

ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ КАК ЯЗЫКОВЫХ ОБЩНОСТЕЙ (часть вторая)

Вольфсон Владимир Леонович, кандидат юридических наук, Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, Санкт-Петербург, Россия, vwolfson@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0001-9169-3161>.

Аннотация. Право как языковой феномен редко становится предметом исследования в российской цивилистике, да и в юриспруденции в целом, а попытки системного описания свойств и видов семантического взаимодействия правовых систем почти не предпринимаются. При этом сами по себе случаи такого взаимодействия, казалось бы, лежат на поверхности. В статье исследуются общие свойства такого взаимодействия, выделяются существенные признаки его основных видов, предлагаются описания и решения наиболее интересных проблем в рамках каждого из этих видов, причём с использованием модельных ситуаций. Наряду с известными случаями семантического взаимодействия, такими как проблема квалификации понятий и применение иностранного права в международном частном праве, компаративистика и инкорпорация, обсуждается взаимопроникновение различных схем означивания в пределах одной юрисдикции. Все явления рассматриваются в контексте языковой проблемы и в свете теоретических представлений автора о сущности частного права. Научным итогом работы можно было бы считать попытку создания общей теории семантического взаимодействия правовых систем, основанную на его общих свойствах и на раскрытии содержания отдельных его видов.

Ключевые слова: субъективный интерес, язык права, квалификация понятий, применение иностранного права, правовопонимание, компаративистика.

Для цитирования: Вольфсон В.Л. Взаимодействие правовых систем как языковых общностей (часть вторая) // Вестник Костромского государственного университета. 2024. Т. 30, № 2. С. 195–204. <https://doi.org/10.34216/1998-0817-2024-30-2-195-204>

Research Article

THE INTERACTION OF LEGAL SYSTEMS AS LINGUISTIC COMMUNITIES. Part 2

Vladimir L. Volfson, Cand. Sci. (Jur.), North-West Institute of Management, Branch of RANEPA, St. Petersburg, Russia, vwolfson@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0001-9169-3161>.

Abstract. Law as a linguistic phenomenon has seldom been a subject of research in the Russian civil law studies, as well in national jurisprudence at large. As for attempts at systemizing descriptions of the semantic interaction of legal systems, its properties and types, they are barely existent. At the same time, the cases of such interaction *per se* seem to lie on the surface. The article examines the general properties of such interaction, identifies the essential features of its main varieties and offers descriptions and solutions to the most interesting issues within each one. Doing so, the author makes use of some case modelling. Along with well-known kinds of semantic interaction, such as the characterization problem and the application of foreign law (in conflict law), comparative studies and incorporation, the article also refers to interpenetration of various schemes of meaning within same jurisdiction. The author puts all the matters in the context of linguistic problem and approaches them from the standpoint of his understanding of private law. The scientific outcome can be seen in the attempt to create a general theory of semantic interaction of legal systems based on general properties of such interaction and on the disclosure of its individual types.

Keywords: interests of parties to civil legal relation, language of law, characterisation, application of foreign law, legal understanding, comparative studies.

For citation: Volfson V.L. The interaction of legal systems as linguistic communities. Part 2. Vestnik of Kostroma State University, 2024, vol. 30, No. 2, pp. 195–204 (In Russ.). <https://doi.org/10.34216/1998-0817-2024-30-2-195-204>

1. Предисловие ко второй части исследования и его задачам. Вторую часть статьи хотелось начать с краткого изложения содержания первой части [Вольфсон 2024] – это обеспечит контекст дальнейшего исследования и его последовательность, а также, возможно, побудит читателя ознакомиться с первой частью работы.

Прежде всего, мы постарались назвать отличительные свойства правовых систем как языковых общностей. Хотя автор оговорился, что не ставит цель указать на необходимый признак всех таких общностей, он выделил те их качества, которые, по его мнению, отсутствуют либо не столь явно выражены у других семантических систем. Таковы нормативность, конвенциональность, универсальность и универсализм лингвоконвенции, практичность абстракций.

Первым свойством этих систем является, по нашему мнению, их нормативность, – происходящее от того, что любое высказывание в правовом тексте является правилом. Взаимодействие между этими системами также подчиняется правилам, что делает его нормативным как в материальном, так и в процедурном смысле и сообщает ему не только уникальность, но и, благодаря столь развитой системной организованности, богатый потенциал для научного освоения. Второе свойство, конвенциональность, указывает на то, что значения правовых категорий в рамках одной системы устанавливаются неартикулируемой согласительной процедурой, которая окружает их двумя рядами имплицитных кавычек, в первую очередь в виде признака условности любого профессионального языка, во вторую – как выражение того, что верификация значения такого термина осуществима средствами легального текста этой системы [Вольфсон 2012: 10]. Третье свойство объединяет, в нашем изложении, два близких качества – универсальности и универсализма. Первое качество подразумевает единообразие прочтения права: при допустимости разных толкований истинным является лишь одно из них. Универсализм же – качество, указывающее на отрицание внешней конкуренции (семиозис других правовых систем лишается онтологической модальности – термины своего права употребляются так, как будто иного права не существует). Четвёртое свойство исследуемых систем мы назвали практичностью абстракций: конвертация носителей значений, несмотря на свойственную праву в целом высокую степень категориальной абстрактности, осуществляется в целях использования обыденных и потому схожих в своём назначении благ, служащих коррелятами этих абстрактных понятий, – сочетание, которое редко встречается в других случаях взаимодействия семиотических систем.

