

Роберт Алекси

Понятие и действительность права

(ответ юридическому позитивизму)

Robert Alexy

Begriff und Geltung des Rechts



Robert Alexy

Begriff und Geltung des Rechts

**Verlag Karl Alber Freiburg / München
2005**

Serie: Deutsche Rechtsliteratur: aktuelle Beiträge
Band 1

Zusammengestellt und eingeleitet von Wilfried Bergmann

Robert Alexy

Begriff und Geltung des Rechts

Übersetzung ins Russische

*Die Herausgabe dieses Bandes wurde möglich durch die Unterstützung
Programmes Modernisierungspartnerschaft des Petersburger Dialoges*



infotropic
media

Москва • Берлин

Инфотропик Медиа 2011

Серия
Германская юридическая литература: современный подход
Книга 1

Составитель и издатель серии Вильфрид Бергманн

Роберт Алекси

Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму)

Перевод с немецкого

*Издание осуществлено при поддержке
«Петербургского диалога» в рамках программы
«Партнерство в сфере модернизации»*



infotropic
media

Москва • Берлин

Инфотропик Медиа 2011

УДК 34.01
ББК 67.01
А48

Автор – Роберт Алекси, профессор, доктор публичного права и философии права, руководитель кафедры Университета им. Христиана Альбрехта г. Киль (Германия).

Перевод на русский язык выполнил А.Н. Лаптев, при участии Ф. Кальшойера. Научное редактирование перевода осуществила проф. Т.Ф. Яковлева.

Алекси, Роберт.

А48

Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) = Robert Alexy. Begriff und Geltung des Rechts ; пер. с нем. / [А. Лаптев, Ф. Кальшойер] ; [В. Бергманн, пред., сост.] ; [Т. Яковлева, науч ред.]. – М. : Инфотропик Медиа, 2011. – 192 с. – (Германская юридическая литература: современный подход : серия ; Кн. 1). – Доп. тит. л. нем. – ISBN 978-5-9998-0030-5.

Агентство СІР РГБ

Центральная тема книги относится к «вечным вопросам» философии и теории права – соотношение права и морали.

Проф. Р. Алекси, исследуя юридический позитивизм, оспаривает требование исключить элементы морали при определении права. На ярких примерах автор показывает не только теоретическое, но и большое практическое значение правильного ответа на поставленный вопрос. Ведь в конечном итоге речь идет о том, является ли чрезвычайно несправедливое право правом вообще и, следовательно, нужно ли ему подчиняться и может ли оно служить оправданием нарушения прав человека.

Проф. Р. Алекси критикует юридический позитивизм и приводит убедительные доводы в пользу такого определения права, которое включало бы в себя элементы морали. Сопоставляя различные понятия права, автор предлагает оригинальную концепцию права, отвечающую современным вызовам в контексте нарастающей глобализации.

Книга Р. Алекси была переведена и опубликована на 9 иностранных языках, теперь впервые переведена и издается на русском языке.

Для юристов, философов, историков права.

© Автор: Р. Алекси, 2005

© Перевод: А.Н. Лаптев, Ф. Кальшойер, 2011

© Научное редактирование: Т.Ф. Яковлева, 2011

© Составитель и издатель серии: В. Бергманн, 2011

ISBN 978-5-9998-0030-5

© Инфотропик Медиа, 2011

Предисловие составителя и издателя серии

Изучение основ права, в том числе теории, философии и методологии права, служит необходимой предпосылкой понимания права и надлежащего его применения. По этой причине в международном сотрудничестве в сфере права большое значение придается ознакомлению с инструментарием познания, с образом мышления юристов и правоведов зарубежных стран. Книга Р. Алекси открывает прекрасную возможность войти в этот мир, демонстрирует готовность к диалогу германских и российских юристов.

Перевод столь сложного материала с одного языка на другой доставил немало проблем, связанных с интерпретацией понятий; частично они были разрешены с помощью пояснительных примечаний автора.

