических правопорядков» (*Зорькин В.Д.* Позитивистская теория права в России. М., 1978. С. 129–130).

¹² Справедливости ради отметим, что Дж. Остин вполне допускал, что «норма», предписанная верховной властью, по какой-то причине не применяется, т.е. социальная практика может и отклоняться от требований закона. Но вот советская идеология такое положение отвергала как нарушения законности, не совместимые с социализмом и коммунистическим строительством.

виях доминирования культуры (субкультуры) силового типа. «Формалистический подход» господствовал в советской доктрине после «построения социализма в основном», когда исключалась сама возможность критического сопоставления официальных текстов и социальной реальности¹³. Он занимает доминирующее положение и в постсоветской позитивистской «теории государства и права», сохраняющей апологетическую функцию советской доктрины. В современной российской научной и учебной литературе по «теории государства и права» анализ государственно-правовой реальности, как правило, подменяется формально-логическими комментариями или просто пересказом текстов конституций и законов. Изучение реально действующих принципов, ценностей и норм вытеснено нормативными концепциями, позаимствованными в западной правовой культуре, но, возможно, непригодными в России.

В принципе формалистическое понятие нормы возможно и в рамках либертарного правопонимания, но только на уровне идеологии, например, в нормативной концепции правового закона.

Но юриспруденция как наука, с либертарианской точки зрения, не может ограничиваться правовым законом, поскольку либертаризм исходно отвергает представления о власти как источнике права, о законе как мере права. С либертарно-юридической позиции, официальные прескриптивные тексты, обозначаемые как «источники права в формальном смысле», всего лишь выражают мнение их авторов (пусть и авторитетное мнение¹⁴) о том, что следует считать правом и какие должны быть правовые нормы; но это мнение может и не соответствовать действительности.

Сам правовой принцип (формальное равенство, равенство в свободе, запрет агрессивного насилия) достигается и проявляется лишь в определенном социокультурном контексте, в специфической социальной реальности (это вопрос о возникновении культуры и цивилизации правового типа). Следовательно, вне этого контекста прескриптивные юридические тексты (*юридические* в смысле либертаризма) не имеют соционормативного значения и могут существовать только как модели, которым не соответствует социальная практика. Например, то, что называется *господством права* (доминирование социальных институтов правового типа), возможно только тогда, когда большинство членов общества являются реальными собственниками и обладают собственными ресурсами жизнедеятельности, достаточными для удовлетворения потребностей по стандартам данного общества. В обществе же, где большинство такими ресурсами не обладает и во многом зависит от государственной перераспределительной деятельности, господства права быть не может; следовательно, в таком обществе всегда будет несоответствие между официальными *юридическими* текстами и фактическими институтами.

Социология и институционализм

Институционализмом в современной социологической теории и отраслевых социальных науках называется то направление исследований, которое изучает социальные институты прежде всего как *правила* – функционально обусловленные системы норм, которым реально подчиняется социальная деятельность.

Институциональным подходом к праву (и институциональным пониманием нормы права) мы, в соответствии с уже наметившимся словоупотреблением¹⁵, называем исследование права

¹³ О легистском характере советской доктрины см.: *Денисов Ю.А., Спиридонов Л.И.* Абстрактное и конкретное в советском правоведении. Л., 1987; *Нерсесянц В.С.* Философия права. М., 1997. С. 283–310.

¹⁴ Ср.: *Нерсесянц В.С.* Философия права. С. 66.

¹⁵ См.: *MacCormick N.* Institutions of law: An essay in legal theory. Oxford, 2007; *MacCormick N., Weinberger O.* An institutional theory of law: New approaches to legal positivism. Dordrecht, 1986; *Morton P.* An institutional theory of law: Keeping

как реальных, а не только смоделированных норм социальной деятельности¹⁶. Институциональный подход и заключенное в нем понимание социальной нормы, типичны для всех социальных наук, не ограничивающихся изучением официальных текстов о социальной реальности. Мы не называем его *социологическим* подходом к праву, поскольку в теоретической социологии, в социальной науке известны, помимо институционализма, другие научные направления.

Социальный институт понимается в настоящей работе как устойчивый порядок социальных коммуникаций или социальной деятельности, интеракций, воплощающий в себе те или иные социальные нормы (и соответствующий принцип) и выполняющий определенную функцию¹⁷. Таким образом, социальные нормы и социальные институты – это, в сущности, одно и то же: та или иная смысловая и функциональная совокупность социальных норм образует социальный институт¹⁸. Институты организуют человеческую деятельность в определенную систему социальных ролей, устанавливая образцы поведения¹⁹. «Институты, – пишет Д. Норт, – создают базовые структуры, с помощью которых люди на протяжении всей истории добились порядка и таким образом снизили степень своей неуверенности»²⁰. И далее: «Мы можем сказать, что институты состоят из набора ограничений в виде правил и предписаний, набора процедур для обнаружения отклонений от правил и предписаний и, наконец, набора моральных, этических норм поведения, в пределах которых должны определяться как меха-

law in its place. Oxford, 1998; Law as institutional normative order / Ed. by M. Del Mar and Z. Bankowski. Edinburgh, 2009.

¹⁶ Такой подход к праву можно называть и праксиологическим в смысле праксиологии Л. Мизеса – общей теории человеческой деятельности (см.: *Мизес Л. фон. Человеческая деятельность: трактат по экономической теории* / Пер. с англ. Челябинск, 2005).

¹⁷ В структурном функционализме, пишет Л.А. Седов, социальный институт рассматривается как «устойчивый комплекс формальных и неформальных правил, принципов, норм, установок, регулирующих различные сферы человеческой деятельности и организующих их в систему ролей и статусов, образующих социальную систему» (*Седов Л.А. Институт социальный // Современная западная социология: Словарь. М., 1990. С. 117*).

Такой же трактовки придерживаются авторы учебника по социологии права: «Социологи рассматривают институты как устойчивый комплекс норм, правил, символов, регулирующих различные сферы человеческой жизнедеятельности и организующих их в систему ролей и статусов, с помощью которых удовлетворяются основные жизненные и социальные потребности. Каждый институт выстраивается вокруг стандартного решения определенного набора проблем. Институт семьи строится вокруг проблем воспроизводства рода, социализации и материального обеспечения детей; экономические институты – производства и реализации товаров и услуг; политические институты – защиты граждан друг от друга и от внешних врагов; религиозные институты – усиления социальной солидарности и согласия; институты образования – передачи культурного наследия из поколения в поколение. Разумеется, эта классификация слишком упрощена. Один институт может быть многофункциональным, в то время как несколько институтов могут участвовать в выполнении одной и той же функции» (*Касьянов В.В., Нечипуренко В.Н. Социология права. Ростов н/Д, 2001. С. 255*).

Это «мейнстримовская» трактовка социальных институтов. Но существуют и другие трактовки социального института: «Под социальным институтом в самом общем виде могут пониматься, во-первых, социальное установление – комплекс определенных социальных (правовых, моральных и т.п.) норм, обуславливающих и регулирующих деятельность человека в различных областях ее приложения; во-вторых, социальное образование или учреждение – определенным образом организованное объединение людей, та или иная существующая в обществе структура; в-третьих, устойчивый тип социального поведения, выражающийся в определенной системе социальных действий, процедуре, механизме. Тем самым различные социальные явления, имеющие между собой мало что общего (разделение труда, собственность, государство, армия, суд, господство, равенство, родство, брак, семья и т.д.), могут быть подведены под понятие института в одном из перечисленных его значений» (*Быченков В.М. Институты: Сверхколлективные образования и безличные формы социальной субъектности. М., 1996. С. 10*).

¹⁸ И в институциональной юриспруденции, и в легистике институт – это совокупность норм, но в качестве норм понимаются и обозначаются разные объекты.

¹⁹ «Социальный институт интерпретируется как понятие, означающее устойчивый комплекс формальных и неформальных норм, установок и правил, регулирующих различные сферы человеческой деятельности и организации их в системы ролей и статусов, образующих социальные системы» (*Медушевский А.Н. Социология права. М., 2006. С. 5*).

²⁰ *Норт Д. Институты, институциональные изменения и функционирование экономики. М., 1997. С. 32.*

низмы формирования правил и предписаний, так и механизмы по осуществлению принуждения»²¹.

Согласно теории институционализма, институты могут возникать и эволюционировать стихийно²², когда складываются и меняются «неформальные» правила (не навязываемые социальным акторам, основанные на консенсусе участников взаимодействия), а также в результате целенаправленной законодательной политики, моделирующей новые правила, не противоречащие, однако, основам существующей социокультуры²³. При этом, если заимствованные из-за границы модели не соответствуют обычаям и традициям данного общества, то заимствование не будет иметь успеха, т.е. здесь этого института не будет, поскольку его становлению будут препятствовать существующие «неформальные» правила.