Среди видов семантического взаимодействия правовых систем в первую очередь была дана оценка международного частного права (далее – МЧП) в це-

лом. По мнению автора, как коллизионная гармонизация МЧП является учением о предпочтительном прочтении правоотношения в условиях конкуренции разных схем его означивания, то есть конфликтующих право порядков. При этом, исходя из понимания автором любого субъективного права как юридического выражения интереса, критерием такого предпочтения должна стать близость правоотношения и право порядка, что выражается в принципе *proper law*, применяемого в российском МЧП субсидиарно, то есть как его наиболее общая доктрина. В общем случае субъекты частного права заинтересованы в прочтении своего правоотношения на языке право порядка, с которым они теснее всего связаны.

Подход к одной из самых сложных проблем взаимодействия правовых систем – квалификации понятий в МЧП – определялся следующими соображениями. Во-первых, о чём только что было сказано, МЧП должно стремиться к подчинению правоотношения тому право порядку, с которым оно теснее всего связано. Во-вторых, существенна связь между первичным смыслоделением и содержанием коллизионных норм, которые всегда понимаются судом на языке своего права (*lex fori*). В-третьих, даже в тех случаях, когда правоотношение предположительно связано с иностранным право порядком, квалификация по *lex fori* будет в общем случае не столь вредоносна по отношению к возможности признания его компетентным, нежели была бы квалификация по чужому праву по отношению к применению российских коллизионных формул: причина в том, что из-за объёмности последних редукция неизвестного российскому праву явления при его прочтении средствами российского права более вероятна, чем успешность их расширительного толкования, неизбежного при индукции – когда придётся решать, «на что похоже», то есть признакам каких статутов МЧП соответствует это явление¹. Кроме того, объёмность коллизионных формул снижает и вероятность расхождений в выборе статута между квалификацией по закону суда и по наиболее близкому право порядку.

Последним рассмотренным в первой части работы семантическим взаимодействием правовых систем стала процедура, известная в МЧП как установление содержания иностранного права. В том случае, когда в силу коллизионного правила разрешать спор суду приходится на основании положений иностранного права, возникает ещё одна вечная проблема МЧП: принимает ли суд это право *как право* или же как фактическое обстоятельство? Раздел между вопросами права и факта, вероятно, самый фундаментальный в процессуальном законодательстве, и решение этой проблемы имеет крайне серьёзные последствия. Отечественное право, солидаризируясь с преобладающей в континентальной семье традицией, склон-

но усматривать здесь вопрос права, хотя колебания в последнее время заметны и в доктрине, и в *lex lata*. По мнению же автора, устанавливать содержание иностранного права суд может только как фактическое обстоятельство. Довод *de lege ferenda* состоит в том, что суд выступает конечным гарантом всевластия своего правового порядка; довод *de lege lata* – в том, что положения ст. 1191 ГК, допускающие «содействие» сторон в установлении содержания зарубежного права и даже возложение судом обязанности по представлению соответствующих сведений на стороны в спорах с участием предпринимателей, не совместимы с принципом *iura novit curia*.

Теперь мы перейдём к рассмотрению других, не менее интересных видов семантического взаимодействия. Во второй части статьи предметом нашего изучения станут те из них, которые относятся к взаимодействию систем *внутри* одной из них. И это может иметь место необязательно тогда, когда одна является частью другой (будучи по отношению к ней подсистемой), но и в отношениях заимствования противоположений. Этот эффект можно было бы назвать импортом права. Именно его мы наблюдаем при инкорпорации положений международного и чужого национального права в заимствующую систему.

2. Инкорпорация (импорт) права. Инкорпорация первого вида предусмотрена ч. 4 ст. 15 Конституции. Ключевым в этом правовом режиме является указание на то, что «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются частью её правовой системы»². В этой работе речь, естественно, пойдёт не о соотношении юридической силы источников международного и национального права (в частности, Конституции), тем более что этот вопрос давно разрешён, но, как это и предполагается предметом исследования, о семантическом взаимодействии при инкорпорации, а лучше бы сказать – при импорте положений иной юрисдикции. Данный вид взаимодействия раскрывался автором в одной из более ранних работ [Вольфсон 2014: 20]. С тех пор наше видение этого явления не поменялось, но в этой статье оно будет изложено ещё раз – в духе и лексике нынешнего умозрения автора.

Принципиально важно, что при импорте заимствуется не язык чужого права, а его нормы – правила как особый вид высказывания. Данный принцип подразумевает, что заимствующая юрисдикция принимает импортируемое правовое положение в том его значении, которым оно наделено в момент заимствования юрисдикцией-экспортёром средствами её языка в соответствии с принятыми в ней правилами отбора и последовательностью применения схем означивания. Этим означиванием в идеале полностью исчерпывается смыслонаделение заимствуемой нор-

мы: в импортированном состоянии они не означиваются ни средствами своего, ни средствами чужого права. Между идеалом и действительностью всегда есть фильтр предпонимания (*Vorverständnis*), то есть эффект когнитивной аберрации, производный от национальных установок правоприменителя, о котором будет сказано отдельно, но в этой части изложения мы пренебрежём этой оговоркой, дабы не затемнить смысл системно верного изложения принципа импорта. Состоит же он именно в том, что всё смыслонаделение – по существу, производство заимствуемой нормы – осуществляется экспортирующей юрисдикцией. В этом контексте можно говорить, что применение таких положений происходит в режиме *ad hoc* – вся система чужого права никогда не вводится в действие судами импортирующей системы, те лишь в каждом отдельном случае применяют произведённые первой системой правила. Поэтому конституционное понимание источников международного, как и любого чужого права, частью инкорпорированной правовой системы может указывать только на сами правовые положения, уже означенные языком системы происхождения, но не на признание самой системы частью своего права.