В работе над книгой прежде всего мне бы хотелось поблагодарить г-на А. Лаптева, г-на Ф. Кальшойера, подготовивших исходный перевод. Искренней признательности заслуживает научный редактор Татьяна Яковлева, компетентность и настойчивость которой в работе над текстом позволили завершить подготовку книги к публикации на русском языке.

Особую благодарность я выражаю Издательству «Herder» за его активную поддержку публикации книги на русском языке.

Профессор, доктор юридических наук *Вильфрид Бергманн*
Бонн, август 2011

Geleitwort des Herausgebers

Die Beschäftigung mit den Grundlagen des Rechts, insbesondere mit der Rechtstheorie, der Rechtsphilosophie und der Rechtsmethodik, ist Voraussetzung sowohl für das Verständnis des Rechtes sowie für die sachgerechte Rechtsanwendung. In der internationalen Rechtszusammenarbeit ist deshalb die Kenntnis der Denkweise der Juristen aus anderen Ländern zu diesen Rechtsfragen von großer Bedeutung. Das Buch von Alexy bietet hierzu einen guten Einstieg und ist hilfreich für die Rechtsgespräche zwischen deutschen und russischen Juristen.

Die Übertragung der komplexen Materie von einer Sprach in die andere bereitet eine Reihe von Interpretationsproblemen, die teilweise mit erläuternden Fußnoten gelöst wurden.

Zunächst ist jedoch denen zu danken die die Ausgangsübersetzung erstellt haben: Herr A. Laptev und Herr F. Kalscheuer. Einen besonderen Dank verdient jedoch die wissenschaftliche Redakteurin, Frau Prof. Dr. Tatjana Jakovleva, die mit viel Sachkunde, aber auch mit großem Engagement das Buch in russischer Sprache zur Druckreife gebracht hat.

Sollten sich dennoch, trotz größter Sorgfalt, einzelne Fehler eingeschlichen haben, sind Herausgeber und Verlag für jeden Hinweis dankbar.

Professor Dr. iur. *Wilfried Bergmann*
Bonn im August 2011

От автора

Предлагаемая книга появилась на свет в период исследовательского семестра в рамках совместного с Ральфом Драйером проекта, нацеленного на создание краткого курса теории права. Поскольку объем монографии значительно превысил объем одной главы запланированного совместного произведения, я решил опубликовать ее отдельно. Эрнесто Гарзон Вальде и Майнольф Вевель побудили меня сделать это, за что я и благодарю их. Особую признательность я выражаю Ральфу Драйеру. Его влияние на протяжении многих лет отчетливо проступает во всем. Однако я несу полную ответственность за допущенные ошибки. Далее я должен поблагодарить г-жу Хайнке Дитмар за ее бесконечное терпение и тщательность при подготовке книги к публикации, а также Мартина Боровски, Карстена Хайдеманна и Мариуса Рабе за помощь, оказанную при редактировании рукописи.

Роберт Алекси
Киль, январь 1992

Сведения об авторе

Роберт Алекси родился 9 сентября 1945 г. в г. Ольденбург (Германия). В 1968–1973 гг. изучал юриспруденцию и философию в университете г. Геттинген (Германия), имеет два высших образования (философское и юридическое). На философском факультете он учился у известного немецкого философа Гюнтера Патцига.

В 1976 г. Р. Алекси защитил диссертацию на тему «Теория юридической аргументации», которая была отмечена премией Академии наук в Геттингене, а в 1984 г. – вторую диссертацию на тему «Теория конституционных прав». Обе диссертации были написаны под руководством профессора Ральфа Драйдера и защищены в университете Геттингена.

Начиная с 1986 г. и по настоящее время Р. Алекси является профессором публичного права и философии права на юридическом факультете университета им. Христиана Альбрехта, г. Киль (Германия) и руководит соответствующей кафедрой.

