

Научная статья

УДК: 34.01

DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.85.104

Проблема действительности и действенности международного права в концепции Альфа Росса



Наталья Сергеевна Васильева

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия, Санкт-Петербург, 190008, ул. Союза Печатников, 16, nvasileva@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0001-8030-8483>



Аннотация

Вопрос о сущности и природе (а по сути, действительности и действенности) международного права довольно стар, но до сих пор актуален. В XX веке он приобрел особенную значимость и был предметом рассмотрения ведущих исследователей, в том числе с позиций теоретико-правовой проблематики действительности и действенности права. Одним из исследователей и участников дискуссии стал датский правовед Альф Росс — философ права, профессор международного права и судья Европейского суда по правам человека, который ставил под сомнение вопрос правовой природы международного права. Реконструкция взглядов А. Росса на международное право в контексте его знаменитой концепции действительности и действенности права, основанной на идеях Г. Кельзена и методологии психологического правового реализма, позволила выявить противоречия предлагаемого им подхода. В качестве одного из главных оснований действительности (и действенности) права как системы А. Росс рассматривает наличие организованной власти, обладающей монополией на принуждение, но в сообществе государств нет субъекта, осуществляющего такую монополию. Датский ученый делает оригинальный вывод о производном от внутригосударственного права характере действительности и действенности международного права. Значимой частью правовой концепции А. Росса является его концепция источников права. По мысли ученого, в сознании правоприменителей существует особая идеология источников права, которая определяет способ поиска и формулирования нормы, необходимой для решения по делу. Исходя из этого, под источниками права понимаются факторы психологического влияния на данный процесс. Источники международного права рассматриваются А. Россом в том же ключе, как общие факторы и мотивационные компоненты, определяющие конкретное содержание международного права в международных правоприменительных решениях. По аналогии с идеологией источников внутригосударственного права, датский ученый говорит об особой международно-

правовой установке, которую можно выявить с помощью исследования действий международных органов, ведущих политических акторов, а также действий государств, затрагивающие международно-значимые вопросы. Именно международно-правовая установка оказывает решающее влияние на действительность и действенность международного права, так как внутренние убеждения играют главную роль в правопорядке, основанном на автономии, а не на власти.



Ключевые слова

действительность права; действенность права; эффективность; международное публичное право; природа международного права; скандинавский правовой реализм; психологический правовой реализм.

Благодарности: Статья подготовлена в рамках поддержанного Российским фондом фундаментальных исследований научного проекта № 18-011-01195 «Действительность и действенность права: теоретические модели и стратегии судебной аргументации».

Для цитирования: Васильева Н.С. Проблема действительности и действенности международного права в концепции Альфа Росса // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. Т.15. № 2. С. 85–104. DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.85.104.

Research article

The Problem of Legal Validity and Efficacy of International Law in Alf Ross's Legal Thinking



Natalia S. Vasilyeva

National Research University Higher School of Economics, 16 Soyza Pechatnikov Street, Saint Petersburg, 190008, Russia, nvasileva@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0001-8030-8483>



Abstract

The question of the essence and nature — that is, about validity and efficacy (effectiveness) — of international law is at the same time quite old and still relevant. In the 20th century it acquired special significance, and, of course, was considered by leading researchers. One of the main ideas was considering this question from the standpoint of the problem of the validity and effectiveness of law. Danish legal philosopher Alf Ross, professor of international law and judge of the European Court of Human Rights was one of these researchers and participants in the discussion, and he questioned the legal nature of international law. The reconstruction of Ross's views on international law in the context of his famous concept of the validity and effectiveness of law, based on some Kelsen ideas and methodology of psychological legal realism, made it possible to reveal the contradictions in Ross's approach: if one of the main foundations of legal validity is organized force, which has monopoly on coercion, then international law can't be considered as law, despite its institutional

character. However, Ross draw an original conclusion about the psychologically derivative (from national law) nature of the validity and effectiveness of international law. A significant part of Ross's legal thinking is his concept of sources of law. Ross states that in the minds of law enforcement officials (judges, mainly) there is a special ideology of sources of law, which determines the way of searching and formulating norms decisive for the question at issue. Accordingly, sources of law are understood as factors of psychological influence on this process. Sources of international law are considered in the same vein — as general factors and motivational components that determine the specific content of international law through the international law enforcement decisions. A special normative ideology in the minds and psyche of the judges in national legal system can be identified through studying their actions. In an analogical manner a special international legal attitude that can be identified by studying the actions of international bodies, leading political actors, as well as internal actions of states affecting internationally significant issues. It is the international legal attitude that has a decisive influence on the validity and effectiveness of international law, since internal convictions play a major role in the legal order based on autonomy, not power.



Keywords

legal validity, legal efficacy, legal effectiveness, public international law, nature of international law, Scandinavian legal realism, psychological legal realism

Acknowledgements: The publication was prepared within the framework of the research project № 18-011-01195 “Validity and efficacy of law: theoretical models and strategies of judicial argumentation”, supported by the Russian Foundation for Basic Research.

For citation: Vasilieva N.S. (2022) The Problem of Legal Validity and Efficacy of International Law in Alf Ross's Legal Thinking. *Law. Journal of Higher School of Economics*, vol. 15, no 2, pp. 85–104 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.2.85.104.

Введение

Известный датский правовед Альф Росс, автор «Учебника международного права»,¹ с 1938 года по 1950 год — профессор международного права в Копенгагенском университете, а с 1959 года по 1972 год — судья Европейского суда по правам человека, не был уверен, что международное право является собственно правом. Конечно, правовой характер соответствующей системы норм и принципов, природа международного права до сих пор являются весьма спорными вопросами. Главным образом это связано с сильным влиянием антиметафизической традиции, начинающейся с юридического позитивизма Дж. Остина, которая в качестве основания действительности и/или действенности права рассматривает особое принуждение — такое, которое не вполне характерно для сферы международного права, особенно

¹ Впрочем, встречается мнение, что данная книга не соответствует жанру учебника, или, по крайней мере, что столь концептуальная работа не вполне подходит студентам [Green L., 1948: 346–348].