Принцип импорта, как он был раскрыт выше, подразумевает следующее. Поскольку схемы означивания чужого права (его язык) не пропускаются через «таможенные пункты пропуска», то и не происходит перенастройки схем означивания этого правового порядка. Снова подчеркнём, что импортируемые правовые положения входят в него «как они есть»; вся работа по производству значений проведена средствами юрисдикции-экспортёра до пересечения «таможенной границы». Если бы эта работа продолжилась в импортирующей юрисдикции, то есть если бы в неё вошли также и схемы означивания юрисдикции-экспортёра, то происходило бы смешение разных языков, а поскольку, как было показано в первой части статьи и в предисловии ко второй части, в силу свойства универсальности своей лингвоконвенции право как языковая общность не терпит конкуренции (вообще всякой множественности) схем означивания, то появился бы новый язык, который был бы следствием неизбежной переработки языка заимствующей юрисдикции. Однако по указанным причинам этого не происходит. Именно поэтому, в частности, признание правовых позиций ЕСПЧ в качестве источника российского права³ в период, когда Россия входила в Совет Европы и находилась под действием соответствующей юриспруденции, не могло рассматриваться как даже косвенное признание прецедента в качестве источника права [Вольфсон 2014: 20], хотя такие мнения высказывались [Лаптев].

Важно также отметить, что применение импортированных норм не предполагает процедуры установ-

ления их содержания так, как это происходит при разрешении спора на основании норм иностранного правопорядка, признанного компетентным в силу коллизионного регулирования (см. первую часть работы и предисловие). В разбираемом случае нормы чужого (по отношению к юрисдикции суда) правопорядка являются его составной частью, в случае же «применения иностранного права» (а на самом деле, по мнению автора, раскрытому в первой части работы, фактических обстоятельств в виде этого права) это последнее всегда остаётся посторонней юрисдикции суда. Наделение значениями заимствуемых норм средствами языка юрисдикции-экспортёра, о котором здесь говорится, осуществляется применяющим эти нормы судом, и это в полном смысле применение права, а не факта – оно подчиняется принципу исключительной компетентности суда в содержании применяемого права (*iura novit curia*); о содействии сторон или же о возложении на них обязанности по представлению сведений о содержании экспортной нормы не может быть и речи.

Наконец, стоит подчеркнуть, что, не вмешиваясь в смыслонаделение импортируемых норм, юрисдикция-импортёр не освобождает от воздействия своего языка уже заимствованные правоположения по той очевидной причине, что те являются составной частью этой языковой общности. Эти нормы не только должны будут пройти конституционно-правовые фильтры ввиду верховенства юридической силы последних, но испытают на себе и все те схемы означивания, прежде всего системные принципы импортирующей юрисдикции, которые могут быть к ним применены, что в случае положений международного права предполагает понятную редукцию этих принципов с учётом высокого, сразу вслед за Конституцией, уровня юридической силы этих источников. Однако контекстуальную коррекцию, по существу семантическую фильтрацию, обеспечивающую адаптивность заимствованных правоположений в национальной системе, нужно отличать от того смыслонаделения, которое предшествует их экспорту и осуществляется средствами юрисдикции происхождения.

Как уже отмечалось, в действительности вольно или невольно судами импортирующей юрисдикции всё же осуществляется означивание заимствованных правоположений языком своего права. Ведь хотя ресурсы означивания должны в идеале исчерпываться средствами юрисдикции-экспортёра, фактически эту работу выполняют люди – судьи, а человеческое понимание никогда не свободно от так называемого предпонимания.

2. Предпонимание. Эту категорию, в оригинале *Vorverständnis*, связывают с трудами Х.-Г. Гадамера и М. Хайдеггера, а те видели в нём не столько ментальное, сколько онтологическое явление. Речь о том,

что предпонимание как установка сознания⁴ возникает из бытия, является продуктом экзистирования. Заранее готовые представления, через сито которых процеживается воспринимающим субъектом объект познания, коренятся в онтологической почве. Даже тогда, когда, как в нашу эпоху медиакратии, некоторые из этих представлений возникают от внешнего когнитивного воздействия, их конечная сущность многим обязана экзистенциальному опыту заимствующего субъекта.

Предпонимание, вероятно, определяется положением человека как бытийствующего субъекта. Он никогда не может открыть для себя смысл бытия, но всегда имеет о нём смутную догадку. В каждый наличный момент времени бытие словно даёт ему намёк на своё устройство. Его сущность, согласно известному принципу экзистенциалистской философии, откроется человеку только на смертном одре. И в этом смысле человек всегда является человеком догадывающимся. Так и возникает, впитывая в себя новые значения, предпонимание.

Как представляется, предпонимание свойственно не только бытию индивида, но и бытию отдельной культуры, а значит, и правосознания. Нельзя отрицать, что в развитии культуры можно увидеть автаркию, самовозобновляемость существования, то есть развития, определяемого её собственными, недетерминированными внешними воздействиями свойствами. Здесь и возникает правомочность уподобления бытия культуры бытию человека, по крайней мере в экзистенциалистском смысле.

То и другое предпонимание создаёт вовлечённость человека в пространство, в котором разворачивается истолкование.