Кроме того, отметим, что в настоящей работе различаются понятия *институт* и *организация*, что отличает позицию современного институционализма от институционализма «традиционного»²⁴.

В неюридических науках институционализм означает, что объект (социальная деятельность) изучается на предмет заключенных в нем, демонстрируемых им социальных норм, рассматривается как деятельность не случайная, не хаотичная, а подчиненная установленным правилам. Например, в экономической науке принято, что «институты – это “правила игры” в обществе, или, выражаясь более формально, созданные человеком ограничительные рамки, которые организуют взаимоотношения между людьми (политические, экономические и социальные). Они включают неформальные ограничения (санкции, табу, обычаи, традиции и нормы поведения) и формальные правила (конституции, законы, права собственности), а также механизмы, обеспечивающие их выполнение»²⁵. Кратко институты определяются как «созданные человеком правила, которые ограничивают поведение людей и упорядочивают отношения между ними, что становится возможным, когда правила подкрепляются соответствующим механизмом принуждения к их соблюдению»²⁶.

Очевидно, что институционализм в неюридических науках не может строиться на формалистическом понимании нормы. Правда при объяснении понятия социальных институтов в неюридических науках используется различие «формальных норм» (конституций, статутов, прецедентов и т.д.) и «неформальных норм» (обычаев, традиций и т.п.), но «формальность» здесь не означает, что в реальности нормы нет. Показателем наличия института является социальная деятельность (коммуникации, интеракции), демонстрирующая ее подчиненность нормам, а «формальность» или «неформальность» этих норм характеризует одну из форм их выражения: нормы, из которых складываются институты, либо имеют официальную форму, либо не имеют таковой. Таким образом, это различие нельзя понимать так, что возможны нормы, которые «формально существуют», но фактически не действуют. *Для неюридических наук такие нормы не существуют, ибо эти науки изучают не официальные модели, а социальную реальность, и обнаруживают нормы лишь постольку, поскольку они проявляются в социальной деятельности.*

Однако различие этих видов норм в институционализме не исчерпывается различием их формы. В структуре институтов различаются «формальные правила», легально ограничивающие возможности поведения, легализующие принуждение в установленных пределах, и

²¹ North D.C. Transaction costs, institutions, and economic history // Journal of Institutional and Theoretical Economics. 1984. V. 140. № 1. P. 8 (цит. по: Капелюшников Р.И. Экономическая теория прав собственности. М., 1990 [http://lib.webmalina.com/getbook.php?bid=2197&page=11]).

²² См.: Хайек Ф.А. фон. Право, законодательство, свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / Пер. с англ. М., 2006.

²³ Ср.: Поляков А.В. Указ. соч. С. 283.

²⁴ «Если институты – это правила игры, то отдельные организации – это игроки, взаимодействующие в рамках данных правил» (Кузьминов Я.И., Бендукидзе К.А., Юдкевич М.М. Курс институциональной экономики. М., 2006. С. 90).

²⁵ Норт Д. Институциональные изменения: рамки анализа // Вопросы экономики. 1997. № 3. С. 6.

²⁶ Одинцова М.И. Институциональная экономика. М., 2008. С. 378.

«неформальные ограничения и практики», т.е. такие, которые официально не санкционированы, но, тем не менее, именно они, определяя восприятие, толкование и применение «формальных правил» акторами, определяют и реальное содержание институтов²⁷. Таким образом, имеются в виду не просто неформальные правила *praeter legem*, а правила вторичные, конкретизирующие, актуализирующие и даже корректирующие первичные тексты «формальных норм»²⁸. Следовательно, заключенные в институтах «формальные нормы» реально существуют, действуют, но не непосредственно, а через неформальные вторичные нормы. При этом возможны и такие вторичные нормы, которые существенно изменяют, искажают смысл и содержание «формальных норм», и в этих случаях складываются «альтернативные институты», или просто реальные институты не соответствуют их официальным моделям.

Юриспруденция, в отличие от неюридических направлений институциональных исследований, специализируется на изучении норм, и на уровне абстракции она стремится отделить их от социальной деятельности, выделить нормы «в чистом виде», например, в том виде, как они сформулированы в официальных текстах. Но сами по себе официальные тексты о нормах – это еще не нормы, а только их обозначения (если эти нормы действительно существуют), а также их модели, проекты и даже, возможно, заблуждения или тексты, издаваемые без намерения породить нормы²⁹.

Поэтому, с одной стороны, юриспруденция изначально является «институциональной наукой», с другой стороны, увлекаясь институтами-моделями, юристы далеко не всегда обращают внимание на их соответствие/несоответствие социальной практике и реальным социальным институтам. Так и возникает формалистическая, «юриспруденция», которая отрывает свой предмет от социальной реальности, якобы рассматривает нормы «как таковые» – как будто они существуют вне социальной практики или «живут» своей самостоятельной жизнью в официальных текстах законов и других властных установлений³⁰. Особенно это заметно в об-

²⁷ Ср.: Кузьминов Я.И., Бендукидзе К.А., Юдкевич М.М. Указ. соч. С. XXVII–XXVIII, 104–105.

²⁸ Первичные официальные прескриптивные тексты обычно конкретизируются и корректируются вторичными – как формализованными, так и неформализованными, «неформальными ограничениями и практиками». Так что реально действующие нормы могут складываться в пределах содержания формализованной модели, но возможны и такие вторичные тексты, которые существенно изменяют содержание первичных (см.: Четвернин В.А., Юрко Г.Б. Судебные источники права // Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып. 1. М., 2007. С. 154–183).

²⁹ «Правовая норма по своей природе является одним из промежуточных результатов правовой коммуникации. Она возникает как следствие социально-признанной интерпретации различных правовых текстов (в том числе вторичных) правовыми субъектами. Правовую норму нельзя смешивать с самим законодательным правилом, содержащимся в правовом тексте. Правовая норма – это не когнитивное суждение, а функционирующая интересубъективная норма поведения. В этом смысле она представляет собой должный социальный факт – *сущее и должное одновременно* (но в разных смыслах). Поэтому законодательное правило только тогда становится правовой нормой, когда оно конституирует право, т.е. коммуникативное взаимодействие правовых субъектов, при котором каждый из них будет определять свое поведение в соответствии с имеющимися правами и обязанностями. Правовое взаимодействие субъектов права само объективируется в виде вторичного правового текста, интерпретация которого наряду с первичным правовым текстом и создает правовую норму. Другими словами, правовая норма конституируется правовыми отношениями, а правовые отношения – правовой нормой» (Поляков А.В. Указ. соч. С. 279–280).

³⁰ По существу мы согласны в этом вопросе с И.Л. Честновым, но терминология известного российского исследователя, которую мы продемонстрируем в следующем его рассуждении, представляется нам менее предпочтительной. «Догматичность юриспруденции, – пишет И.Л. Честнов, – выражается в некритическом отношении к действующим правовым институтам. Любой институт признается законным, независимо от отношения к нему населения, от фактического действия (соблюдения, исполнения, использования или применения), от его эффективности и т.д. Вопрос об изменении институтов не входит в компетенцию позитивистской юриспруденции, так как относится к миру сущего, а не должного. Содержательные вопросы изменения правовой системы юриста, следовательно, не должны волновать (это – проблема социологов или философов). Правоведа лишь заботит вопрос о юридической форме, в которую изменения облечены. Поэтому если соблюдены все законодательные процедуры, то, следовательно, закон о концлагерях, политических репрессиях, неправоудных расстрелах или бомбардировке территорий чужих государств по причине несоблюдения в них прав человека будет считаться действующим нормативно-правовым актом и обеспечиваться принудительной силой государства» (Честнов И.Л. Проблемы и перспективы юридической науки XXI века // Юриспру-

ласти сравнительного текстоведения (якобы сравнительного «правоведения»), если оно захватывает страны, в которых нет правовой традиции³¹, – когда заимствованные из иной культуры тексты анализируются как «автохтонные», причем о них даже неспециалистам известно, что в этих странах такие тексты не соответствуют реальным институтам.

Итак, в *формалистической* интерпретации правовой институт – это официально принятая модель (образец) социальной деятельности, которая (модель) воспринимается *как таковая*, т.е. в отрыве от социальной реальности³². Напротив, в *институционализме* – это формализованные и неформализованные правила, которым реально подчиняется социальная деятельность, а модели, которым не соответствует социальная практика, институтами не признаются. (В позитивистской версии институт считается правовым, поскольку он включает в себя механизм принуждения, более эффективный, нежели механизмы других институтов. С точки же зрения *либертариизма*, институт является правовым, если соответствует принципу права, выполняет правовую функцию, причем нормы этого института, как *правовые* нормы, существуют даже тогда, когда они не отражены в официальных прескриптивных текстах³³). С формально-догматической точки зрения, некий институт *существует* в национальной правовой системе, если есть соответствующие официальные тексты. С точки же зрения институционализма, официальные тексты позволяют лишь предположить существование норм, но установить их наличие (и реальное содержание) можно, лишь зная социальную практику: если практика не соответствует официальной модели, то смоделированного института в данной правовой системе нет³⁴. Имеется в виду практика в смоделированной ситуации; до тех пор пока такая ситуация не наступила, не стала типичной, пока практика не опровергла закон, в юриспруденции принято руководствоваться презумпцией нормотворчества законодателя.