публичного. Теоретическая позиция А. Росса, находящаяся в русле данной традиции, идет, однако, дальше юридического позитивизма и интересна включением идей психологического правового реализма² в рассмотрение проблематики существования и действия международного права.

Вопрос о природе международного права, о необходимости следовать его нормам в терминах онтологии права может быть сформулирован как вопрос об основаниях действительности и действенности международного права.

1. Реалистическая модель действительности и действенности права и международное право в концепции Альфа Росса

Альф Росс известен тем, что уделял особое внимание проблеме действительности (*gyldighet*) и действенности (*gælden*) права. Как и другие представители скандинавского правового реализма, а также более широкого направления — психологического правового реализма, датский правовед поддерживал необходимость отказа от метафизики и отталкивался в своих рассуждениях от того, что право не существует в особой реальности должного, отличающейся от психофизической, и, следовательно, основу правового феномена необходимо искать в фактическом — в психике и поведении индивидов.

Общая для всех сторонников психологического правового реализма позиция заключается в том, что отрицается существование права в особой реальности должного, отличной от физической и психической, право непрямым образом редуцируется к эмоциям и рассматривается, прежде всего, как феномен психики и сознания, а также разграничиваются внутренний, психический (действительность) и внешний, поведенческий (действенность) аспекты существования норм. Возможность познания ненаблюдаемых психологических правовых феноменов психологические реалисты основывают на том, что можно выдвигать гипотезы о таких феноменах и использовать их для объяснения доступных для наблюдения правовых феноменов (поведения индивидов). Несмотря на то что А. Росс был учеником А. Хэгерстрёма и в целом придерживался философско-методологических посылок скандинавского варианта психологического реализма, датский правовед также был учеником Г. Кельзена, и в какой-то момент находился еще и под влиянием

² Психологический (континентальный) правовой реализм — это направление, объединяющее единую линию рассуждений о праве, включающее концепции Л.И. Петражицкого и его учеников, А. Хэгерстрёма и его учеников, а также Э. Паттаро. Можно также сказать, что это направление объединяет две известные школы права: российско-польскую — Л.И. Петражицкого и скандинавскую — А. Хэгерстрёма (Э. Паттаро можно считать современным приверженцем последней). Э. Фиттипальди предложил термин и выделил основные признаки психологического правового реализма [Fittipaldi E., 2016: 299–309].

логического позитивизма Венской школы. В своих трудах он в значительно большей степени, чем другие психологические реалисты — по крайней мере, скандинавские — был ориентирован на проблемы юриспруденции, доктрины права, на теоретико-правовое решение вопросов юридической практики.

1.1. Реалистическая модель действительности и действенности права

Действительность права рассматривается А. Россом как явление человеческой психики, как особый импульс к совершению требуемого нормой поведения, а действенность права — как действительность, которая проявляется и доступна для наблюдения в поведении индивидов (в сознании которых существуют соответствующие особые импульсы, переживания действительности). Таким образом, для определения существования правовых норм, для определения правового характера определенных правил необходимо установить, обладают ли они специфическим для права свойством действительности, а кроме того, являются ли они также действенными, эффективными в поведении индивидов, и особенно — правоприменителей. Наблюдая за поведением индивидов, можно выдвигать и проверять гипотезы о том, что переживается ими как (действительное) право.

Ученый полагает, что специфические переживания действительности возникают в поведенческих позициях, не обусловленных интересами (*disinterested*) [Ross A., 1968: 84–86, 104]. Можно сказать, что это — ситуации самообязывания, в которых импульс (мотив) к соблюдению требуемого поведения не связан непосредственно с нуждами или интересами, а основывается на авторитете системы (уважении к системе). Вместе с тем, по мнению А. Росса, в праве играет особую роль и импульс (мотив), обусловленный интересами, а именно — страхом перед угрозой применения силы, физического принуждения. Действительность права как системы связывается с сочетанием обусловленного и необусловленного интересами мотивов: сочетанием уважения, авторитета и принуждения, страха. Ни один из названных мотивов не предшествует друг другу, не может быть рассмотрен отдельно, они взаимно порождают и стабилизируют друг друга [Ross A., 1946: 81–83]. Особые отношения между правом и принуждением заключаются в том, что право (в отличие от других социальных регуляторов) предполагает существование и действие в обществе организованной общественной силы, обладающей монополией на принуждение. А. Росс приходит к следующему заключению: принудительная (*compulsive*) сила права является функцией его действительности, и наоборот, последняя является функцией от фактически применяемой силы, а поскольку послушание закрепляется привычкой, то даже основанный по большей части на чистом принуждении порядок со

временем развивается в идеологически одобряемый. «Страх и уважение... взаимообуславливают друг друга... ни один из этих двух факторов не предшествует другому» [Ross A., 1959: 57].

Необходимо отметить, что традиционные для юриспруденции понятия, такие как право и природа права, по мнению А. Росса, не так уж необходимы для исследования нормативных порядков, поскольку «если отбросить... метафизические предпосылки и связанные с ними эмоции, проблема определения становится неинтересной» [Ross A., 1959: 31]. С реалистической точки зрения не требуется определения понятия и природы права, поскольку право не рассматривается как некий связанный с моральной оценкой «почетный титул», на который могут претендовать нормативные порядки. Однако А. Россу не удается полностью уйти от необходимости дать определение понятию права: так или иначе нам необходимы критерии для разграничения нормативных систем. Поэтому ученый выделяет сущностные признаки правовой системы: право, по его мнению, одновременно обладает двумя признаками [Ross A., 1959: 59] — оно обладает институциональным характером³ и состоит из правил, связанных с применением силы (*force*)⁴.