Для того чтобы оценить роль предпонимания при взаимодействии правовых систем, нет лучшего пути, чем осознать, в какой мере национальные правовые институты зависимы от национальных свойств народа, который их устанавливает. Отсутствие в римском праве конструкции юридического лица произошло не от того, что оборот крупного капитала не играл значимой роли, а из-за неготовности римского духа смириться с размытостью волеобразования, присущей этой конструкции: волей может обладать человек, противостоящий свободой *res vocalis* – рабу; личная свобода как существенный признак воли делает неуместными любые спекуляции об искусственной правосубъектности. Римляне не создали систему реестровых записей не потому, что не видели необходимость раскрытия сведений о правах и притязаниях на особо ценное имущество (например, манципируемое), но потому, что не допускали вмешательства в частные отношения публичной власти с неизбежной формализацией оснований возникновения прав. В свою очередь, деление на движимости и недви-

жимости теряло смысл в условиях, когда реестры не ведутся.

Пандектная система, разработанная немецкими цивилистами, несёт в себе узнаваемые признаки германского духа. Конечно, задача систематизации лежит в природе юридического знания, так как оно всегда предполагает дедукцию – силлогизм, где эксплицитно, как в позитивном праве, а где имплицитно, как в прецедентном или в обычном, присутствует большая посылка, или абстрактная модель; отсюда и юстиниановские дигесты, избранные речения по всему корпусу права, иначе называемые пандектами, то есть всеохватными. Но только германская мысль сумела построить такую систему правопонимания, которая последовательно исходила из того, что в основе всей таксономии частного права должны лежать отвлечённые, насколько это возможно, категории, а затем терпеливо построила на этом фундаменте остальные, различные по степени громоздкости, конструкции, причём в ГГУ высочайший уровень абстракции сохраняется и у специальных норм. Проводя эту работу, «сумрачный немецкий гений» безотчётно продолжал верить в то, что более объёмные понятия сами порождают менее объёмные; когнитивно, да и через личности её разработчиков пандектная система прямо связана с «юриспруденцией понятий». Важно понимать, что это та абстрактность догмы, которая не предполагает заполнение объёма нормы судебным усмотрением; напротив, задача состояла в том, чтобы создать идеальный по точности понятийный иерархический ряд, из которого натренированному правоприменителю лишь останется извлечь дедуктивный вывод. Красноречиво признание, которому предшествует критика ГГУ за недоступность пониманию непрофессионала: «Но у опытного эксперта, постоянно работающего с ГГУ, в конце концов появляется чувство восхищения этим кодексом, поскольку ему открывается скрытая красота точности и строгости мысли» [Цвайгерт, Кётц: 222].

Для описания различий между германской и французской кодификациями, пожалуй, лучше заново обратиться к блоковскому противопоставлению, использованному в предыдущем абзаце. Мы видим здесь «острый галльский смысл» во всём его блеске – до такой степени, что, по одному из свидетельств, Стендаль ежедневно читал некоторые тексты ГК для обострения «своего чувства языка», а Поль Валери считал ГК величайшей книгой французской литературы⁵. Похоже, французов мало заботило всё то, что обладало первостепенным значением для германского законодателя. Но было бы заблуждением увидеть здесь низкий уровень техники, а не принципиально другое понимание задач закона, в свою очередь определённого той внешне когнитивной, а на самом деле экзистенциальной причиной, которую мы исследуем – пред-

пониманием. Французское влечение к совершенству во всём, соединённое с логоцентризмом (Деррида) и верностью интеллектуальной жизни [Япп, Сиретт], в правоведении получило выражение в афористичности – многозначительной, но, в отличие от языка германского права, предметной точности любого высказывания. Нормы ФГК отнюдь не казуистичны, как это может показаться, – напротив, французы осознанно оставляли простор для судебного усмотрения. Применяя архитектурную метафору, если немцы возводили сложнейшую многоуровневую конструкцию, заключавшую в себе множество модулей различного объёма, и поэтому тщательно просчитывали все показатели устойчивости, то французы лишь заложили фундамент, построили первый этаж, кое-где второй, не закончили третий – и передали право дальнейшей застройки своим судам. Последние отталкивались от оставленных ФГК контуров, а иногда и заполняли ничем не занятые лакуны.

Российское же предпонимание, или, точнее, правопредпонимание, произрастает из указанной ещё Ф.М. Достоевским *всеотзывчивости* русского народа. Снова возвращаясь к А.А. Блоку, нам внятны и сумрачный германский гений, и галльский острый смысл, и многое другое – слишком многое, например некоторые истинно английские чудачества, неуместные в системе позитивного права, особенно построенной (здесь сказался «сумрачный гений») на пандектном учении. В этом наша огромная сила, но в этом и наша слабость, и её не избежало российское гражданское право, да и интеллектуально его окормлявшая цивилистика. Мы словно бы всё время влюбляемся в другие народы, причём это высокое чувство; мы любим в них лучшее, что в них есть, и готовы с наслаждением это лучшее брать. Но любовь, как известно, всегда слепа – её суть в самозабвении, она требует принадлежать и не задавать, так сказать, лишних вопросов. Объект желания становится абсолютным авторитетом. Между тем первое правило заимствования чужого права состоит в том, что оно должно убеждать не авторитетом, но своей ценностью – причём ценностью сравнительной, то есть при взвешивании преимуществ своего и чужого права последнее должно выглядеть предпочтительнее. При этом его, естественно, ещё важно прочитать – помним о необходимости это делать только в контексте принятой в его языке универсальной конвенции, что российским юристам удаётся тоже не всегда. Слепыми заимствованиями отмечен текст многих положений российского гражданского права. Так, ст. 406.1 является репликой английского института indemnity, и по причине, ясной только из раскрытого вида предпонимания, помещена нашим законодателем в гл. 25 («Ответственность за нарушение обязательств»), не имея ни малейшего отношения к ответственности в том