Но в официальных текстах могут быть смоделированы чрезвычайные или уникальные ситуации, например, режимы чрезвычайного и военного положения, порядок принятия новой конституции. Социального института чрезвычайного положения, очевидно, быть не может по определению (если определять институт как устоявшийся порядок общественных отношений) – *устоявшийся* порядок не может быть *чрезвычайным*. С формалистической же, легистской

денция XXI века: горизонты развития. СПб., 2006. С. 87–88).

Как следует из приведенного рассуждения и, тем более, из контекста статьи И.Л. Честнова, речь должна идти о некритическом отношении догматической «юриспруденции» не к *действующим* правовым институтам, а к *моделям* институтов, описанным в официальных текстах. «Действующими», «действующим правом» они называются на специальном бюрократическом языке легистики, что означает действующий (вступивший в силу, не отмененный) приказ, предписание. Так же речь должна идти не о *юридической*, а о *законной* форме моделирования социальных институтов.

³¹ Это страны, «которые без искажения действительности невозможно отнести к правовым семьям с эффективным правом, воспринимаемым в обществе как определенная ценность, предназначенная в течение долгого времени обеспечивать его структуру» (Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход / Пер. с фр. М., 2009. С. 234).

³² «Предмет юридической науки в узком смысле, или юридической догматики, составляет толкование, классификация и систематизация права, считающегося нормативно значимым в определенном сообществе в определенное время, т.е. в континентально-европейских государствах как правило – законного права... Вопрос же о том, какие нормы фактически соблюдаются, здесь обычно не ставится» (Reiser Th. Rechtssoziologie. Frankfurt am Main, 1987. S. 9–10).

³³ Так, нормы частного права институционализируются в форме обычая до того, как они получают официальное признание и выражение.

³⁴ «Нельзя утверждать, что в этой стране есть определенные правовые нормы, так как на этот счет имеются соответствующие им прескриптивные тексты, правила в виде официальных документов – кодексов, статутов, судебных решений, доктрин. Как и все социальные нормы, правовые нормы имеют значение и существуют лишь постольку, поскольку они проявляются в конкретной практике, деятельности. Основная идея институциональной теории права состоит в том, что нормы, принципы и ценности не обладают никакой организующей или определяющей силой, предшествующей социальной реальности...; скорее они представляют собой системы оценки или контроля, которые складываются в результате социальной деятельности и социальных взаимодействий. Юриспруденция, которая воспринимает нормы в отрыве от социальной реальности, т.е. от институтов реальной жизни, неспособна объяснить, что такое право» (Morton P. Op. cit. P. 1).

Ср.: Пашуканис Е.Б. Указ. соч. С. 79–80; Поляков А.В. Указ. соч. С. 273–275.

точки зрения институт чрезвычайного положения возможен. Например, В.Е. Чиркин, рассуждая об институтах государственности, в качестве примера неоднократно называет институт чрезвычайного положения³⁵. Но это может быть институт государственности только в смысле легистики – как смысловой блок законов, официальных текстов. Аналогично нельзя говорить и о социальном институте пересмотра конституции: конституции не пересматриваются столь часто, что порядок их пересмотра можно называть устоявшимся.

Однако, если на языке юридического институционализма нельзя говорить о правовых институтах и *нормах* чрезвычайного положения или пересмотра конституции, означает ли это, что чрезвычайные или уникальные ситуации не могут регулироваться правом? И, наоборот, означает ли это, что современная теория социальных институтов недостаточна для описания и объяснения права?

Представляется, что ответ на эти вопросы существенно упростится, если отбросить легистское, формалистическое понимание нормы. Действительно, только на языке легистики весь объем правового воздействия на социальное поведение (мы не говорим здесь о правовом *регулировании*, поскольку регулирование означает подчинение правилу, норме) охватывается определением «право – совокупность норм», ибо *норма* здесь означает официально-властное предписание, некий смысловой отрывок прескриптивного текста. Здесь любые законоположения называются нормами (поэтому различаются «нормы-правила», «нормы-принципы», «нормы-дефиниции», «нормы-цели» и т.д.).

Придерживаясь же социологического понятия нормы, с точки зрения юриспруденции как социальной науки, можно сказать, что в прескриптивных юридических текстах не только описываются возможные или существующие *нормы*, но и содержатся *требования* (предписания³⁶) к такой социальной деятельности, которая, вследствие ее чрезвычайного или уникального характера, не может быть нормальной. То есть не может быть правовых *норм* чрезвычайного положения, но могут быть – и в этом проявляется регулирующая функция правосознания – вытекающие из правового принципа *требования* (предписания) соблюдать определенные правовые нормы (нормы соответствующих правовых институтов) даже в условиях чрезвычайного положения. Аналогично: действующая конституция (официальный текст) не создает *нормы* пересмотра конституции, а устанавливает *требования* для уникальной ситуации; эта ситуация может быть исчерпана принятием новой конституции, в которой могут быть установлены уже несколько иные требования для ее пересмотра.

Таким образом, правовые институты включают в себя не только нормы, но и производные от правового принципа ментальные модели известных, предвидимых, однако нетипичных ситуаций и вытекающие из них формальные и неформальные требования. Про эти требования нельзя сказать, что они возникают «снизу» или «сверху». Они формулируются правовой доктриной, высшими судами и законодательными собраниями. Но главное – они являются выражением достигнутой правовой культуры, соответствующего правосознания, и, например, как требования соблюдения прав и свобод, заимствованные из текстов развитой правовой культуры, они вряд ли будут соблюдаться в неразвитой правовой культуре.

Рассматривая право в целом как институт³⁷, можно определить его как систему принципов, норм и требований, обеспечивающую равенство в свободе и вытекающий отсюда запрет агрессивного насилия.

³⁵ См.: Чиркин В.Е. Основы государственной власти. М., 1996. С. 42–43.

Вслед за В.Е. Чиркиным Санкт-петербургский исследователь А.Э. Черноков, используя термин «институты государственности», примером их называет «институт чрезвычайного положения» и полагает, что это «позволяет подойти к механизму государства с позиций институциональной теории» (см.: Механизм государства: классическая и постклассическая парадигмы. СПб., 2008. С. 13–14 [автор раздела – А.Э. Черноков]). Однако при таком понимании институтов получается как раз не институциональная, а формально-догматическая теория.

³⁶ См. определение Д. Норта (сноска 21).

³⁷ Право можно представить как систему институтов (субинститутов) – прежде всего институтов, известных как частное право и публичное право, которые в свою очередь тоже состоят из субинститутов (институтов), и т.д. Таким обра-

Институционализм и правопонимание

Для юридического либертаризма институционализм представляется необходимым направлением или аспектом научных исследований, поскольку позволяет установить действительное значение правового принципа социальной жизни (правовая свобода, верховенство прав человека) в существующих культурах и реальных институтах, показать реальное соотношение институтов правового и силового типов. Институционализм дает возможность, например, вывести понятие права и правовое понятие государства из области идеологии («закон должен быть правовым», «государство должно быть правовым») и ввести его в область социальной науки, демонстрирующей соответствие/несоответствие между социальными институтами и релевантными нормативными текстами.

Логика либертаризма не позволяет считать, что подчинение социальной деятельности правовым нормам (и самому принципу права) и социальные институты правового типа являются результатом властно-приказного воздействия, так что либертаризму имманентно критическое отношение к официально-властному моделированию социальной жизни³⁸. С либертарно-юридической точки зрения «формалистический институционализм» может оказаться изучением институтов фиктивных – моделей, которым в реальности мало что соответствует. Причем здесь нельзя ограничиться оговоркой о правонарушениях: если в реальности определенного общества сложились не те институты, которые предписаны законом, то юриспруденция должна знать эти «альтернативные» социальные институты и объяснять, почему социальная жизнь протекает не по закону, а «по понятиям»³⁹.

Однако связь институционализма и либертаризма определяется не только имманентным либертаризму отрицанием формализма. Здесь мы подходим к важному пункту наших рассуждений – вопросу о совместимости институционализма с разными типами правопонимания (понимания сущности права, точнее – типами выбора и определения сущности объекта, который будет назван правом). А именно: можно ли в рамках потестарной парадигмы и, более конкретно, позитивистской социологии различать социальные институты правовые и неправовые? Каков критерий, делающий такое различие возможным и операціонабельным?