В качестве одного из главных оснований действительности (и действительности) права как системы, таким образом, рассматривается наличие *организованной* власти, обладающей монополией на принуждение. Такая позиция создает трудности при рассмотрении вопроса о действительности международного права: государства обладают монополией на применение физической силы в рамках своего внутреннего нормативного правового порядка, но в сообществе государств нет субъекта, осуществляющего такую монополию.

1.2. Международное право в реалистической концепции Альфа Росса

Позиция А. Росса в отношении международного права неоднородна. В ранней работе — в «Учебнике международного права» (1947), А. Росс определяет международное право как право, обязывающее самоуправляющиеся сообщества, действительное для самоуправляющихся правовых сообществ (такие со-

³ Право состоит не только из норм поведения, но и из норм компетенции, создающих публичную власть для установления норм поведения и применения силы в соответствии с ними. Поэтому оно воспринимается индивидами как нечто объективное и имеющее внешнее происхождение: так проявляется надындивидуальное чувство общности, социальный порядок, укорененный в формальном правосознании. Формальное правосознание в концепции А. Росса подразумевает уважение к праву в его институциональном аспекте, а также обуславливает то, что применение силы предстает не как грубое насилие, а как правомерное принуждение.

⁴ Сила как санкция, т.е. давление с целью обеспечить желаемое поведение.

общества обладают верховной правовой властью над своими членами)⁵. Оно не является напрямую обязывающим для индивидов и может быть действенным только посредством внутреннего права самоуправляющихся обществ [Ross A., 1947: 15–17]. Только международное публичное право рассматривается датским ученым как международное, только надгосударственное, а не межгосударственное, и только в тех случаях, когда самоуправляемое сообщество в целом (частью которого является государство как орган управления) не имеет полного контроля над своими обязательствами. Международное частное право А. Росс называет «интерлегальным» [Ross A., 1947: 73].

Рассматривая проблематику соотношения международного и национального права, А. Росс обращается к краткому анализу дуалистических и монистических теорий. Дуалистические теории подразумевают, что международное и национальное право — это две независимые системы, в то время как монистические теории утверждают, что это единая система права. Сам датский правовед приходит к выводу, что логически состоятельными можно считать только дуалистические или умеренные монистические теории с приоритетом международного права.

Дуалистическую модель в общем виде А. Росс формулирует следующим образом.

Международное и национальное право:

частично происходят из разных источников, частично обращены к различным субъектам (государства и индивиды);

различаются по содержанию и субъектному составу регулируемых правоотношений, первое регулирует отношения между государствами, второе — между индивидами, а также между индивидами и государством;

не имеют влияния на действительность друг друга, в том числе (системная) действительность внутренних норм основывается исключительно на соответствии конституции и не зависит от международного права и наоборот⁶;

не могут быть противопоставлены друг другу, поскольку имеют разное содержание и обращены к разным субъектам;

⁵ Термином «самоуправляющееся сообщество» Росс заменяет термин «государство», но, как отмечают исследователи, по сути здесь заменяется определение понятия суверенитета. Внешнее понимание суверенитета как независимости вовне заменяется на внутреннее. Именно внутреннее понимание суверенитета важно для исследования международного права [Spiermann O., 2003: 680–682].

⁶ Здесь Росс формулирует скорее позицию дуалистов в целом, нежели собственную. Но, конечно, необходимо отметить, что для заключения действительного международно-правового договора необходимо, чтобы заключающие его органы имели соответствующую компетенцию, установленную нормами внутригосударственного права. Однако не все международное право состоит только из договоров, поэтому нельзя сказать, что действительность международного права основывается именно на системной действительности норм национального права.

но при этом они связаны; международное право требует, чтобы национальное право и правоприменение имели определенное содержание, однако несоответствие этим требованиям не влечет недействительности национального права;

международное и национальное право могут быть сформулированы с отсылкой друг к другу, подобно тому, как национальное право может отсылать к другой национальной правовой системе, но при этом нормы одной правовой системы трансформируются, будучи включенными в другую систему через отсылку [Ross A., 1947: 60–61].

Среди монистических учений А. Росс выделяет теории: с приматом внутригосударственного права (международное право рассматривается как часть национальной правовой системы); с приматом международного права, когда международное право рассматривается как вершина пирамиды всеобщей правовой системы, как общая конституция, наделяющая государства компетенцией в области внутреннего законодательства. Среди таких теорий выделяются радикальные (действительность национального права основывается на его соответствии международному) и умеренные (существование норм национального права в противоречии международному не означает, что невозможно единство системы, подобно тому, как в национальном праве может существовать противоречащий конституции закон) [Ross A., 1947: 61–62].

Психологический реализм А. Росса проявляется уже в «Учебнике международного права», в котором ученый утверждает, что вопрос существования права в конечном счете всегда связан с социопсихической реальностью, и потому монистическая теория об «общей конституции» не может быть признана верной: национальные правовые системы не переживаются как производные от международного права, они переживаются как оригинальные, а действительность внутригосударственного права предстает как социопсихический факт [Ross A., 1947: 63]. Поэтому датский исследователь присоединяется к дуалистической теории: международное и внутригосударственное право — это независимые, но взаимосвязанные системы, частично ссылающиеся друг на друга и частично обращающие друг к другу свои требования.

В целом, отвечая на вопрос о правовом либо моральном характере/природе международного права, А. Росс подчеркивает, что нет смысла придавать этому вопросу особое значение, поскольку это лишь проблема терминологии, не имеющая практического смысла, а также отмечает, что уж точно этот вопрос не может быть решен посредством сравнения международного и национального права⁷.