смысле, в котором эта категория имеет в отечественной цивилистике [Кузнецова: 284]. Другой известный пример – ст. 431.2. (заверения об обстоятельствах). Рассуждения о том, какой именно институт общего права (*representations* или *warranties*) избрал здесь образец для подражания законодатель, стало самостоятельным направлением в нашей науке [Емельянова], но можно утверждать, что в российском праве не найти ответа на вопрос о том, какого рода обязательство возникает в силу недостоверного заверения [Вольфсон 2019: 59]. Заимствованный из ст. § 504(c) Закона об авторском праве США 1976 г. институт *statutory damages*, предусматривающий, наряду с восстановительной, несвойственную российскому частному праву штрафную функцию ответственности [Старженецкий], превратился у нас в компенсации за нарушение исключительного права, в течение более трёх десятков лет устойчиво интригующий практику и доктрину, а также регулярно вызывающий внимание Конституционного суда.

Предпонимание, встречающее воспринимаемое право, неспособно, как ни странно, лишить его двух обязательных свойств его лингвоконвенции – универсальности и универсализма [Вольфсон 2024: 215]. Напомню, согласно этому принципу, у своего права есть только одно правильное прочтение, и никаких прочтений вне своего вовсе не существует. В компаративистике вообще, но особенно в компаративистике русской, это правило при прочтении чужого права создаёт совершенно особый эффект – оно словно бы помещает его в «скафандр»: исследователь смотрит на чужое право так, как если бы то было вещью в себе, реальностью, исключаяющей в своей среде онтологическую и семантическую модальность внешнего мира. Но всеотзывчивость русского духа добавляет к этому восприятию неизбывную готовность влюбиться в эту трансцендентальную реальность. Так появляется ярославская школа частного права.

Предпонимание хорошо знакомо в тех правовых системах, которые становятся или могут стать частью другой системы. Сохраняя родовые свойства универсальности и универсализма своей лингвоконвенции, эти системы чаще других сталкиваются как с попытками включения их в языковую общность верхнего уровня через единый общесистемный закон, так и с эффектом импорта права (поскольку признают над собой юрисдикцию общего правоприменительного органа системы верхнего уровня, благодаря постановлениям которого происходит проникновение в них инкорпорируемых норм). Наиболее простым примером того и другого является Европейский союз. На протяжении долгого времени предпринимаются попытки разработки кодифицирующего акта ЕС – подчеркнём, не источника «мягкого права», а постановления обязательной юридической силы. Такие

попытки ещё в конце 90-х сталкивались с решительным сопротивлением, отсылающим к национальному правопредпониманию [Legrand]. Показательный эффект предпонимания при импорте права, который, повторимся, в теории не должен сопровождаться перенастройкой языковой конвенции заимствующей юрисдикции, имел место при восприятии национальными юрисдикциями общеевропейской версии доктрины оригинальности объектов авторского права. Начиная с первой Директивы ЕС о компьютерных программах 91/250⁶, охрана предоставляется произведениям, признаваемым *the author's own intellectual creation*, что можно перевести как результат умственного труда автора. Получив развитие в правовых позициях Европейского суда справедливости, эта доктрина приобрела содержание, не соответствующее тестам на оригинальность, принятым как в общем праве, так и в странах континентальной семьи. Инкорпорация её всякий раз осуществлялась национальными правопорядками только через фильтры предпонимания, но перенастройка своей системы отрицалась – пожалуй, не вполне чистосердечно. Так, во Франции в деле *Rachot*⁷ из галльской традиции видеть в произведении *l'empreinte de la personnalité de l'auteur*, отпечаток личности автора, суд извлёк вполне объективистский критерий *la marque d'un apport intellectuel de l'auteur* – знак интеллектуального вклада автора. Безоговорочно субъективистская формула *persönliche geistige Schöpfungen* вернулась в германское право бумерангом – уже в объективированном обличьи *own intellectual creation*, что привело и к внесению в ст. 69 (a) (3) Закона «Об авторском праве» ФРГ запрета применять эстетический критерий, но, по свидетельству А. Рахматияна [Rahmatian: 25], немецким комментаторам это не мешает настаивать на том, что охранный способностью считается только та компьютерная программа, которая создана личным духовным усилием автора. Наконец, в Великобритании в деле *Meltwater*⁸ суд и вовсе пришёл к выводу о полной совместимости критериев оригинальности английского права с теми, чтобы выработаны ЕСС.

3. Взаимопроникновение различных схем означивания в пределах одной юрисдикции. В эволюции правовой реальности всегда наступает этап, когда используемые схемы означивания действующих легальных текстов начинают уступать место новым схемам, то есть новому прочтению. Происходит это потому, что право вообще, но особенно частное право, есть выражение реальных, а не умозрительных интересов, а таковые не остаются неизменными, как не остаётся неизменным порождающее их время. Если законодатель не реагирует на эти перемены, то субъективные права превращаются в средство осуществления интересов, уже не направленных на те блага, что представляют ценность переживае-

мого этапа истории, что, вкуче с отсутствием охраны реальных интересов, неизбежно превращает эти права в способ злоупотребления правом. Так и возникает новое прочтение текста. И мы сейчас говорим не о практической нужде в таком прочтении, то есть не о том, что в условиях инерции законодательства преодолеть этот эффект может только альтернативная семантика, а о том, что это смыслонаделение является неизбежным следствием изменившейся реальности, которая служит единственным коррелятом этой семантики и единственным оправданием её носителя, легального языка. Придерживаясь той же онтологической линии, которая привела нас к использованию и раскрытию категории «предпонимание», явление, о котором мы говорим, можно было бы условно назвать «постпониманием».

