

ПРАВО ЮРИСТОВ И ПРАВИЛА ПОЛИТИКИ: ПЕРСПЕКТИВЫ ФОРМИРОВАНИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ОБЩЕГО ПРАВА

Хотя в русском языке понятия «право» и «правила» однокоренные, их семантическое наполнение в юриспруденции представляется различным. Прежде всего, термин «правило» в отношении правовой нормы, в целом не характерен для русского языка и отечественной правовой системы, да и для континентальной системы (системы гражданского права). Термин «правило» был введен в юридический оборот знаменитым американским правоведом Гербертом Хартом в виде разделения структурных элементов права на *primary* и *secondary rules* – первичные и вторичные правила.

Определение первых, в целом, совпадает с отечественным определением нормы как закона и иных нормативных актов, зафиксированных в письменном виде и изданных компетентным государственным органом, относятся к уровню обыденного правосознания и затрагивают жизнь всех людей¹. Вторые относятся к уровню правотворчества (*sovereignty*) и позволяют преодолеть юридические проблемы неопределенности, неэффективности и статичности права². Соответственно, проблема неопределенности преодолевается через «правило узнавания» (*rule of recognition*), которое позволяет придать праву валидность в глазах правоприменителя, проблема неэффективности через «правило решения» (*rule of adjudication*), которое придает индивиду возможность принимать правовые решения в ситуации нарушения первичного правила и проблема статичности через «правило изменения» (*rule of change*), то есть способность менять (устранять, создавать) первичные правила¹. При этом ключевую роль играют именно правила узнавания, которые создают возможность применения, изменения или создания первичных правил.

1 Hart G. The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 1994. 328 p. P. 93. В русском переводе Е.В. Афонасина и С.В. Моисеева термин *rule* переведен как «правило» – см. Харт Г.Л.А. Понятие права. СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2007. 302 с. Аналогичным образом дан перевод (С.В. Коваль) в Шапиро С. Законность. М.: Институт Гайдара, 2021. 720 с.

2 Hart G. The Concept of Law... P. 104

1 Hart G. The Concept of Law... P. 96-97

Как становится очевидным, понятие «правила» более широко и гибко, чем понятие «нормы» – во многом поскольку зародилось в рамках американской аналитической философии права, обращенной к практике системы общего права, в которой правилами узнавания могут быть не только нормы, то есть решения законодательного органа, но и создаваемые судом прецеденты.

Следует также помнить, что в системе общего права большое значение играет правовой обычай, который также является, в терминологии Харта, «правилом узнавания». Хотя идея, что общее право есть правовой обычай, общий для всей страны, утвердилась в Англии достаточно рано, но оставался важный вопрос: является ли общее право правом, основанном на обычаях всех людей, или только на обычаях профессиональных юристов, прежде всего – судей. В трудах английских юристов XVI–XVII века утвердилась точка зрения, что общее право есть право судей.

Еще в XVI веке юрист Кристофер Сен-Жермен, стремясь обосновать отделение профессионального сообщества юристов от массы «простых людей» (в том числе и носителей власти, королевских чиновников, не имевших юридического образования), говорил о профессиональных юристах как о носителях «правового разума» (*reason in law*)². Утвердил эту точку зрения один из крупнейших юристов, оказавших влияние на становление английской правовой системы Эдвард Кок. Опираясь на тезис Цицерона “*Lex est suprema ratio... in homines menta confirmata et confecta*” (Закон есть высший разум, укрепленный и очищенный в сознании человека), Кок задался вопросом: кто есть те люди, разум которых кристаллизует закон. Чтобы обеспечить рациональность, Кок указывает, что «естественный разум» (*natural reason*) не может быть правом, и противопоставляет ему «рукотворный разум» (*artificial reason*), который создается из долгого изучения, размышления и опыта в юридических вопросах¹. При этом такой подход позволял юристам общего права защищать сферу своей компетенции не только от вмешательства граждан

2 Postema G. J. Classical Common Law Jurisprudence (Part I) // Oxford University Commonwealth Law Journal. January, 2002. P. 155-180, P. 177

1 Coke E. The First Part of the Institutes of the Laws of England. In 2 vols. New York, London: Garland Publishing. Vol. I. 876 p. P. 110b

– носителей обыденного правосознания, но и от попыток королевской власти присвоить себе правотворческий процесс, опираясь на концепцию «божественного права (и божественного разума) королей»². Наконец, в конце XVII века, в ответ на атаки Томаса Гоббса, Мэттью Хэйл противопоставил «рукотворный разум судьи», то есть обученную и дисциплинированную практику рациональной аргументации в суде, не только естественному разуму обычного человека, но и «казуистам, схоластам, моральным философам и политикам»³.