В «Учебнике международного права» А. Росс пишет, что настоящее различие между правом и моралью находится в психологической реальности

⁷ Приводится следующий пример: прямое сравнение не может помочь нам решить, является ли кит млекопитающим [Ross A., 1947: 51].

и заключается в том, как правовые и моральные чувства действительности возникают и переживаются: поскольку в морали велика роль индивидуального, не существует внешних законодателей и судей, а совесть является высшим арбитром, моральные чувства переживаются как непосредственное явленные сознанию проявления истинной правильности; право переживается как социальный порядок, как данность для индивида в конкретном обществе, как нечто независимое от сознания, подобно правилам шахматной игры [Ross A., 1947: 52].

Причину такого различия в восприятии А. Росс видит в институциональном факторе, в том, что правовые переживания возникают и развиваются под давлением действенной машинерии принуждения, обеспечивающей определенные, заранее установленные правила. Датский правовед выделяет в связи с этим три взаимно пересекающиеся группы: персональная мораль не конвенциональна и не принудительна, конвенциональная мораль (обычаи и обыкновения, мода, манеры, вежливость, правила игры), соответственно, конвенциональна и не принудительна, а право конвенционально и принудительно.

По сути, международное право должно бы быть отнесено к группе конвенциональной морали в связи с отсутствием действенных/эффективных инструментов обеспечения его принуждением, но это было бы неверно: «Международное право, несомненно, переживается действительным как право. Это связано с тем, что его фундаментальные принципы, например, “*pacta sunt servanda*”, по своему существу совпадают с основополагающими принципами национального права и потому... приобретают действительность, производную от национального права. Если бы принцип, согласно которому договоры должны соблюдаться, не был в течение тысяч лет предписанием национального позитивного права и не закрепился бы таким образом в общественном сознании как правовой принцип, то принцип “*pacta sunt servanda*” также не переживался бы как правовой — *as a legal rule* (в рамках международного права — Н. В.). Международное право представляет собой конвенциональный непринудительный порядок с производным характером права» [Ross A., 1947: 53–54].

Что касается позиции А. Росса в отношении действенности международного права, то она должна рассматриваться в контексте идей ученого о том, что право прежде всего состоит из норм компетенции, т.е. норм, обращенных к правоприменителям, и уже из этих норм выводятся нормы поведения частных лиц. Рискнем предположить, что таким же образом нормы международного права могут быть обращены к «государству» как органу управления в самоуправляемом сообществе: реализуя нормы международного права через внутреннее право сообщества, государство устанавливает права и обязанности частных индивидов — подобно тому, как судья устанавливает права и обязанности частных лиц в рамках национальной правовой системы.

В работе «О праве и справедливости» (1959) А. Росс делит нормативные феномены на три группы относительно ранее упомянутых признаков — институционального характера и применения силы [Ross A., 1959: 60]: право обладает обоими признаками: право в его целостности определяет, при каких условиях осуществляется применение принуждения (силы), а также определяет органы власти, учрежденные для того, чтобы принимать решения о применении силы; правила различных сообществ и организаций, а также международное право обладают институциональным характером, но сопряжены с санкциями, отличными от физической силы; мораль не обладает обоими признаками.

Со временем А. Росс изменил свою позицию, а, точнее, вернулся к позиции, изложенной им в «Учебнике международного права» [Ross A., 1947: 17–23, 46–47, 50–54], и усовершенствовал ее. В труде «Директивы и нормы» (1968) датский ученый излагает эту позицию следующим образом [Ross A., 1968: 93–95]: право рассматривается как институциональный порядок, при котором институты предназначены в первую очередь для организованного применения санкций; возможно выделение различных видов права (law) в широком смысле на основе анализа характерных для них санкций («право» организованных частных сообществ, внутригосударственное право и международное право); во внутригосударственном праве санкции заключаются в физическом принуждении, современные государства (самоуправляемые правовые сообщества) обладают монополией на применение силы: во внутренних делах – для поддержания правопорядка, а во внешних – в качестве инструмента «силовой политики»; правила сообществ (включая близкие им правила игр) и международное право не могут содержать положения о санкциях в виде физического принуждения: в первом случае из-за монополии государства, а во втором случае из-за того, что в сообществе государств нет монополии на применение силы; тем не менее международное право обладает институциональным характером и потому, пишет А. Росс, «согласно нашему определению права... международное право и в самом деле является правом».

К сожалению, А. Росс крайне скуп и путанно выражает свою позицию по данному вопросу в «Директивах и нормах». Отказался ли он от идеи о том, что для права характерны санкции, связанные с физическим принуждением? Можно ли считать правом правила частных сообществ? Не является ли предлагаемое объяснение лишь попыткой подогнать теорию под общее мнение о международном праве? Или развитие международного права со временем повлияло на исследователя?

Исследователи подчеркивают: с одной стороны, А. Росс, продолжая линию рассуждений сформулированных им в «Учебнике международного права», пытается сказать, что международное право является правом, а, с другой стороны, предлагаемая им классификация видов права противоречит этому, и потому ученый предпочитает не говорить об этом более ничего. Можно

сделать вывод, что в данном случае применение реалистического подхода выводит исследование международного права за пределы науки в область политики [Escorihuela A.L., 2003: 757–758].

Предположим, что скорее всего ученый вернулся к позиции, изложенной им в «Учебнике международного права», в соответствии с которой международное право имеет производный характер права, и потому должно все же считаться правом, тем более что оно представляет собой институциональный порядок. Это приобретает особый смысл, если обратить внимание на суть правовой концепции А. Росса: действительность права предстает как эмоция, как феномен сознания. Поэтому так важно, что международное право переживается как действительное, подобно переживаниям действительности внутригосударственного права.