Один из самых наглядных примеров описываемого явления в истории права даёт нам знаменитое английское дело *Garner v. Burr*⁹: фермер Бэрт выехал на шоссе на своём тракторе, к которому был прицеплен курятник, поставленный им на колёса без пневматического покрытия. Его остановила полиция и потребовала уплатить штраф за нарушение закона «О дорожном движении», который запрещал использование *транспортного средства* (vehicle) с колёсами без шин на асфальтированных дорогах. Фермер считал эту меру ответственности неприменимой к его действиям, поскольку курятник транспортным средством не является. Магистратский суд согласился с ответчиком. Однако апелляционный суд указал, что слово vehicle в данном случае должно пониматься как «любое средство передвижения, поставленное на колёса, в том числе и то, что приводится в движение сторонней тягой». Апелляционный судья, поясняя ratio decidendi своего решения, указал не на то, что следует, отказавшись от прочтения языка закона, применять последний исходя из его «цели», то есть телеологически, но на то, что язык этого закона, а точнее само слово vehicle, должно быть понято не в словарном, а в ином значении, причём парадоксальным образом это новое значение задавалось осознанием цели закона. Иначе говоря, схема означивания текстуальной реальности теперь включает цель как один из способов конструирования Означающего. Постпонимание выразилось в том, что интересы, выраженные в законе, стали осознаваться шире, чем некогда могло показаться самому законодателю, и это привело, через иное означивание текста, к наделению слова vehicle значением, указанным апелляционным судом.

Как мы уже дали понять, подобное неизбежно произойдёт со всеми семантическими единицами легального текста, чьё означивание искусственно обездвиживается гипсом косности. В римском частном праве неизменность квинтских норм привела к уни-

кальному явлению, которое можно было бы назвать *прорастанием* нового права через слой возникшего ранее и местами уже омертвевшего. Интересы менялись или переосмысливались, и частное право, в своём неизбежном преодолении доктринальной и политической предубеждённости, порождало необходимые способы их защиты, тем самым также предупреждая акты злоупотребления. По мнению автора [Вольфсон 2023: 86–102]¹⁰, в римском праве можно указать на четыре таких юридических древа, проросших сквозь реликтовую почву. Во-первых, это включение в преторские формулы притязаний, хотя и не предусмотренных законом, но порождённых обстоятельствами, признаваемыми основаниями иска (intentiones in factum concepto), или же, напротив, отказ в формулировании притязаний, которые опирались не на отношения сторон, а лишь на букву квинтского права (intentiones in jus conceptae). Во-вторых, это преторские эдикты, где определялись группы исков (по существу, норм права), которым претор намерен был давать признание в период своего правления; постепенно складывалась традиция издавать свои эдикты каждым вступающим в должность претором (edictum perpetuum), а затем некоторые эдикты превращались в переходящие (edictum tralaticium); в 125 г. н. э. количественное накопление закономерно завершилось статификацией эдиктного права. В-третьих, это иски bonae fidei, требования из «добрых нравов», которые жили самостоятельной жизнью бок о бок с квинтским правом. В-четвёртых, это exceptiones, оговорки с отрицательным условием, которые включались претором в формулы исков в качестве самостоятельного структурного элемента, с тем чтобы парализовать действие злоупотребительных интенций [Муромцев: 166].

В современном российском праве примером такого прорастания может выступить постепенная утрата судами доверия к старинной, но, по убеждению автора статьи, бесплодной доктрине, согласно которой произведение считается охраноспособным, только если оно создано «творческим трудом автора» (ст. 1228, 1257 ГК РФ). Этот критерий является дважды метафизическим: во-первых, ввиду того, что не верифицируется подлинными интересами участников авторских правоотношений, поскольку спрос на произведения литературы, науки и искусства возникает не в связи с их принадлежностью к результатам творчества, что бы под этим ни понималось, а во-вторых, ввиду того, что попытка положительно установить в произведении признаки творчества заведомо ненаучна. По убеждению автора статьи, которое он воплотил в теории, уже в течение более двух десятков представленной в его трудах¹¹, в авторско-правовой охране нуждаются только художественные (языковые) решения, воспринимае-

мые как уникальные их аудиторией. Неудовлетворённость судов исчерпавшей теоретическую и практическую ценность доктриной «результата творческого труда» приводит к переосмыслению легальной формулы: суды в действительности всё чаще считают достойными охраны только те произведения, которые обладают качеством воспринимаемой уникальности. Подтверждением этого является применение судами презумпции создания произведения творческим трудом¹². Это не только признание неразрешимости задачи установить признаки творчества, но и смирение перед неработоспособностью критерия в целом: любая презумпция фиксирует наиболее вероятное положение, но последовательное применение презумпции творчества привело к признанию охраноспособными произведений, которые ни один разумный человек не согласился бы признать отмеченными тем, что, при всех амплитудах смысла, принято называть творчеством.