В потестарной парадигме понятие «правовой институт» или «право как институт» в качестве «правового» признака имеет в виду верховно-властное или наиболее эффективное принуждение – например, «сопряженный с принуждением» способ социального контроля, наиболее эффективный у определенного народа, на определенной территории или в определенной группе, корпорации и т.п.⁴⁰

В либертарном же понимании право является институтом, в рамках которого принуждение обеспечивает свободу, защищает свободу от ее нарушений. Свободой (и правом как необходимым институтом или необходимой формой свободы) признается такой порядок социаль-

зом, право как социальный институт и система правовых социальных институтов, или социальных институтов правового типа (т.е. институтов, выполняющих правовую функцию) – это одно и то же.

³⁸ Подробнее см.: *Хайек Ф.А. фон*. Указ. соч. С. 358.

³⁹ Отметим, что авторы фундаментального курса институциональной экономики взяли на себя труд объяснить так называемые жесткие альтернативные институты, возникшие в России при переходе «от плановой экономики к рыночной», а именно – «крыши» и «черные (серые) арбитражные суды» (см.: *Кузьминов Я.И., Бендукидзе К.А., Юдкевич М.М.* Указ. соч. С. 105–109). Ничего подобного нет в учебниках по российскому предпринимательскому праву, арбитражному и даже уголовному праву.

⁴⁰ См.: *Медушевский А.Н.* Социология права. М., 2006. С. 6.

ных интеракций, при котором действует (и обеспечивается организованным принуждением) *всеобщий запрет агрессивного насилия*⁴¹.

Следовательно, два типа правопонимания – это, прежде всего, употребление термина «право» не просто в разных, а в несопоставимых значениях. В потестарной парадигме «правовое качество» определяется чисто формально – как мера принудительности или эффективности принуждения, а в либертариизме принудительность не является сущностной характеристикой права. Они совпадают в том, что в сфере правового регулирования предполагается «сопряженная с принуждением регуляция социального поведения индивидов, подавление и исправление отклоняющегося поведения». Но это еще не право, это соционормативная регуляция как таковая. В потестарном понимании *правовой* регуляцией называется *наиболее эффективная* «сопряженная с принуждением регуляция поведения» – независимо от того, обеспечивает ли она свободу или как-то иначе регламентирует социальное поведение. В либертарном же понимании *правовой* регуляцией признается только обеспечение равенства в свободе, т.е. такая «сопряженная с принуждением регуляция поведения» *свободных* индивидов, когда отклоняющимся поведением признается только *агрессивное насилие*.

В современной западной науке попытки институционального подхода к праву, как правило, ограничены рамками позитивистской социологии. Что касается «институциональной теории права» Н. Маккормика и его последователей⁴², то эта нелегистская концепция, претендующая на «преодоление противоположности естественного права и позитивизма», по существу не содержит ничего нового, являясь лишь разновидностью «постпозитивистской юриспруденции»⁴³.

Напомним, что в классическом легизме критерий «правового» качества определяется как *верховно-властное* принуждение. Этим «право» отличается от других видов социальной власти, принуждения и насилия. Но в институционализме такой критерий качественной идентификации объекта непригоден. Институционализм нацеливает на изучение как «формальных», так и «неформальных» норм и показывает, что реальные институты могут существенно отличаться от того порядка социальной деятельности, который предписан или санкционирован верховной властью⁴⁴. Иначе говоря, современный институционализм опровергает потестарную парадигму в том ее наиболее последовательном варианте, в котором она представлена в доктрине классического легистского позитивизма⁴⁵.

⁴¹ «Какковы пределы свободы? Вывод из либертарианского принципа, гласящего, что каждый человек имеет право жить так, как он считает нужным, если он не нарушает равные права других, таков: *ни у кого нет права совершать агрессию в отношении человека или чьей-либо собственности*» (Боуз Д. Указ. соч. С. 84).

⁴² См. сноску 15.

⁴³ В старой доктрине основные «школы» права обычно представлялись как «юридический позитивизм» (имеется в виду легизм), «социологическая юриспруденция» (опять же позитивистская) и «естественное право» (см.: Туманов В.А. Буржуазная правовая идеология. К критике учений о праве. М., 1971); в совокупности эти концепции якобы «позволили выявить все основные аспекты такого сложного и многогранного социального феномена, каким является право» (Туманов В.А. Учения о праве // Общая теория права. Курс лекций / Под ред. В.К. Бабаева. Н. Новгород, 1993. С. 21). Однако эти «школы» ошибочно помещаются в один ряд. Действительно существующая в этом ряду контроверза – между легизмом и юснатурализмом – снимается социологией, для которой и тот, и другой суть разновидности одного и того же заблуждения: первый подменяет изучение реальных институтов мнением законодателя, второй – идеологией. Собственно ничего нового по этому вопросу не добавляет «постпозитивистский» институционализм Н. Маккормика (см.: MacCormick N. Institutions of law. P. 277–279).

⁴⁴ То, что социальная действительность может отличаться от официально-властных предписаний, было хорошо известно и во времена Дж. Остина. Поэтому доктрина классического легистского позитивизма – хотя она и принимала в расчет «нормы, санкционированные государством», т.е. реально существующие независимо от властных решений, – отнюдь не претендовала на изучение реального социального порядка и его сопоставление с официально-властными предписаниями. Напротив, она настаивала на *формально-догматическом* понятии «права», т.е. на том, что «правовыми нормами» и «правовыми институтами» следует считать исключительно модели социальной деятельности, выраженные в прескриптивных текстах верховной власти.

⁴⁵ В частности, он опровергает потестарные представления 150-летней давности о «механизме правового регулирования», которые преподаются в постсоветской «теории государства и права».

Правда и в позитивистской социологии мы так же можем найти отождествление правового качества с официально-властным принуждением. (Отличие такой социологии от классического легистского позитивизма состоит, прежде всего, в том, что она предполагает формирование институтов или норм преимущественно «снизу», в то время как последний постулирует установление «правовых норм» преимущественно «сверху»). Такой позиции придерживался, например, Л.И. Спиридонов. В его интерпретации все социальные нормы «производятся культурой», а не являются результатом субъективного творчества, замысла. Но правовыми, и поэтому общеобязательными, становятся только те нормы, которые *интегрируют социум и нарушение которых ставит его существование под угрозу*; поэтому такие нормы санкционируются публичной властью, что и делает их правовыми⁴⁶. «Социальная норма, прежде чем приобрести юридический характер, складывается как фактические отношения между членами общества. Будучи санкционировано государством, сложившееся правило поведения становится обязательным»⁴⁷.

По существу эта позиция сводится к утверждению, что социокультура производит верховно-властный механизм принуждения и защиты своих фундаментальных институтов (норм), и механизм этот называется «правом»⁴⁸.

Теперь вернемся к нашему утверждению, что в современном институционализме нельзя идентифицировать объект (*правовой* институт) по признаку его официально-властного признания и оформления (даже если такое признание выражается в судебном санкционировании уже сложившихся правил) – ибо институционализм определяет «формальные нормы» лишь как одну из институциональных составляющих. «Неформальные нормы», «латентные функции» – это те

Можно привести немало примеров использования российскими авторами термина «институт» в формалистическом смысле. Это особенно характерно для легистской науки конституционного права, называющей государством «в юридическом смысле» его законодательную модель. Легистский подход проявляется и в «теории государства и права», когда вместо объяснения реальных государственно-властных институтов пересказываются конституционные тексты – в лучшем случае анализируются конституционные модели этих институтов. Например, М.И. Байтин, а вслед за ним и М.Н. Марченко, сохраняя верность советской доктрине, рассматривают государство как институт классового господства, одновременно выполняющий общесоциальные задачи. Логично было бы ожидать, что эти авторы, обращаясь к специфике современного российского государства, покажут, в интересах каких классов или групп формируются и функционируют государственно-властные институты. Однако ничего подобного не происходит: реальные государственно-властные институты подменяются конституционными моделями – вместо объяснения вопроса о возможности института разделения властей в современной России излагается конституционная модель разделения властей, вместо объяснения российского территориального государственного устройства и перспектив федерализма пересказывается конституционная модель федеративного устройства России (см.: *Байтин М.И.* О понятии государства // Правоведение. 2002. № 3. С. 10; *Байтин М.И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Изд. 2-е, доп. М., 2005. С. 447–448, 462–521; *Марченко М.Н.* Теория государства и права. 2-е изд. М., 2005. С. 54, 309–315, 390–393 (здесь М.Н. Марченко ссылается на определение М.И. Байтина, данное в учебнике: Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М., 2000. С. 51).

⁴⁶ См.: *Спиридонов Л.И.* Теория государства и права. М., 1996. С. 89–96.

⁴⁷ *Спиридонов Л.И.* Избранные произведения: Философия и теория права. Социология уголовного права. Криминология. СПб., 2002. С. 49.