Позволим себе предположить, что в правовой концепции А. Росса в качестве основания действительности международного права, по сути, рассматривается право национальное. Источник правовых переживаний, переживаний действительности внутригосударственного права ученый обнаруживает именно в рамках национальных правовых систем, и уже из этих переживаний производным образом проистекают переживания действительности международного права. С одной стороны, А. Росс присоединяется к дуалистической модели, предполагающей независимость системной действительности международного и внутригосударственного права (действительность норм каждой системы независима от другой), но, с другой стороны, нормативная действительность как обязывающая сила и действенность, эффективность международного права обосновываются с психологической точки зрения как имеющие производный характер права, как имеющие действительность, производную от национального права. Проблематика системной нормативной и фактической действительности подробно рассматривается в концепции Е.В. Булыгина и исследованиях А.А. Краевского [Bulygin E.V., 2015: 285–287]; [Bulygin E.V., 2016: 209–221]; [Краевский А.А., 2019: 81–107].

2. Реалистическая теория источников международного права: концепция Альфа Росса

2.1. Идеология источников права

Реалистическая теория источников права, предлагаемая А. Россом, чрезвычайно интересна⁸. В работе «О праве и справедливости» (1959) датский

⁸ Одной из основных вех начала творческого пути А. Росса стала именно теория источников права, которой ученый посвятил докторскую диссертацию, опубликованную в 1929 году под названием «Theorie der Rechtsquellen».

правовед наиболее полным образом излагает свой подход к доктрине источников права и подчеркивает связь данной проблематики с вопросом о действительности и действенности права.

Как уже упоминалось, исходя из позиции психологического реализма А. Росс утверждает, что право существует в сознании и поведении индивидов. Действительность права рассматривается ученым как специфический импульс — переживание действительности — в сознании индивидов, связанный с представлением об определенном поведении и независимый от их интересов, целей и потребностей. При этом датский правовед полагает, что в наиболее чистом и доступном для наблюдения виде переживания действительности характерны для правоприменителей, так что А. Росс призывает концентрировать внимание именно на их деятельности при исследовании конкретных правовых систем⁹.

Таким образом, действительность права может быть рассмотрена с внутренней точки зрения как определенная нормативная идеология в сознании правоприменителей, которая делится на идеологию источников права и идеологию судебного толкования. Идеология источников права определяет, как правоприменители осуществляют поиск норм для решения конкретного дела [Ross A., 1959: 75–76].

Однако мы не можем напрямую заглянуть в сознание индивидов. К тому же, по мнению А. Росса, для существования норм права важна их действительность, которая заключается в социальных фактах, а именно: регулярности следования директиве (директива — логико-лингвистический аспект нормы); в определенных переживаниях; в осознанности следования и восприятия директивы как обязывающей. Действенность права, таким образом, предстает как отражение действительности права с внешней точки зрения, как проявление действительности в наблюдаемой реальности. Очевидно, что в концепции А. Росса норма должна быть действительной (т.е. в сознании индивидов должны быть переживания действительности, особые импульсы), чтобы она была действенной, т.е. служила мотивом для поведения в соответствии с ней.

А. Росс предлагает обращаться к исследованию поведения правоприменителей, к правоприменительной практике, чтобы выявлять действенные нормы права, выдвигать и проверять гипотезы о том, что именно внутренне переживается ими как действительное право, т.е. гипотезы об особой нормативной идеологии. Чтобы в результате исследования правоприменительной практики определить, какие нормы являются действительным правом в сознании правоприменителей, необходимо обнаружение постоянства и

⁹ Вслед за одним из своих учителей, Г. Кельзеном, Росс утверждал, что право — это система норм, обращенных к правоприменителям, из которых выводятся нормы для частных лиц.

предсказуемости при исследовании вербального поведения. Постоянство и предсказуемость должны трактоваться как следствие единого целого смысла и мотивации, обусловленного нормативной идеологией правоприменителей. Существует соотношение между действительной системой норм и социальной реальностью: используя систему норм как схему интерпретации социальной реальности, можно понимать действия правоприменителей как осмысленные реакции на конкретные условия, как единство смысла и мотивации [Ross A., 1959: 39].

Таким образом, чтобы выявить действенное право в конкретное время в конкретном обществе, нам необходимо исследовать правоприменительную практику и сделать вывод о существующей идеологии источников права. В результате мы получаем то, что А. Росс называет «доктриной источников права», в рамках которой возможно утверждать, что определенные нормы являются действенными.

По мнению А. Росса, истинным содержанием подобных утверждений является предсказание о том, что при определенных обстоятельствах норма будет использоваться как основание для будущих решений правовых споров. Предсказание возможно только в определенных пределах и только потому, что процесс выбора нормы правоприменителем не является произвольным, а зависит от идеологии источников права. Аргентинский правовед Е.В. Булыгин предлагает усовершенствовать эту идею А. Росса и утверждает, что действенность следует рассматривать как диспозиционное свойство норм, а утверждения о действенности следует понимать как утверждения о юстициабельности: не как утверждения, что норма будет применена, а как утверждения, что норма может быть применена.

Идеология источников права определяет способ поиска и формулирования нормы, на основании которой выносится решение по конкретному делу, и, соответственно, под источниками права понимается совокупность факторов, оказывающих влияние на данный процесс. Это влияние варьируется: от источников, содержащих готовую норму права, которую правоприменителю следует только принять, до источников, предлагающих ему не более чем идеи и вдохновение, исходя из которых он должен самостоятельно формулировать необходимые ему нормы.

Классификацию источников А. Росс строит на основании степени «воплощенности», т.е. того, насколько готовую к применению норму они предоставляют правоприменителю: полностью воплощенный тип источников — законодательство в широком смысле; частично воплощенный тип источников — обычай и прецедент; невоплощенный или «свободный» тип источников — «разум» (reason — как это понимается в англо-саксонском общем праве), проистекающий из культурной традиции, убеждений, оценочных мировоззренческих позиций.