Вполне можно возразить, что все сказанное выше имеет отношения к достаточно специфичной системе общего права, сложившейся в рамках определенной культурной традиции в условиях ее конкретно-исторического развития. Тем не менее, следует помнить, что исторически континентальная система права на протяжении веков была *Juristenrecht*, правом юристов, которые создавали право путем вынесения решений по конкретным делам или путем издания сочинений на правовые темы⁴. Подобный подход опирался еще на идеи, изложенные Цицероном во второй книге «О законах», в которой закон (*lex*) определялся как то, что разум мудреца отбирает (*legere*) из истины, содержащейся в божественном разуме *voûς*⁵. На практике это обозначало представление о законах как о продукте деятельности знатоков права (*iuris prudentes*), которые выражали право в виде сочинений и решений по конкретным вопросам.

Подобная точка зрения не только доминировала до, по крайней мере, середины XVIII века, а скорее даже до периода после Великой Французской революции и издания Кодекса Наполеона. И даже первые конституционные документы континентальной Европы были, скорее, записью принципов,

2 Postema G. J. Classical Common Law Jurisprudence (Part II) // Oxford University Commonwealth Law Journal. January, 2003. P. 1-28, P. 2

3 Hale M. The History of the Common Law of England / Ed. by Charles M. Gray. Chicago: University of Chicago Press, 1971. 212 p. P. 86

4 Леони Б. Свобода и закон. М.: ИРИСЭН, 2025. 308 с. С. 26.

5 См. Цицерон. О законах. кн. II. IV, 8. Марк Туллий Цицерон. Диалоги. О государстве. О законах. // Отв. ред.: Утченко С.Л. М.: Наука, Ладомир, 1994. 223 с.

выработанных английскими юристами в рамках системы общего права¹. Наконец, представители континентальной традиции правоведения, такие как Карл фон Савиньи и Ойген Эрлих выступали за обращение к «живому праву народов» – то есть, по сути, общему праву, выраженному в правовых решениях и трудах ученых-юристов в противовес как произвольным действиям верховной законодательной власти суверена – абсолютного монарха, так и попытке обосновать законотворческую деятельность ссылками на «народный суверенитет».

Обращаясь к современной ситуации на международном уровне правовой реальности, можно отметить, что критика наднационального права, то есть права, издаваемого международными организациями, обращена, прежде всего на две проблемные точки, которые наиболее наглядно проявляются в критике норм, издаваемых правотворческими органами Евросоюза. Первая – это «отчуждение» наднациональной власти от основного населения Европы, которая проявляется как в невнимательности наднациональных органов к реальным проблемам населения европейских стран и в закрытости процедуры принятия бюрократических решений, так и в пассивности народов Европы в формировании представительских органов на наднациональном уровне. Вторая – неспособность наладить правовой диалог между представителями различных правовых систем и выработать единое понимание базовых юридических понятий.

Возможно, ключ к решению этих проблем лежит в пересмотре подхода к праву, по крайней мере на наднациональном уровне. Исторический опыт наднационального правового строительства, прежде всего – в Западной Европе, показал бесперспективность копирования национальных институтов законодательной и правотворческой деятельности на региональном уровне. Тем не менее, идея особой роли регионального сообщества ученых-правоведов в процессе решения данной проблемы – формирования регионального общего права, *Ius communis Europeana*.

1 Леони Б. Свобода и закон. С. 26

Опорой этого права должна стать не процедура принятия законотворческих решений на наднациональном уровне – будь то реализация «народного суверенитета» на региональном уровне или закрытая бюрократическая процедура, а всестороннее исследование, с одной стороны, общеевропейского философского наследия осмысления права – от Аристотеля и Цицерона до Гоббса и Хабермаса, а также исследования опыта сосуществования разных правовых систем в рамках одного государственного организма – прежде всего, на примере конституционно-правового взаимодействия штатов и федерального правительства США¹.

Наконец, профессиональному юридическому сообществу намного легче и чем профессиональным политикам и (над)национальным бюрократам, и чем представителям широкой общественности выработать общий правовой язык, *lingua franca*, позволяющий преодолеть несоизмеримость правовой терминологии и наладить диалог между правовыми системами.

Разумеется, такой подход содержит определенные риски, прежде всего, сохранения и даже усиления отчуждения между правотворческим сообществом и основной массой граждан – формирования «юристократии», профессиональной неизбираемой власти². Тем не менее, открытость научного сообщества и его опора на единую ценностную систему представляет, по крайней мере, перспективную возможность преодоления кризиса наднационального права через выработку общего права на региональном уровне.

1 Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law / ed. by M. Rosenfeld and A. Sajo. Oxford: Clarendon Press, 2012. 1295 p. P. 39

2 Hirschl R. Towards juristocracy : the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, London: Harvard University Press, 2004. 286 p.