Так же см.: *Денисов Ю.А., Спиридонов Л.И.* Абстрактное и конкретное в советском правоведении; *Спиридонов Л.И.* Социальное развитие и право. Л., 1973.

⁴⁸ На наш взгляд, ничего не меняет следующее разъяснение этой позиции: «Для Л.И. Спиридонова специфическим признаком права, позволяющим отличать его от других нормативных социальных феноменов, является его общеобязательность. Очень часто ее воспринимают как принудительность (наказуемость государством за несоблюдение правовых предписаний). Однако это не так: принудительность (наказание) в концепции Л.И. Спиридонова является вспомогательным признаком права и вступает в “действие” лишь на стадии правоприменения. Общеобязательность же состоит как раз в том, что право – это система таких социально значимых правил поведения, которые обеспечивают целостность общества, без которых общество перестанет существовать (например, если все начнут друг друга убивать, грабить и т.п.)» (*Честнов И.Л.* Лев Иванович Спиридонов: жизнь и творчество // *Спиридонов Л.И.* Избранные произведения: Философия и теория права. Социология уголовного права. Криминология. СПб., 2002. С. 7).

компоненты институтов, которые, по определению, не могут быть «верховно-властно», официально оформленными. Прежде всего именно они интересны для позитивистской социологии⁴⁹.

Но если *позитивистская социология* видит в праве принудительный порядок и в то же время отказывается от идентификации институтов в качестве правовых по критерию официально-властного принуждения или санкционирования, то что остается? Невозможно же различать институты правовые и иные просто по признаку принудительности, так как любой институт, по определению, включает в себя механизм принуждения. Если не определять в качестве правового особый, формально-определенный механизм принуждения (не говоря уже о содержательной специфике права), то чем «правовое» принуждение отличается от морального или религиозного принуждения? Таким образом, позитивистская социология закономерно приходит к признанию так называемого плюрализма «правовых порядков», которое, по существу, есть неспособность объяснить в потестарной парадигме, что такое право *вообще* и чем оно отличается от других социальных норм⁵⁰.

Не решает проблему и определение «правового» принуждения через понятие *эффективности*, используемое в позитивистской социологической концепции права как специфического социального контроля⁵¹. «Правовой контроль» предлагается понимать как *наиболее эффективное* принуждение⁵². По сути здесь нет ничего нового в сравнении с легизмом: в любых версиях потестарного правопонимания *правовое* социальное управление означает *наиболее эффективное*, обладающее *наибольшим принудительным* эффектом в сравнении с другими. Просто в легизме предполагается, что максимальную эффективность социальному управлению придает официальное волеизъявление, а в позитивистской социологии оно не считается достаточным условием эффективности социального управления и контроля.

Подчеркнем, что такое объяснение («право – наиболее эффективная система социального контроля») превращает «право» в *субсидиарное понятие* для выражения наших суждений об эффективности социальных институтов или субстантив, выражающий определенное состояние или соотношение институтов. Здесь уместно вспомнить, что еще В.Д. Катков, с позиций вульгарного легизма и крайнего номинализма, объяснял понятие права как «плод схоластики и рабства мышления перед дурно понятой грамматической категорией субстантива в группе индоевропейских языков»⁵³. Такое объяснение равносильно утверждению, что никакого права как объекта не существует: создав категорию субстантива, язык сделал ее носительницей чего-то якобы объективного, какого-то предмета, явления, чего в действительности нет⁵⁴.

⁴⁹ См.: MacCormick N. Institutions of law. P. 22–27.

⁵⁰ См.: Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. С. 130–131, 204–205.

⁵¹ См.: Гергилов Р.Е. Право как социальный контроль: концепция Георга Гурвича // Журнал социологии и социальной антропологии. 2005. Т. VIII. № 3. С. 71–78; Касьянов В.В., Нечипуренко В.Н. Социология права. С. 324–333; Туманов В.А. Буржуазная правовая идеология. С. 271–274.

⁵² Например, А.Н. Медушевский определяет право как сопряженный с принуждением механизм интеграции и регуляции социального поведения, подавления и исправления отклоняющегося поведения, который, в отличие от других систем нормативного порядка, является наиболее эффективной системой социального контроля (см.: Медушевский А.Н. Социология права. С. 6).

⁵³ Подробнее см.: Зорькин В.Д. Указ. соч. С. 86–91.

⁵⁴ По существу позитивизм в целом выступает с позиции правового нигилизма, отрицая наличие объектов или явлений, обладающих таким *правовым* качеством, которое не сводится к верховно-властной установленности или санкционированности, легитимности или наибольшей эффективности механизма принуждения. Так что В.Д. Катков, как и позднее Г. Кельзен, лишь эпатировали публику, открыто выражая то, что подразумевает любая позитивистская теория. Применительно к советскому отождествлению права и насилия В.С. Нерсисянц писал: «почему, собственно говоря, учреждения диктатуры пролетариата для классового насилия надо вообще называть “государством” (“пролетарским государством”), а требования и правила такого насилия... – “правом” (“пролетарским правом”)»? ... Ведь ясно, что если “государство и право” – только разновидности (разные средства выражения и осуществления) насилия, то они превращаются в лишние, пустые слова, используемые лишь для прикрытия иных дел и мероприятий – для благозвучного наименования насилия, для эксплуатации авторитета, традиционно связанного с этими явлениями и понятиями»

По логике этой версии позитивистской социологии «наибольшая эффективность» не является постоянным качеством, присущим некоему институту как таковому, а лишь выступает критерием, по которому можно определить, какой институт следует считать «правовым» в том или ином социальном контексте. Иначе говоря, такое понятие права имеет смысл лишь при сравнении нескольких конкурирующих институтов по критерию эффективности механизма принуждения («социального контроля»). «Правовым» для данной ситуации и действующих в ней субъектов признается тот, в котором механизм принуждения окажется эффективнее⁵⁵.

Остается полная неопределенность относительно того, каковы содержательные, да и формальные характеристики «правовых» институтов, помимо их наибольшей эффективности в определенном социальном контексте. (Аналогично у легиста Кельзена, в его формалистической концепции, право – это порядок норм, не исходящий от *определенного* субъекта, а *наиболее эффективный* на некоей территории, у некоего народа; поэтому возможны «пиратский правопорядок», «большевистский правопорядок», и вообще – наиболее эффективным может оказаться любой нормативный порядок, независимо от его содержания и поддерживающего его авторитета).

Здесь сохраняется *потестарная* интерпретация сущности «права», хотя «правовая» принудительность не связывается с понятием верховной власти, с определенным субъектом, обладающим «правовой» потенциальностью, т.е. максимальной социальной силой. Остается эффективность контроля «как таковая», не увязанная с определенным источником принуждения. Например, если «здесь и сегодня» принудительный порядок преступного сообщества более эффективен, чем тот, который называется государственно-правовым, то «действительно правовым» следует считать первый, а не второй. Поэтому говорится, что в «правовом качестве» может выступать не только «государственное право» (институты, смоделированные законом), но и «социальное право».

При таком релятивизме невозможно различать право и мораль или религию как онтологически разные институты. Получается, что это не рядоположенные понятия. Право-субстантив есть «чистая» форма, которая может иметь любое, например, религиозное или иное иррациональное содержание. И если в одной культуре можно различать «право» и религию, так как здесь именно светский «способ социального контроля» является наиболее эффективным, в отличие от религиозного, то в другой культуре наиболее эффективным, т.е. «правовым», может оказаться принудительный порядок с религиозным содержанием⁵⁶.

По критерию наибольшей эффективности право-субстантив можно обнаружить не только в цивилизованных, но и в первобытных (примитивных) культурах. Оно так и называется – *примитивное*, или *архаическое* право⁵⁷.

Более того, поскольку в одной и той же культуре, у одного и того же народа существуют относительно автономные субкультуры и сферы регулирования, то получается «правовой плюра-

(Нерсесянц В.С. Философия права. С. 171–172).

⁵⁵ Что именно будет «правом» для конкретного человека в конкретной ситуации, по этой логике, есть результат случайного совпадения внешних обстоятельств и психических переживаний индивида. Например: «Утром женщина выезжает из дома, понимая, что опаздывает на работу, мчится на красный свет. Полицейский просит ее подъехать к краю тротуара и вручает квитанцию на уплату штрафа. Когда, наконец, она приходит на работу, ее начальник заявляет, что, если она еще раз опоздает, ее уволят с работы. Вечером она приходит домой и обнаруживает, что в квартире отключено электричество, поскольку она забыла оплатить счет» (Смелзер Н. Социология / Пер. с англ. М., 1998 [«Формальный контроль» – http://scepsis.ru/library/id_589.html]). В этом примере нарушены требования сразу всех институтов, т.е. ни один из них не проявился в этой ситуации как наиболее эффективный способ социального контроля, и хотя очевидно, что прежде всего женщина боялась опоздать, другие институты в описанной ситуации помешали «институту работы» проявиться как «правовому». Но можно несколько изменить этот пример: человек, зная, что в случае опоздания на работу ему грозит увольнение, нарушает правила дорожного движения и платит штраф, из-за спешки забывает о такой мелочи, как необходимость оплатить счет за электроэнергию, и остается без света, но приезжает на работу вовремя. В этом случае «институт работы» оказывается «правовым».