Различные источники права, по мнению А. Росса, отличаются степенью вероятности, с которой может быть предсказано их мотивирующее воздействие на правоприменителя. Например, когда речь идет о законодательстве, степень вероятности принятия правоприменителем соответствующих директив за основу решения по делу настолько велика, что предсказание в большинстве случаев граничит с уверенностью. На другом конце этой «шкалы» вероятности находится «разум» (культурная традиция) так как в этом случае предсказание граничит с угадыванием.

2.2. Источники международного права в концепции Альфа Росса

Об источниках международного права А. Росс пишет также в реалистическом ключе. В «Учебнике международного права» в духе своей теории ученый отмечает, что источник права, по своей сути, обозначает общие факторы, мотивирующие компоненты, которые направляют правоприменителя при фиксации и конкретизации правового содержания в своих решениях [Ross A., 1947: 80]. В данной книге также уже встречается деление на три взаимосвязанных группы тех факторов, которые определяют решения правоприменителей [Ross A., 1947: 81–82]: авторитетно сформулированные в соответствии с определенными правилами; не сформулированные, но частично воплощенные (прецеденты и обычаи); свободные, несформулированные, невоплощенные факторы, спонтанно возникающие у правоприменителя как представителя сообщества, к которому он принадлежит и которому служит (в том числе социальные интересы и идеи, лежащие в основе воплощенных правил, а также индивидуальные моральные представления, попытки скорректировать общие правила в угоду сиюминутным ситуативным интересам — все то, что исключает механическое применение воплощенных правил.

А. Росс критикует попытки изобразить дело так, будто бы свободные суждения (в рамках третьего типа факторов) могут быть выведены из объективных принципов точно так же, как норма права может быть выведена из законов. Ученый полагает, что такие принципы, как «идея справедливости», «естественное право», «наука как источник права», «принцип полезности», «природа дела», являются не чем иным как фикциями, призванными скрыть отсутствие объективности, субъективную оценку соответствующих соображений, и, несмотря на различные теоретические формулировки, особой разницы в результатах их применения не наблюдается, поскольку они являются собой лишь ярлыки, скрывающие под собой множественность факторов по каждому конкретному делу [Ross A., 1947: 83].

Можно применить такую концепцию к международному праву и сказать, что его источники — это общие факторы (мотивационные компонен-

ты), определяющие содержание международного права в международных правоприменительных решениях. А. Росс выделяет следующие источники международного права в соответствии со своей теорией об источниках как факторах.

1. Объективные, сформулированные, воплощенные — договоры, которые могут приобретать обязывающий характер, сходный с законодательством: ситуации непрямого согласия, когда договор создает орган, которому передается власть налагать обязанности на стороны без их обновляемого согласия; а также в ситуации, когда договор получает всеобщее признание, или, по крайней мере, признание ведущих политических акторов, и его действие приобретает такую силу, что становится обязывающим и для не участвующих государств [Ross A., 1947: 84].

2. Несформулированные, но частично воплощенные — обычаи (практика государств) и прецеденты (практика международных судов) [Ross A., 1947: 86–87]. Причем с реалистической точки зрения прецеденты оказывают влияние независимо от того, признается ли прецедент правовой системой, и от того, что сам правоприменительный орган формально верит в их обязывающую силу. Обычай как источник международного права датский правовед описывает как правила (нормы права), более или менее воплощенные в практике государств. А. Росс многократно подчеркивает, что международное право представляет собой правопорядок, основанный на автономии, а не власти, и потому правовая установка (attitude) его субъектов играет решающую роль в определении источников права, в определении действенных правовых норм. Исходя из этого, действия, в которых выражается обычай, значимы лишь как подтверждение наличия такой установки. Судя по всему, концепция правовой установки в рамках теории международного права у А. Росса в значительной степени схожа с тем, что в рамках описания национальных правовых систем он называет нормативной идеологией.

Конечно, применение психологической концепции нормативной идеологии правоприменителей к международному праву порождает ряд вопросов. Довольно легко вообразить нормативную идеологию судей, их особое правосознание, понятия о том, что является действительным правом, а также то, как эти явления их внутреннего мира проявляются в их поведении. Государство же представляет собой гораздо более сложный орган, включающий в себя индивидов с гораздо менее однородным внутренним миром, оценками, ценностями, установками, правосознанием, чем правоприменительные органы.

А. Росс полагает возможным выявить «международную установку» государства исходя из того, что она проявляется во всех актах государства, которые так или иначе связаны с международным правом: в первую очередь,

в действиях по отношению к другим государствам (например, признание других государств, процедура заключения договоров, дипломатические отношения); но также и в действиях, которые каким-либо образом затрагивают интересы других государств (отношение к иностранным гражданам и послам на своей территории, к судам в своих территориальных водах, судебные решения, основанные на нормах международного права) [Ross A., 1947: 88]. В связи с этим, утверждает ученый, исследование международного обычая не может быть сведено к исследованию действий международных органов, оно должно также ориентироваться на внутригосударственные акты (правовые и фактические) в той мере, в которой они могут способствовать выявлению международно-правовой установки (что, также можно назвать идеологией источников международного права, действующей в сознании и психике государственных служащих).

Так же, как и в своих рассуждениях о внутригосударственном праве, А. Росс отмечает, что одного только факта совершения соответствующих действий недостаточно для определения действенного права — необходимо их сочетание с субъективными психологическими предпосылками, вызывающими такие действия. При этом ученый, с одной стороны, конечно, признает, что трудно предъявить доказательства такой связи, а, с другой стороны, тут же утверждает, что на практике все не так сложно и субъективная подоплека явно проявляется в объективной ситуации, особенно при выдвижении правовой претензии или совершении не запрещенных действий. Только случаи с обязательствами могут вызывать сомнения: было ли действие совершено из-за чувства связанности/обязанности или в качестве любезности.