С 1994 по 1998 гг. был президентом Германского отделения Международной ассоциации философии права и социальной философии (IVR). С 2002 г. – постоянный член Академии наук в Геттингене, с 2003 г. – член Исполкома IVR. Почетный доктор университетов в Аликанте (Испания), Антверпене (Бельгия), Буэнос-Айресе и Тукумане (Аргентина) и Лиме (Перу). В мировом научном сообществе Р. Алекси известен как эксперт по конституционному праву.

Р. Алекси – один из самых влиятельных современных философов права как в Германии, так и в мире. В юридической научной среде Германии имя Р. Алекси авторитетно прежде всего

благодаря его дифференциации правил и принципов, основанной на идеях Р. Дворкина, а также вкладу в теорию правового дискурса и развитию философских концепций Ю. Хабермаса. Р. Алекси приобрел мировую известность в первую очередь как сторонник понятия права, которое включает в себя моральные принципы на основе формулы Г. Радбруха, и как критик юридического позитивизма. В традициях аналитической философии юридические и философские труды Р. Алекси отличаются особой ясностью, как в языковом, так и в методологическом отношении.

К сфере научных интересов профессора Р. Алекси относятся темы права и морали, теории дискурса, прав человека, методологии юридической науки, теории справедливости, нормы, правовой системы. Фундамент его работ по философии и юриспруденции составляют воззрения Аристотеля, И. Канта и Г. Фреге. Среди философов права особое место для Р. Алекси занимают Ганс Кельзен, Г.Л.А. Харт, Г. Радбрух и А. Росс.

Роберт Алекси является автором более 150 научных публикаций, в том числе фундаментальных монографий «Теория юридической аргументации» (1978), «Теория конституционных прав» (1985), «Понятие и действительность права» (1992). Полный список его публикаций доступен на интернет-сайте кафедры проф. Р. Алекси (<http://www.alexu.jura.uni-kiel.de/schriftenverzeichnis>).

Многие из работ профессора Р. Алекси переведены на иностранные языки и переизданы. Русскоязычные читатели имели возможность познакомиться с некоторыми его работами, переводы которых были опубликованы на русском языке: Природа философии права // Проблемы философии права. Том II. Київ, 2004. С. 19–26; Сбалансированность, конституционный контроль и представительство // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 2. С. 113–118; Юридическая аргументация как рациональный дискурс // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. СПб., 2009. С. 446–456; Дуальная природа права // Правоведение. 2010. № 2. С. 138–152.

От переводчиков

Книга «Понятие и действительность права», предлагаемая вниманию российских читателей, впервые была опубликована в Германии в 1992 г. (*Robert Alexy. Begriff und Geltung des Rechts*. Karl Alber Verlag: Freiburg, München, 1992) и уже выдержала четыре издания (четвертое издание – 2005). Кроме того, книга переведена и опубликована на девяти иностранных языках: испанском (1994 – переиздана в 1997), итальянском (1997), корейском (2000 – переиздана в 2007), английском (2002 – переиздана в 2010), шведском (2005), арабском (2006), румынском (2008), словацком (2009) и португальском (2009).

Роберт Алекси исследует вопрос о соотношении права и морали, который относится к категории «вечных вопросов» философии и теории права. На основе ряда примеров автор показывает, что правильный ответ на данный вопрос имеет не только теоретическое, но и большое практическое значение. Ведь в конечном итоге речь идет о вопросе, является ли чрезвычайно несправедливое право правом вообще и, следовательно, нужно ли ему подчиняться, а также – может ли оно служить оправданием для нарушения прав человека. Профессор Р. Алекси критикует юридический позитивизм и приводит убедительные доводы в пользу того, что праву должно быть дано такое определение, которое включает в себя моральные элементы (соединительный тезис).

Р. Алекси обосновывает соединительный тезис с помощью различных аргументов, особое место среди которых занимает аргумент правильности. Согласно данному аргументу как отдельные правовые нормы и правовые решения, так и правовые системы в целом, с необходимостью содержат в себе притязание на правильность. Системы норм, которые не содержат в себе притязания на правильность ни напрямую, ни косвенно, по мнению Р. Алекси, не являются правовыми системами. Так, например, первая статья конституции государства не может иметь следующее содержание:

«X является суверенной, федеративной и несправедливой республикой».