⁵⁶ Отсюда, в частности, проистекает словосочетание «религиозное право» (мусульманское, индуистское и т.п.).

⁵⁷ Имеются в виду исследования в области так называемых юридической антропологии и юридической этнологии.

См.: Четвернин В.А. Введение в курс общей теории права и государства. М., 2003. С. 82–86.

лизм» как наличие нескольких, возможно, конкурирующих «правовых систем», каждая из которых в своей сфере может демонстрировать наиболее эффективный механизм принуждения⁵⁸.

Следуя этой логике, в истории можно обнаружить самые разные «правовые» способы «социального контроля». Иногда *наиболее эффективным* оказывается табуирование или трансляция мифа, иногда требуется децимация, а бывают и «раскулачивание», и Большой Террор, и геноцид армян, и Холокост...

Резюмируя, можно сказать, что теория «правового плюрализма» лишь постулирует, что есть *слабые* и *сильные* гетерономные воздействия на социальное поведение; понятно, что в каждой конкретной ситуации поведение, скорее всего, будет подчиняться наиболее сильному воздействию, наиболее эффективному механизму принуждения, но какой именно институт окажется доминирующим в конкретной ситуации – предсказать нельзя. В таком случае получается, что в разных социокультурных ситуациях, для разных субъектов наиболее эффективными будут разные и, возможно, взаимоисключающие по своему содержанию воздействия, но каждый раз это будет «правовое воздействие», т.е. наиболее сильное именно в этой ситуации, для этих субъектов взаимодействия, для этой коммуникации. По определению права-субстантива, любой социальный институт из нескольких конкурирующих может оказаться «правовым». Образно выражаясь, можно такое «правовое» качество институтов назвать *переходящим* – оно, подобно «переходящему Красному Знамени»⁵⁹, достается победившему здесь и сегодня.

Следовательно, позитивистская социологическая теория «правовой эффективности», как и любая позитивистская теория, не объясняет и не имеет намерения объяснять, что такое *правовые* институты как объект. Можно лишь в каждой конкретной ситуации описать тот институт, который оказал в этой ситуации наиболее сильное воздействие, т.е. оказался «правовым» для этого конкретного отношения, для этого конкретного взаимодействия.

Таким образом, *институциональная юриспруденция* как наука, изучающая право как онтологически *особенный тип* социальных институтов, отличный от неправового *типа* социальных институтов, невозможна в рамках *потестарного* (позитивистского) правопонимания.

Институционализм и типология цивилизаций

С точки зрения институционализма общество, в той мере, в которой оно является чем-то относительно устойчивым и объективным, – это и есть институты⁶⁰. Конкретные общества можно различать как особенные системы институтов. Соответственно социокультурные различия между народами, странами, цивилизациями – это их институциональные различия.

В потестарной парадигме институциональное различие социокультур или цивилизаций не может интерпретироваться как различие *правового* и *неправового* цивилизационных типов, поскольку, как было показано выше, для позитивистской социологии любые социокультуры могут быть рассмотрены в их «институционально-правовом» измерении. Хотя позитивистская социология отнюдь не отрицает (как раз наоборот!) различие, например, «западного» и «восточного» типов социокультуры (и «западного» и «восточного» типов правопонимания), «первичных» и «вторичных» цивилизаций или «системоцентристской» (по существу – *коллективи-*

⁵⁸ Поляков А.В. Общая теория права: Феноменолого-коммуникативный подход. СПб., 2003. С. 492–506.

⁵⁹ Ср.: Собственность в России как переходящее красное знамя // Клерк.Ру. Аналитика. Персона. 24.07.08 (<http://www.klerk.ru/persona/114677/>).

⁶⁰ См.: Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности. М., 1995. С. 92–105.

стской) и «персоноцентристской» социальной этики и психологии и соответствующих типов цивилизации, она исключает это различие из своего понятия «права». Точнее, это содержательное различие не фиксируется и не выражается в позитивистских версиях понятия права.

Либертаризм же признает два начала социокультуры, или два принципа, на которых могут строиться социальные институты – свобода и власть, и третьего в этом ряду быть не может: либо человек в обществе сам определяет свое поведение, признавая при этом такую же возможность для других, либо нормой является то, что одни люди подчиняют себе других и заставляют их поступать так, как в противном случае те не поступили бы⁶¹. Эти начала, или принципы, проявляются и в двух типах социокультуры (и цивилизации)⁶², в двух типах социальных институтов и конкретных их соотношениях, и в двух типах правопонимания, которые служат, в частности, теоретическим выражением соответствующих типов социокультуры.

Таким образом, мы различаем социокультуры (и цивилизации) правового и потестарного типов, а также полагаем, что *либертарное* (собственно *юридическое*) и *потестарное* (*позитивистское*) правопонимание являются атрибутами названных типов социокультуры. Последнему утверждению не противоречит то, что в западной социокультуре – культуре правового типа – присутствуют оба типа правопонимания. Ибо в любой реальной культуре есть субкультуры обоих типов; одна из них доминирует и, тем самым, определяет отнесение всей культуры к соответствующему типу.

Либертаризм определяет как *правовые* лишь те цивилизации, в которых исторически достигнута свобода социально значимых групп, и публично-властные институты (важнейший атрибут цивилизованной культуры) защищают эту свободу (в конечном счете – выполняют функцию обеспечения эквивалентного обмена). Таким образом, цивилизации различаются по функциональному критерию: какого типа институты преобладают – правовые, т.е. обеспечивающие свободу, или силовые, т.е. подавляющие свободу. Цивилизации одного и того же онтологического типа, тем не менее, различаются в аграрную и индустриальную исторические эпохи.

Онтологические типы	Культуры правового типа		Культуры потестарного типа	
	Правовой	Смешанные		Потестарный
В индустриальную эпоху: общества индустриальные (перерабатывающая экономика) и природоресурсные — сырьевые придатки индустриальных стран	Капитализм: исторически развитый правовой тип	Западный социал-капитализм Смешанный тип на основе развитых правовых институтов	Восточный социал-капитализм Смешанный тип с неразвитыми правовыми институтами	Тоталитаризм: имитация индустриального общества. Тотальность потестарных институтов достигается через «создание нового человека», информационную манипуляцию его сознанием и эффективное силовое пресечение любой самостоятельности
В аграрную эпоху: общества только природоресурсного типа	Античность: исторически неразвитый правовой тип	Западный феодализм	Восточный феодализм	Древний деспотизм Доминирование потестарных институтов опирается на общинную традицию. Возможности властного контроля социальной жизни технически ограничены

В индустриальную эпоху существуют общества как индустриальные, так и аграрные, или *природоресурсные*. В аграрном (природоресурсном) обществе производится продукт, потребительские свойства которого, в основном, несущественно отличаются от свойств природных

⁶¹ См.: Боуз Д. Либертарианство: История, принципы, политика. Челябинск, 2004. С. 31.

⁶² Речь идет об *идеальных* противоположных социокультурных типах и принципах, а в *реальных* социокультурах всегда проявляются оба принципа, и один из них при этом доминирует, что и определяет конкретные характеристики социокультуры определенных народов в определенный исторический период.

ресурсов. В индустриальном (интенсивно перерабатывающем) обществе, наоборот, потребительские свойства производимого продукта являются результатом творчески-созидательной переработки природных ресурсов. Отсюда ясно, что коммунизм (тоталитаризм), который иногда называют «прорывом аграрной цивилизации в индустриальную эпоху», в итоге своего «догоняющего индустриального развития на основе силового принуждения к труду» не создает, а лишь имитирует индустриальное общество. Поскольку коммунизм не решает задачу индустриальной модернизации, то и постсоветская Россия остается обществом природоресурсным – сырьевой базой для индустриальных обществ.

Нет никаких оснований выделять, помимо аграрного и индустриального, еще и постиндустриальное общество. Не существует таких обществ, которые жили бы, главным образом, за счет производства технологий производства. Все современные «высокотехнологические общества» укладываются в понятие развитого индустриального общества.

Античная греко-римская цивилизация, в которой впервые в истории достигается правовая свобода (институты частного права и демократии, или республиканизма), представляет собой исторически неразвитые проявления принципа права, демонстрирует «этнический тип права»⁶³, сословное неравенство (неравноправие) и исключение значительной части населения из круга субъектов права. Исторически развитую цивилизацию правового типа представляет собой *капитализм* (правовая цивилизация индустриальной эпохи), при котором достигается всеобщее формальное равенство. Дальнейшее, «послебуржуазное» *экстенсивное* развитие права невозможно, поскольку принцип формального равенства постепенно распространяется на всех членов капиталистического общества.