А. Росс критикует теории, которые отрицают значимость психологического фактора, и потому полагают, что судья волен признать любое регулярное поведение правовым обычаем, и утверждают, что доктрина *opinio juris sive necessitatis* служит лишь идеологическим средством ограничения правотворческой свободы судьи [Ross A., 1947: 89]. С точки зрения датского правоведа, возможно и необходимо выявлять субъективный элемент, внутреннюю позицию (которая не ограничивается только чувством обязанности и может иметь другие формы), исследуя различные действия государств, например, внутригосударственные законодательные акты, которые затрагивают международно-значимые вопросы.

3. Свободные факторы играют важную роль в мотивационном процессе вынесения судебных решений, когда более воплощенные источники не могут быть применены в деле: в таких ситуациях, пишет А. Росс, соображения и культурные факторы, являющиеся почвой для сформулированного права, спонтанно выходят на первый план [Ross A., 1947: 90]. Именно к ним могут быть отнесены фундаментальные правовые принципы, общие для человеческой цивилизации, признаваемые во многих внутригосударственных право-

порядках. Признавая их роль в международных судебных решениях, ученый утверждает, что принципы нельзя считать источником права в том же объективном смысле, что договоры, прецеденты и обычай, поскольку они не могут абстрактно развиваться без привязки к конкретным случаям, и в любом случае имеют чрезвычайно расплывчатый, очень субъективный характер [Ross A., 1947: 91]. В эту категорию А. Росс включает и доктрину (в значении работ известных ученых), поскольку, по его мнению, это также лишь средство сокрытия нормотворческой деятельности судьи. Впрочем, датский правовед убежден, что традиционные доктрины источников права в целом скрывают такую деятельность судьи и что она проявляется даже при толковании и применении наиболее воплощенных источников права, поскольку воплощенность никогда не бывает полной.

Описывая взаимодействие источников, А. Росс подчеркивает несколько аспектов [Ross A., 1947: 92]:

различные источники обозначают взаимодействующие (и взаимнодействующие) факторы при принятии правоприменительных решений, поэтому они не могут быть основными и дополнительными;

наиболее явно взаимодействие проявляется между воплощенными и свободными факторами, в частности, свободные факторы проявляют себя при «интерпретации» объективных источников: взаимодействие факторов выдается за якобы интерпретацию объективных источников, скрывающую нормотворческую деятельность;

вся интерпретация является не логической, а прагматической: она определяется намерениями, идеями, интересами;

интерпретация может быть определена как взаимодействие воплощенных и свободных факторов;

специальной формой интерпретации является выведение «принципов международного права» непосредственно из договоров и обычаев; такие принципы следует отличать от общих принципов права, производных от внутригосударственного правового материала, которые подпадают под категорию свободных факторов.

Заключение

Проблема действительности и действенности международного права в правовой концепции А. Росса раскрывается в двух основных аспектах. Первый аспект связан с тем, как идеи А. Росса о праве и его действительности преломляются применительно к рассмотрению дуалистической модели соотношения международного и внутригосударственного права. Вторым аспектом связан с тем, как идеи А. Росса об идеологии источников права и дей-

ственных нормах права применяются датским ученым к проблематике источников международного права.

У А. Росса — психологического правового реалиста самым важным при исследовании права и познании природы правовых феноменов является обращение к психике и сознанию индивидов. Именно психические переживания индивидов становятся отправной точкой, и потому действительность и действенность международного права в правовой концепции А. Росса приобретают производный от внутригосударственного права характер, поскольку национальное право в большей степени связано с психикой индивидов.

Действенность международного права в концепции А. Росса может быть рассмотрена в свете его теории источников права как следствие наличия особых представлений и эмоций в сознании индивидов, к которым в конечном счете обращены нормы международного права (осуществляющих функции органа управления в самоуправляющемся сообществе), — как особой «международно-правовой установки», трактуемой по аналогии с нормативной идеологией (идеологией источников права) в рамках национального права.

Методология психологического правового реализма, на первый взгляд, приводит А. Росса к противоречивым результатам в вопросе о действительности и действенности международного права, но тем не менее позволяет прийти к оригинальным выводам о правовом характере международного права через аргументацию о его институциональном характере, о производном от национального права характере его действительности как переживания, об особой международно-правовой установке субъектов, определяющей источники международного права, действенные правовые нормы.



Список источников

1. Булыгин Е.В. Действительное право и право действующее. В кн.: Булыгин Е.В. Избранные работы по теории и философии права. СПб.: Алеф-Пресс, 2016. С. 209–221.
2. Кондуров В.Е. Политическая теология международного права: грани и границы метода // Социологическое обозрение. 2021. Т. 20. № 1. С. 50–71.
3. Краевский А.А. Действительность и действенность международного права в чистом учении о праве // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2021. Т. 12. № 1. С. 184–204.
4. Краевский А.А. Проблемы экспликации понятий действительности и действенности права в концепции Е.В. Булыгина // Труды Института государства и права РАН. 2019. Т. 14. № 4. С. 81–107.
5. Тимошина Е.В. Концепция нормативности Л.И. Петражицкого и проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2011. № 5. С. 46–71.
6. Bulygin E. Valid Law and Law in Force / E. Bulygin. Essays in Legal Philosophy. Oxford: University Press, 2015, pp. 284–292.