Также не может судья вынести, например, такой приговор:

«Подсудимый приговаривается к пожизненному заключению, что является результатом неправильного толкования действующего права».

Приведенные выше примеры содержат, по мнению Р. Алекси, логическую ошибку в форме перформативного противоречия. Концепция перформативного противоречия основывается у Р. Алекси на идеях английского философа Джона Лэнгшо Остина и его знаменитом примере высказывания, содержащего перформативное противоречие: «The cat is on the mat but I do not believe it is» («Кошка сидит на ковре, но я не верю в это»). Таким образом, делает вывод Р. Алекси, аргумент правильности показывает, что в каждой правовой системе, которая не содержит в себе перформативных противоречий, существует необходимая связь между правом и какой-либо формой морали. Это, по его мнению, доказывает

существование терминологически необходимой связи между правом и моралью.

Р. Алекси также предлагает свое собственное определение права: правом является совокупность норм, которые 1) установлены надлежащим образом, 2) в общем и целом социально эффективны, и 3) не являются чрезвычайно несправедливыми (в смысле формулы Радбруха). Как известно, формула Г. Радбруха направлена на достижение баланса между справедливостью и требованием правовой определенности и стабильности. Согласно данной формуле законам только тогда нужно отказать в правовой природе, когда они столь вопиюще несовместимы со справедливостью, что фактически полностью ее отрицают. Таким образом, исходя из требования правовой определенности и стабильности, моральные требования к праву Р. Алекси ограничивает до определенного минимума.

Предлагаемая российскому читателю книга «Понятие и действительность права» профессора Р. Алекси впервые переведена на русский язык. Настоящий перевод выполнен с немецкого издания 2005 г., которое вышло в свет в издательстве Karl Alber Verlag (Freiburg, München) и является четвертым стереотипным изданием книги в Германии. Для контроля перевода использовался авторизированный английский перевод, который был выполнен американским профессором права Стэнли Л. Паульсоном и его супругой Бонни Паульсон: Robert Alexy, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism* / Translated by Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson. Oxford University Press, 2002.

Переводчики выражают глубокую признательность Арсению Александровичу Краевскому (Санкт-Петербург) за неоценимую помощь, оказанную при редактировании переведенного текста и за его ценные комментарии по существу перевода.

Остается добавить, что цитируемые в книге источники, опубликованные на русском языке, для удобства российских читателей приводятся в примечаниях к настоящему изданию в квадратных скобках, а также в списке литературы.

Алексей Лантев,
юридический референт секретариата
Европейского Суда по правам человека,
г. Страсбург (Франция),
Dr. iur., Германия,
LL.M. (Kiel),
Фите Кальшойер,
дипломированный юрист (Германия),
докторант проф. Роберта Алекси,
университет им. Христиана Альбрехта, г. Киль (Германия),
стипендиат Фонда им. Фридриха Эберта.

Страсбург – Киль, август 2011 г.

Оглавление

Предисловие составителя и издателя серии	V
Geleitwort des Herausgebers	VI
От автора	VII
Сведения об авторе	VIII
От переводчиков	X
Глава 1. Проблема юридического позитивизма	1
Глава 2. Понятие права	13
Глава 3. Действительность права	103
Глава 4. Определение	155
Приложения	163
Основной закон Федеративной Республики Германия от 23 мая 1949 г. по состоянию на 2007 г. (Извлечение)	163
Латинские юридические изречения	167
Указатель литературы	168

Р. Алекси. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму)

Глава 1.

Проблема юридического позитивизма 1

I. Основные позиции 3

II. Практическое значение спора
о юридическом позитивизме 5

1. Законная несправедливость 5

2. Развитие права 8

Глава 2.