Потестарный цивилизационный тип исторически проявляется в виде *древнего деспотизма* (потестарная цивилизация аграрной эпохи) и *коммунизма*, или завершенного *тоталитаризма* (потестарная цивилизация индустриальной эпохи).

Кроме того, и в аграрную, и в индустриальную эпохи, помимо цивилизаций правового и потестарного типов, проявляются и смешанные цивилизационные ситуации, в которых не просто сосуществуют в той или иной пропорции, а *конкурируют* институты правового типа, обеспечивающие формальное равенство, и институты силового типа, осуществляющие, прежде всего, публично-властное перераспределение.

Здесь следует подчеркнуть, что публично-властное *перераспределение* социальных благ, распределяющихся по принципу формального равенства, в либертарной парадигме не может рассматриваться как деятельность, подчиненная правовому принципу, даже если для ее обоснования используется некая идеология прав человека («права человека второго поколения»). Если социальные блага распределяются по принципу формального равенства, то их публично-властное перераспределение может быть лишь разновидностью агрессивного насилия⁶⁴.

Несмотря на их смешанный характер, каждый из таких цивилизационных типов примыкает к одному из базовых типов. Поэтому смешанные типы можно условно называть «восточными» и «западными», имея в виду, что первые образуются в результате деформации цивилизаций потестарного типа, сохраняют свои потестарные социокультурные корни, а вторые – из цивилизаций правового типа, имеют правовую традицию. Таким образом, сохраняется принципиальное деление цивилизаций на два онтологических типа, правовой и потестарный.

Смешанные цивилизации в *аграрную* эпоху – это западная и восточная разновидности *феодализма*, в индустриальную эпоху – такого же рода разновидности *социал-капитализма*.

Характерное для феодализма неравноправие наиболее наглядно проявляется в распределении прав собственности: собственниками земли могут быть только члены военного сословия. Поэтому феодализм в любом его варианте демонстрирует феномен, известный под назва-

⁶³ См.: *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства. М, 2002. С. 243.

⁶⁴ См.: *Боуз Д.* Либертарианство. С. 73–84.

нием «власть-собственность»: собственность не имеет надлежащей публично-правовой защиты, и возможности фактического владения определяются силовыми ресурсами субъекта.

В то же время в условиях западного феодализма проявилась субкультура, унаследованная от античности, которая смогла конкурировать с собственно феодальной субкультурой, – культура средневекового города, относящаяся к правовому типу. По мере ее укрепления, она вытеснила феодальную субкультуру, «власть-собственность», в результате чего и произошло индустриальное развитие и становление институтов капитализма.

При социал-капитализме собственность публично-властно гарантируется, но «по остаточному принципу». То есть и здесь экономически выгодное/невыгодное положение субъекта зависит от его места в политических институтах, от возможности получений в ходе государственного перераспределения, от объема предоставляемых ему привилегий.

Различие же западного социал-капитализма и восточного состоит в развитости правовых институтов в первом и, соответственно, в их неразвитости во втором.

Западный социал-капитализм складывался по мере нарастания *государственного интервенционизма* в условиях уже существующих сильных правовых институтов, которые позволяют более или менее эффективно контролировать этот интервенционизм на предмет его соответствия официально заявленным целям. Прежде всего это относится к перераспределению в пользу социально-слабых: управляющий класс не столько присваивает средства, изымаемые в виде налогов, сколько реально делит их между законными получателями. В условиях западного социал-капитализма происходило *интенсивное* развитие права, в частности, становление институтов конституционной и административной юстиции, института наднациональной защиты прав человека (Суд по правам человека в Страсбурге).

Наоборот, восточный социал-капитализм складывается по мере расширения «поля» свободных социальных взаимодействий, но при сохранении *авторитарного* управления («управляемая демократия», запрет несанкционированной свободной социальной активности). Поскольку здесь правовые институты – в лучшем случае – отстают в своем развитии, то не может быть и эффективного контроля за соответствием государственного распределения и перераспределения официально заявленным целям: в таких условиях правящие группы прежде всего присваивают доступные им ресурсы общества и уже «по остаточному принципу» делят их между законными получателями⁶⁵.

Общества, относящиеся к потестарному типу социокультуры, в условиях перехода от «чисто» потестарной цивилизационной ситуации (от коммунизма) к социал-капитализму не способны быстро создать публично-властные институты правового типа. Поэтому, в частности – в современной России, реальные публично-властные институты таковы, что права собственников не имеют равных публично-властных гарантий, и акторы публичной власти так или иначе действуют в своих частных интересах. Власть-собственность, возникающая при разложении

⁶⁵ Р. Неф, один из лидеров Швейцарской либертарианской школы, несколько иначе трактует это различие: «Механизм перераспределения включает в себя не только тех, у кого отнимают и для кого отнимают. Между ними стоит огромный перераспределяющий аппарат – политический класс, бюрократия. И этот перераспределяющий аппарат работает отнюдь не бесплатно. Напротив, этот аппарат является столь дорогостоящим, что весь процесс перераспределения оказывается неэффективным. Есть примеры – здесь можно упомянуть Индию – того, как перераспределение фактически происходит от богатых к перераспределяющим, а действительно бедные вообще ничего не получают. В Швейцарии мы еще не зашли так далеко. Но эта форма дегенерации имманентна любому механизму перераспределения. Все время говорят, что нужно сделать перераспределение более точным, адресным и т.п. – и закачивают в перераспределяющий аппарат все большие средства с целью его реформирования или совершенствования. В конечном счете с этого кормится только сам перераспределяющий аппарат. Когда этот процесс уже пошел, то не помогут никакие реформы. Теперь требуются уже системные изменения» (*Nef R. Der Wohlfahrtsstaat zerstört die Wohlfahrt und den Staat // Liberales Institut. Zürich, 2003. S. 12* [<http://www.libinst.ch/publikationen/LI-Paper-Nef-Wohlfahrtsstaat-d.pdf>]).

Однако представляется очевидным, что пока в Швейцарии, равно как и в США или Швеции, «еще не зашли так далеко», мы можем утверждать, что Швейцария и Индия представляют два разных типа социокультуры, и, следовательно, характерные для этих типов институты выполняют разные функции.

коммунизма, такова, что право собственности можно защитить только в той мере, в которой собственник имеет реальный доступ к публичной власти. Чем выше цена объекта собственности или доходность бизнеса, тем больше вероятность, что правомочия собственника или бизнес контролируются публично-властными акторами. Соответственно, чем выше положение человека в иерархии власти, тем больше вероятность, что его легальные доходы от объектов собственности существенно превышают его вознаграждение за государственную службу.

Переход к социал-капитализму восточного типа может быть успешным, лишь при условии перехода от природоресурсной к производящей экономике. Примером последнего является Япония, которая еще в XIX веке исчерпала свои природные ресурсы и в XX веке оказалась способной адаптировать к своей культуре некоторые западные институты (в Японии конкурируют правовые и традиционные неправовые институты). Наоборот, сохранение природоресурсной экономики делает этот переход невозможным, порождая *неофеодализм*⁶⁶, который блокирует любую модернизацию до тех пор, пока запасы природных ресурсов позволяют удовлетворять потребности основной массы населения и, особенно, правящих групп.

Юридическое понятие государства

Государство – сложный, многомерный объект⁶⁷, который, в частности, можно рассматривать как публично-властные институты. С точки зрения либертарного институционализма, то, что в русском языке называется «государственностью», представляет собой институты, которые в разных цивилизациях выполняют противоположные функции – от обеспечения свободы (и равенства в свободе) до ее подавления в условиях деспотизма и тоталитаризма.

Юридическое понятие государства предполагает публично-властные институты, обеспечивающие хотя бы *minimum minimorum* свободы⁶⁸. Но в потестарных цивилизациях таких институтов нет. Деспотизм и тоталитаризм невозможно интерпретировать юридически, поскольку здесь свободная, неподконтрольная власти социальная деятельность – всегда преступление, она официально осуждается и подавляется, не может признаваться и защищаться публичной властью⁶⁹.

Следовательно, юридическое понятие государства должно строиться на различении государственности как феномена правовой культуры (феномен типа *res publica* или *state*) и как феномена потестарной культуры (*государство* в буквальном смысле, «государь-ство»). В принципе такое различие вполне уместно, но по форме оно невыразимо на русском языке. По-

⁶⁶ См.: *Нерсесянц В.С.* Философия права. С. 392–395.