7. Eng S. Lost in the System or Lost in Translation? The Exchanges between Hart and Ross. *Ratio Juris*, 2011, vol. 24, no 2, pp. 194–246.
8. Escorihuela A.L. Alf Ross: Towards a Realist Critique and Reconstruction of International Law. *European Journal of International Law*, 2003, vol. 14, no. 4, pp. 703–766.
9. Fittipaldi E. Introduction: Continental Legal Realism. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Vol. 2: Main Orientations and Topics. E. Pattaro, C. Roversi (eds.). Dordrecht: Springer, 2016, pp. 297–318.
10. Green L. A Text-Book of International Law by Alf Ross. *The Western Political Quarterly*, 1948, vol. 1, no. 3, pp. 346–348.
11. Holtermann J. v. H. Conspicuous Absence and Mistaken Presence — A Note on the Ambiguous Role of Scandinavian Legal Realism in Nordic Approaches to International Law. *Nordic Approaches to International Law, Courts Working Paper Series*, 2017, no 90. Available at: URL: <https://ssrn.com/abstract=2947692> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2947692> (дата обращения: 21.01.2022)
12. Holtermann J. v. H., Madsen M. European New Legal Realism and International Law: How to Make International Law Intelligible. *Leiden Journal of International Law*, 2015, vol. 28, no 2, pp. 211–230.
13. Neergaard U., Nielsen R. (eds.) *European Legal Method: Towards a New Legal Realism?* Copenhagen: Djøf Forlag, 2013, 240 p.
14. Ross A. *Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law*. Copenhagen: E. Munksgaard, 1946, 304 p.
15. Ross A. *A Textbook of International Law: General Part*. London: Longmans, Green and Co., 1947, 313 p.
16. Ross A. *On Law and Justice*. M. Knight (ed.). Berkeley: University of California Press, 1959, 383 p.
17. Ross A. *Directives and Norms*. New York: Humanities Press, 1968, 188 p.
18. Spiermann O. A National Lawyer Takes Stock: Professor Ross' Textbook and Other Forays into International Law. *European Journal of International Law*, 2003, vol. 14, no. 4, pp. 675–702.



References

1. Bulygin E. (2015) Valid Law and Law in Force. In: E. Bulygin. *Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, pp. 284–292.
2. Bulygin E.V. (2016) Valid Law and Law in Force. In: E. Bulygin E. *The Selected Writings in Theory and Philosophy of Law*. M. V. Antonov et al. (eds.). Saint Petersburg: Alef-Press, pp. 209–221 (in Russ.)
3. Eng S. (2011) Lost in the System or Lost in Translation? The Exchanges between Hart and Ross. *Ratio Juris*, vol. 24, no. 2, pp. 194–246.
4. Escorihuela A.L. (2003) Alf Ross: Towards a Realist Critique and Reconstruction of International Law. *European Journal of International Law*, vol. 14, no. 4, pp. 703–766.
5. *European Legal Method: Towards a New Legal Realism?* (2013) U. Neergaard, R. Nielsen (eds.). Copenhagen: Djøf Forlag, 240 p.
6. Fittipaldi E. (2016) Introduction: Continental Legal Realism. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 1: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Vol. 2: Main Orientations and Topics. E. Pattaro, C. Roversi (eds.). Dordrecht: Springer Netherlands, pp. 297–318.

7. Green L.C. (1948) A Text-Book of International Law by Alf Ross: review. *The Western Political Quarterly*, vol. 1, no. 3, pp. 346–348.
8. Holtermann J. v. H. (2017) Conspicuous Absence and Mistaken Presence — A Note on the Ambiguous Role of Scandinavian Legal Realism in Nordic Approaches to International Law. *Nordic Approaches to International Law. Working Paper Series no. 90*. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2947692> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2947692>
9. Holtermann J. v. H., Madsen M. R. (2015) European New Legal Realism and International Law: How to Make International Law Intelligible. *Leiden Journal of International Law*, vol. 28, no. 2, pp. 211–230.
10. Kondurov V.E. (2021) Political Theology of International law: Methodological Facets and Borders. *Sotsiologicheskoe obozrenie* = Sociological Review, vol. 20, no. 1, pp. 50–71 (in Russ.)
11. Kraevsky A.A. (2021) Validity and efficacy of international law according to the pure theory of law. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta. Jurisprudencia* = Herald of Saint Petersburg University. Law, vol. 12, no. 1, pp. 184–204 (in Russ.)
12. Kraevsky A.A. (2019). Issues of Explication of Concepts of Validity and Efficacy of Law in E. Bulygin's Legal Theory. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN* = Proceedings of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, vol. 14, no. 4, pp. 81–107 (in Russ.)
13. Ross A. (1947) A Textbook of International Law: General Part. London: Longmans, Green and Co., 313 p.
14. Ross A. (1968) *Directives and Norms*. New York: Humanities Press, 188 p.
15. Ross A. (1959) On Law and Justice. Ed. by M. Knight. Berkeley: University of California Press, 383 p.
16. Ross A. (1946) *Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law*. Copenhagen: E. Munksgaard, 304 p.
17. Spiermann O. (2003) A National Lawyer Takes Stock: Professor Ross' Textbook and Other Forays into International Law. *European Journal of International Law*, vol. 14, no. 4, pp. 675–702.
18. Timoshina E.V. (2011) Leon Petrażycki's conception of normativeness and the legal validity in 20-th century legal positivism. *Izvestiya vysshih uchebnykh zavedenij. Pravovedenie* = The Journal of the Higher Education Institutions. Jurisprudence, no. 5, pp. 46–71 (in Russ.)

Информация об авторе:

Н.С. Васильева — преподаватель, кандидат юридических наук.

Information about the author:

N.S. Vasilyeva — Lecturer, Candidate of Sciences (Law).

Статья поступила в редакцию 08.12.2020; одобрена после рецензирования 20.05.2021; принята к публикации 21.09.2021.

The article was submitted to the editorial office 08.12.2020; approved after reviewing 20.05.2021; accepted for publication 21.09.2021.