Понятие права 13

I. Главные элементы 15

II. Позитивистские понятия права 16

1. Понятия права, в основе которых
лежит действительность 16

1.1 Внешний аспект 17

1.2. Внутренний аспект 18

2. Понятия права, в основе которых
лежит надлежащее установление 19

III. Критика позитивистских понятий права 23

1. Разделительный и соединительный тезисы 23

2. Терминологические рамки 27

2.1. Понятия права, не включающие
и включающие в себя действительность 27

2.2. Правовые системы
как системы норм и процедур 28

Содержание

2.3.	Позиции наблюдателя и участника	29
2.4.	Квалифицирующие и классифицирующие связи	30
2.5.	Комбинации	31
3.	Позиция наблюдателя	32
3.1	Отдельные нормы	33
3.2.	Правовые системы	37
4.	Позиция участника	42
4.1.	Аргумент правильности	43
4.2.	Аргумент несправедливости	48
4.2.1.	Отдельные нормы	48
4.2.1.1.	Языковой аргумент	49
4.2.1.2.	Аргумент ясности	52
4.2.1.3.	Аргумент эффективности	55
4.2.1.4.	Аргумент правовой определенности и стабильности	64
4.2.1.5.	Аргумент релятивизма	66
4.2.1.6.	Аргумент демократии	70
4.2.1.7.	Аргумент ненужности	71
4.2.1.8.	Аргумент честности	74
4.2.1.9.	Вывод	78
4.2.2.	Правовые системы	79
4.2.2.1.	Тезис влияния	80
4.2.2.2.	Тезис краха	83
4.3.	Аргумент принципов	86
4.3.1.	Тезис инкорпорации	89
4.3.2.	Тезис морали	94
4.3.3.	Тезис правильности	96

Глава 3.

Действительность права 103

I. Понятия действительности 105

1.	Социологическое понятие действительности	105
2.	Этическое понятие действительности	107
3.	Юридическое понятие действительности	107

II. Коллизии действительности	109
1. Правовая и социальная действительность	109
1.1. Системы норм	109
1.2. Отдельные нормы	111
2. Правовая и моральная действительность	112
2.1. Системы норм	112
2.2. Отдельные нормы	114
III. Основная норма	117
1. Аналитическая основная норма (Кельзен)	118
1.1. Понятие основной нормы	118
1.2. Необходимость основной нормы	122
1.3. Возможность основной нормы	127
1.4. Содержание основной нормы	129
1.5. Статус и функции основной нормы	131
1.5.1. Функции	131
1.5.1.1. Трансформация категорий	131
1.5.1.2. Установление критериев	131
1.5.1.3. Создание единообразия	132
1.5.2. Статус	133
1.5.2.1. Необходимая предпосылка	134
1.5.2.2. Возможная предпосылка	135
1.5.2.3. Мыслимая норма	137
1.5.2.4. Способность обоснования	141
2. Нормативная основная норма (Кант)	144
3. Эмпирическая основная норма (Харт)	152

Глава 4.

Определение 155

Приложения 163

Основной закон Федеративной Республики Германия
от 23 мая 1949 г. по состоянию на 2007 г.

(Извлечение) 163

Латинские юридические изречения 167

Указатель литературы 168

Глава 1.
Проблема юридического
позитивизма

I. Основные позиции

Главной проблемой в споре о понятии права является соотношение права и морали. Несмотря на дискуссию, которая длится более двух тысяч лет¹, две основные позиции по-прежнему соперничают друг с другом: позитивизм и непозитивизм.

Все теории позитивизма исходят из *разделительного тезиса (Trennungsthese)*, согласно которому понятию права должно быть дано определение, не включающее в себя моральных элементов. Разделительный тезис предполагает отсутствие терминологически необходимой связи между правом и моралью, между тем, что право предписывает, и тем, что требует справедливость, или, иными словами, между правом как оно есть и тем, каким оно должно быть. Один из известнейших представителей юридического позитивизма *Ганс Кельзен* воплотил эту мысль в следующей формуле: «Следовательно, всякое произвольное содержание может быть правом»².