⁶⁷ Этот тезис развивается в многочисленных работах Л.С. Мамута. См., например: Политико-правовые ценности: история и современность / Под ред. В.С. Нерсесянца. М., 2000. С. 137 (автор раздела «Государствоведение: аксиологический подход» – Л.С. Мамут). Поэтому издатели юбилейного сборника (к 80-летию Л.С. Мамута) так и назвали его: «Государство: многомерность восприятия» (М., 2009).

⁶⁸ Этот *minimum minimorum* включает в себя (1) личную свободу (самопринадлежность) человека и его неприкосновенность, (2) институт собственности и (3) механизм защиты первых двух (правовую безопасность) – посредством ли соединения социальных ролей крестьянина и воина, как это было в греко-римской культуре, или посредством современных публично-правых институтов.

⁶⁹ Отметим это обстоятельство: если в «чисто» потестарной цивилизационной ситуации одновременно не может быть типологически противоположных институтов (в данном случае – правовых), то капитализм и реальные государства с доминированием правовых институтов допускают формирование типологически противоположных – перераспределительных институтов.

скольку в российской культуре так и не сложился феномен типа *res publica* или *state*, и для обозначения публично-властных институтов мы пользуемся терминами «государство» и «государственность», невозможно, например, перевести на русский язык с английского рассуждение о том, что в России до Петра I вообще не было *state*, да и после него *state* здесь плохо приживается; в переводе получается, что в России нет государства (?!)⁷⁰. Еще меньше понятно русскому читателю следующее утверждение: «Государство (*state*) есть определенный тип правления, при котором суверенитет ограничен конституцией, писаной или неписаной»⁷¹. С таким же успехом можно утверждать, что понятие «королевство» предполагает конституционную монархию...

Таким образом, чтобы дать на русском языке, скажем, «*der juristische Staatsbegriff*» в его либертарианской версии, нужно либо вводить понятие «стейт»⁷², либо, говоря о «юридическом понятии государства», объяснять, что мы имеем в виду совсем не то, что означает русское слово «государство», а то, что обозначается терминами *stato*, *state*, *Staat*, *Etat* etc.

Далее, реальные государства, существующие в правовой культуре, всегда демонстрируют публично-властные институты как правового, так и силового типов, в том или ином их соотношении. Даже при капитализме существовали перераспределительные публично-властные институты, правда они не играли существенной роли, не разрушали и не вытесняли правовые институты, как это происходит в условиях западного социал-капитализма.

Так что знание о реальных государствах, особенно – о публично-властных институтах социал-капитализма, опровергает возможность *исключительно* юридической интерпретации государственности.

Следовательно, адекватное либертарианское выражение государственности, даже если понимать ее в смысле «стейт», возможно только в том случае, если выйти за пределы юридического понятия государства. Либертаризму не будет противоречить и так называемое общее понятие государства, которое позволяет утверждать, что сущность государственности – публично-властное упорядочение социума. Там, где доминируют публично-властные институты правового типа, можно говорить о правовом государстве. Если же правовые и силовые институты конкурируют, то это – «полуправовое», интервенционистское, перераспределительное государство (здесь наравне с правовой свободой признаются и другие ценности, поэтому такое государство нельзя однозначно характеризовать как правовое). Наконец, в условиях деспотизма и тоталитаризма нет правовых институтов государственности, здесь есть «деспотическая государственность», не подлежащая юридической интерпретации.

В таком случае мы вынуждены признать, что свобода (и равенство в свободе) – это сущность права, а не сущность государства. Сущность государственности – публичная политическая власть. У государства как такового нет правовой сущности, *правовая* сущность есть только у *правовых* институтов государственности.

Противоположная позиция по этому вопросу сводится к следующему: в *юриспруденции* возможно только *юридическое* понятие государства⁷³. С этим утверждением невозможно не согласиться. По логике этой позиции получается, что достаточно включить государственность в объект юриспруденции, объявить ее юридически интерпретируемым явлением (поскольку юриспруденция изучает только право), и тогда государственность автоматически становится правовой. Однако государственность существует не только в предмете юриспруденции, но и как эмпирически реальный феномен, первичный по отношению к его отражению в юриспруденции. Иначе говоря, из того, что юриспруденция может изучать только правовую государст-

⁷⁰ См.: Кревельд М. ван. Расцвет и упадок государства / Пер. с англ. М., 2006. С. 326–327.

⁷¹ Siedentop L. Democracy in Europe. London; New York; Ringwood (Victoria), 2000. P. 81.

⁷² Такой опыт уже есть. См.: Гринин Л.Е. Государство и исторический процесс. Эпоха формирования государства. М., 2007. С. 98.

⁷³ См.: Нерсесянц В.С. Юриспруденция. М., 1998. С. 61.

венность, логически вовсе не вытекает, что государственность во всех ее проявлениях является или «должна быть» правовой⁷⁴.

Действительно, государственность входит в объект юриспруденции – как публично-властная деятельность в соответствии с нормами права, подчиненная принципу права. В качестве объекта юриспруденции государство может пониматься как публично-правовые институты или публично-властные институты правового типа. В то же время институты силового типа, исключающие свободную социальную деятельность или ограничивающие свободу одних групп в интересах других, в либертаризме не признаются правовыми институтами, хотя они могут быть законными, и в этом их проявлении они изучаются легистикой.

В.С. Нерсесянц различал право и государство как два *объекта* юриспруденции. Вместе с тем он полагал, что, изучая два объекта, юриспруденция (и теория права, теоретическая юриспруденция) имеет единый предмет – понятие права и соответствующее правовое понятие государства⁷⁵.

Однако представляется, что юриспруденция (наука о *праве*) изучает только один объект – право. Объектом науки о праве по определению являются особые социальные нормы, или институты. Но в этом объекте можно различать *публичное право* – правовые нормы, которым подчиняется государственно-властная деятельность (правовые нормы в публично-властной сфере социальной жизни) и *частное право* – правовые нормы, которым подчиняются социальные взаимодействия, свободные от публично-властного вмешательства (то, что называется гражданским обществом).

Поэтому можно говорить, что наука о праве отчасти является и наукой о государстве (специальной – *юридической* наукой о государстве), а также наукой о гражданском обществе. Точнее: *объектом науки публичного права* является правовая государственность, т.е. государственно-властная деятельность, в той мере, в которой она регулируется правом. Соответственно *объект науки частного права* – гражданское общество в его правовом измерении.

Но логически ошибочно утверждать, что объектом (объектами) юриспруденции являются *право и государство*. Это не рядоположенные объекты. В одном ряду с правом стоят неправовые нормы – например, мораль, религия. В одном ряду с государством можно поместить негосударственные организации или институты – церковь, частные предприятия, некоммерческие ассоциации и т.д.

Государственность, ее разные аспекты исследуют разные социальные науки. И юриспруденция не изучает государство «как таковое», она рассматривает государство в его правовом измерении, она «видит» государственность «через право». Следовательно, государственность, в той мере, в которой она изучается юриспруденцией, уже входит в тот объект, который называется правом. Так же и теория права (объяснительная наука) объясняет один объект – право, включая правовую государственность (и гражданское общество в его правовом аспекте), а не

⁷⁴ Е.Б. Пашуканис, рассуждая о праве как формальном равенстве, утверждал, что «всякая юридическая теория государства, которая хочет охватить все функции последнего, по необходимости является неадекватной. Она не может быть верным отражением всех фактов государственной жизни, но дает лишь идеологическое, т.е. искаженное отражение действительности» (Пашуканис Е.Б. Указ. соч. С. 130–131).

⁷⁵ См.: Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. С. 3–7; Нерсесянц В.С. Юриспруденция. М., 1998. С. 58–74. В упрощенном виде, писал В.С. Нерсесянц, можно сказать, что «объект науки – это то, что мы о нем знаем до его научного изучения, а предмет – это изученный объект, то, что мы знаем о нем после научного познания. Речь идет по существу о различении познаваемого объекта и идеи (теоретического смысла, мыслительного образа, логической модели и т.д.) познанного объекта» (Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. С. 4).

Ср.: «Право и государство являются необходимыми всеобщими формами нормативного и институционально-властного выражения свободы людей ... государство – это правовая (т.е. основанная на принципе формального равенства) организация публичной (политической) власти свободных индивидов» (Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. С. 78).

государство и право как два разных объекта. И нет смысла называть ее теорией права и государства.

Таким образом, государственность в качестве объекта юриспруденции выступает как «часть права» (публичное право) или, если угодно, как «правовая часть государства», сложного и многомерного объекта. Далее, в зависимости от того, что мы будем называть правом, мы получаем либо легистскую концепцию государства, как у Кельзена (правовое государство – это законные модели формирования и осуществления публично-политической власти), либо собственно юридическую: государственность как публично-властные институты правового типа, т.е. институты, в рамках которых принуждение используется для обеспечения равенства в свободе, предупреждения и подавления агрессивного насилия.