Заключение. Во второй части статьи были исследованы несколько видов взаимодействия правовых систем как языковых общностей. При инкорпорации (импорте) права вся необходимая работа по означиванию заимствуемого правового положения осуществляется «юрисдикцией-экспортёром», вследствие чего схемы означивания импортирующего правового порядка не подвергаются перенастройке. Далее было раскрыто явление предпонимания, онтологические корни которой определяют зависимость свойств национальных правовых порядков от склонностей народов, которые их устанавливают, и к осмыслению любой сторонней реальности через предустановленные когнитивные фильтры. Наконец, мы обсудили на некоторых показательных примерах взаимопроникновение различных схем означивания в пределах одной юрисдикции. Завершая же в целом эту состоящую из двух частей статью, автор хотел бы напомнить читателю о том, что воспринимает её наброском дальнейших исследований. Менее всего мне хотелось бы, чтобы предложенные идеи воспринимались догматически. Ни перечисленные свойства правовых систем как языковых общностей, ни затронутые виды взаимодействия отнюдь не исчерпывают предмет для научного интереса. Напротив, автор хотел бы надеяться, что его работа привлечёт внимание правоведов, особенно цивилистов, к семантическому и лингвистическому обсуждению правовой реальности.

Примечания

¹ Думается, данный подход не колеблет и вероятность того, что квалификация по *lex fori* способна привести к выбору правового порядка, квалификация по которому исключала бы такой выбор. Может показаться, что иностранному правовому порядку здесь навязывается компетентность и тем самым не выпол-

няется предназначение коллизионного права в целом. Однако квалификация правоотношения по такому правовому порядку только для того, чтобы в итоге исключить этот эффект, представляется нам обходом национального коллизионного регулирования.

² Инкорпорация здесь противостоит тому, что в теории обычно именуют трансформацией, при которой «осуществляется адаптационное изменение содержания международно-правовой нормы в целях обеспечения возможности применения такой нормы во внутрисударственном праве» [Латышев: 124].

³ См. абз. 7 ст. 1 Федерального закона от 30.03.1998 № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней».

⁴ Хайдеггер различал категории «предвзятие», «предусмотрение» и «предсуждение».

⁵ Thieme Hans, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, 1947 [Цвайгерт, Кётц: 133]. Писателей можно понять: трудно не прийти в восторг от такого, например, изложения правила иммобилизации вещей, какое даётся в ст. 525 ФГК: «Зеркала, находящиеся в помещениях, признаются установленными навсегда, если пол, к которому они прикреплены, составляет целое с деревянной рамой. Такое же правило действует в отношении картин и других украшений. Что касается статуй, то они признаются недвижимостями, когда они помещены в нише, сделанной нарочно для их постановки, хотя бы они могли быть сняты без их повреждения или ухудшения».

⁶ Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs. URL: <https://clck.ru/392WbT> (дата обращения: 24 апреля 2024 г.).

⁷ Строго говоря, суд в этом деле рассматривал не инкорпорацию критерия *the author's own intellectual creation*, а близкую по смыслу формулу, незадолго до решения появившуюся во французском праве.

⁸ *Newspaper Licensing Agency Ltd. and others v. Meltwater Holding BV and others* [2010].

⁹ *Garner v Burr* [1951] 1 KB 31.

¹⁰ Более подробно воззрения автора на «прорастание» нового права через реликты квинтского права описаны автором работы в монографии «Право и злоупотребление правом: противостояние».

¹¹ Развёрнутое исследование этой проблемы, в частности, представлено в недавней статье автора «Творчество или уникальность? Фотографические произведения в фокусе охраноспособности», которая в самое ближайшее время будет опубликована в «Журнале Суда по интеллектуальным правам».

¹² Закреплена в абзаце 2 пункта 80 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 10 от 23 апреля 2019 г. «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

Список литературы

Вольфсон В.Л. Взаимодействие правовых систем как языковых общностей (часть первая) // Вестник Костромского государственного университета. 2024. Т. 29, № 1. С. 213–221.

Вольфсон В.Л. Недобросовестность как диагноз злоупотребления субъективным гражданским правом. Москва: Проспект, 2019. 80 с.

Вольфсон В.Л. О модальности должного. Ratio decidendi Европейского суда по правам человека в российском праве // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2014. № 1. С. 18–32.

Вольфсон В.Л. Право и злоупотребление правом: противостояние. Москва: Проспект, 2023. 160 с.

Вольфсон В.Л. Язык догмы: обход невозможен // Мир юридической науки. 2012. № 6. С. 8–19.

Емельянова О.А. Заверения об обстоятельствах. Почему новелла ГК не изменила правоприменительную практику? // Арбитражная практика. 2021. № 5. С. 70–73.

Кузнецова О.А. Новые положения в регламентации гражданско-правовой ответственности // Реформа обязательственного права России: проблемы и перспективы / И.З. Аюшеева, Е.Е. Богданова, Д.Е. Богданов и др. Москва: Проспект, 2018. 416 с.

Лантев П.А. Правовая система России и европейские правовые стандарты // Отечественные записки. 2003. № 2. С. 145–157.

Латышев А.С. Теоретические аспекты юридических механизмов введения в действие международных договоров: трансформация, имплементация, инкорпорация // Экономика. Право. Общество. 2019. № 2 (18). С. 122–129.

Муромцев С.А. О консерватизме римской юриспруденции // Избранные труды по римскому и гражданскому праву. Москва: Центр Юрифор, 2004. 765 с.

Старженецкий В.В. Статутные убытки в праве интеллектуальной собственности РФ: эволюция и актуальные проблемы // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 9. С. 116–147.

Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. Т. 1. Основы: пер. с нем. Москва: Междунар. отношения, 2000. 480 с.

Япп Н., Сиретт М. Эти странные французы / пер. с англ. И. Тогоевой. Москва: Эгмонт Россия ЛТД., 2001. 72 с.

Endicott Timothy. Law and Language. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2022 Edition), ed. by Edward N. Zalta.

Légrand Pierre. Against a European Civil Code. The Modern Law Review, vol. 60, No. 1 (Jan., 1997), pp. 44–63.

Rahmatian Andreas. Originality in UK Copyright Law: The Old “Skill and Labour” Doctrine Under

Pressure. IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2013, vol. 44, pp. 4–34.

References

Emel'ianova O.A. *Zavereniia ob obstoiatel'stvakh. Pochemu novella GK ne izmenila pravoprimeritel'nuiu praktiku?* [Representations: Why Hasn't the Civil Code's Novel Changed Law Enforcement Practice?]. *Arbitrazhnaia praktika* [Arbitration practice], 2021, No. 5, pp. 70–73. (In Russ.)

Japp N., Sirett M. *Eti strannye frantsuzy* [Those Strange French], trans. from English by I. Togoëva. Moscow, Egmont Rossiia Ltd. Publ., 2001, 72 p. (In Russ.)

Kuznetsova O.A. *Novye polozeniia v reglamentatsii grazhdansko-pravovoi otvetstvennosti* [New provisions in the regulation of civil liability]. *Reforma obiazatel'stvennogo prava Rossii: problemy i perspektivy* [Reform of the Law of Obligations in Russia: Problems and Prospects], ed. by I.Z. Aiusheeva, E.E. Bogdanova, D.E. Bogdanov etc. Moscow, Prospekt Publ., 2018, 416 p. (In Russ.)

Laptev P.A. *Pravovaia sistema Rossii i evropeiskie pravovye standarty* [Russian Legal System and European Legal Standards]. *Otechestvennye zapiski* [Annals of the Fatherland], 2003, No. 2, pp. 145–157 (In Russ.)

Latyshev A.S. *Teoreticheskie aspekty iuridicheskikh mekhanizmov vvedeniia v deistvie mezhdunarodnykh dogovorov: transformatsiia, implementatsiia, inkorporatsiia* [Theoretical Aspects of Legal Mechanisms For the Implementation of International Treaties: Transformation, Implementation, Incorporation]. *Ekonomika. Pravo. Obshchestvo* [Economics. Law. Society], 2019, No. 2 (18), pp. 122–129. (In Russ.)

Muromtsev S.A. *O konservatizme rimskoi iurisprudentsii* [On the Conservatism of the Roman Jurisprudence]. *Izbrannye trudy po rimskomu i grazhdanskomu pravu* [Selected Works on the Roman and Civil Law]. Moscow, Tsentr Iurinform Publ., 2004, 765 p. (In Russ.)

Starzhenetskii V.V. *Statutnye ubytki v prave intellektual'noi sobstvennosti RF: evoliutsiia i aktual'nye problemy* [Statutory Damages in the Intellectual Property Law of the Russian Federation: Evolution and Current Problems]. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiia Rossiiskoi Federatsii* [The Herald of Economic Justice], 2015, No. 9, pp. 116–147. (In Russ.)

Tsvaigert K., Ketts Kh. *Vvedenie v sravnitel'noe pravovedenie v sfere chastnogo prava: v 2 t. T. 1: Osnovy* [Introduction to the Comparative Legal Studies: in 2 vols. Vol. 1: Fundamentals], trans. from German. Moscow, Mezhdunarodnye otnosheniia Publ., 2000, 480 p. (In Russ.)

Vol'fson V.L. *Vzaimodeistvie pravovykh sistem kak iazykovykh oushchnostei (chast' pervaiia)* [The Interaction of Legal Systems as Linguistic Communities (part one)]. *Vestnik Kostromskogo gosudarstvennogo uni-*

versiteta [Vestnik of Kostroma State University], 2024, vol. 29, No. 1, pp. 213-221. (In Russ.)

Vol'fson V.L. *Nedobrosovestnost' kak diagnost zloupotrebleniia sub'ektivnym grazhdanskim pravom* [Bad Faith as a Diagnosis of Abuse of Law in the Exercise of Subjective Right]. Moscow, Prospekt Publ., 2019, 80 p. (In Russ.)

Vol'fson V.L. *O modal'nosti dolzhnogo. Ratio deciden-di Evropeiskogo suda po pravam cheloveka v rossii-skom prave* [The Modality of the Duty: Ratio Deciden-di of the European Court of Human Rights in the Russia legal system]. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo universite-ta. Pravo* [Vestniks of Saint Petersburg University. Law], 2014, No. 1, pp. 18-32. (In Russ.)

Vol'fson V.L. *Pravo i zloupotreblenie pravom: protivostoianie* [Law and Abuse of Law: a Challenge]. Moscow, Prospekt Publ., 2023, 160 p. (In Russ.)

Vol'fson V.L. *Iazyk dogmy: obkhod nevozmo-zhen* [Dogma Language: Evasion Impossible]. *Mir juri-*

dicheskoi nauki [World of Legal Sciences], 2012, No. 6, pp. 8-19. (In Russ.)

Endicott Timothy Law and Language. The Stanford Encyclopedia of Phi-losophy (Spring 2022 Edition), ed. by Edward N. Zalta.

Legrand Pierre Against a European Civil Code. *The Modern Law Re-view*, vol. 60, No. 1 (Jan., 1997), pp. 44-63.

Rahmatian Andreas Originality in UK Copyright Law: The Old "Skill and Labour" Doctrine Under Pressure. *ИИ - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2013, vol. 44, pp. 4-34.

Статья поступила в редакцию 12.05.2024; одо-брена после рецензирования 30.05.2024; принята к пуб-ликации 31.05.2024.

The article was submitted 12.05.2024; approved after reviewing 30.05.2024; accepted for publication 31.05.2024.