Таким образом, в распоряжении позитивизма остаются лишь два элемента для определения понятия права:

¹ В качестве примера можно привести вопрос, заданный *Алкивиадом Периклу*, о котором рассказывает *Ксенофонт*: «Так если и тиран захватит власть в государстве и предпишет гражданам, что следует делать, и это закон?». См.: *Xenophon. Memorabilien oder Erinnerungen an Sokrates*. Berlin, 1917. S. 16 [русское издание: *Ксенофонт. Воспоминания о Сократе* / Пер. с греч. М., 1993. С. 17]. И сегодня, если под «законом» понимать юридически действительный закон, ответы на этот вопрос могут быть различны.

² *Kelsen H. Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 201 [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 74].

надлежащее или авторитетное³ установление права и его социальная действенность (эффективность). Многочисленные варианты юридического позитивизма⁴ являются следствием различного толкования этих элементов и придания большего значения одному из них⁵. Общим для них выступает утверждение: то, что есть право, зависит исключительно от того, что соответствующим образом установлено и/или является действенным. При этом правильность содержания не играет роли.

Сторонники непозитивизма, напротив, исходят из *соединительного тезиса* (*Verbindungsthese*), согласно которому понятию права должно быть дано определение, включающее в себя моральные элементы. При этом ни один серьезный непозитивист не исключает из понятия права такие элементы, как надлежащее установление и социальная действенность. Единственное, что его отличает от позитивиста, это представление о праве как о понятии, включающем в себя моральные элементы наряду с ориентированными на факты признаками. Здесь также возможны различные толкования и акценты.

³ Выражения «надлежащее установление» и «авторитетное установление» могут применяться как в качестве синонимов, так и иметь различное содержание. В качестве синонимов они применяются к нормам, которые регулируют компетенцию по установлению правовых предписаний, то есть кто и каким образом вправе это делать. Указанные нормы, если они устанавливают процедуру принятия нормативно-правовых актов, являются источником их правового авторитета. То, что надлежащим образом установлено, считается в таком случае авторитетным, и наоборот. Данные выражения не используют в качестве синонимов, если оборот «надлежащее установление» подразумевает только нормы, устанавливающие компетенцию, тогда как оборот «авторитетное установление», напротив, только или также фактическую власть на установление нормы. Представляется достаточным указать на эти различия. Поскольку фактор власти можно рассматривать как аспект социальной действенности права, в последующем тексте оба выражения применяются в качестве синонимов. Преимущественно речь пойдет лишь о «надлежащем установлении».

⁴ См. об этом: *Ott W. Der Rechtspositivismus*. Berlin, 1976. S. 33–98.

⁵ См.: *Dreier R. Der Begriff des Rechts // Dreier R. Recht – Staat – Vernunft*. Frankfurt a.M., 1991. S. 96.

II. Практическое значение спора о юридическом позитивизме

Спор о понятии права – это спор о том, что есть право. Каждый юрист имеет об этом более или менее четкое представление, которое находит выражение в его практической деятельности. Понятие права, лежащее в основе юридической практики, рассматривается в целом как данность, и при разрешении обычных случаев, даже если решение при этом вызывает сомнения, размышлять о понятии права не принято. Иная ситуация возникает при рассмотрении неординарных, нестандартных случаев. Отступившее в тень юридической практики понятие права извлекается на свет и превращается в проблему, не терпящую отлагательства. Это можно проследить на примере двух решений Федерального конституционного суда Германии (далее именуемого ФКС).

1. Законная несправедливость

В первом решении, Постановлении о гражданстве 1968 года, речь идет о проблеме несправедливости (*Unrecht*), возведенной в ранг закона. § 2 Постановления № 11 от 25 ноября 1941 года (Reichsgesetzblatt. Band I [1941] S. 722), изданного в соответствии с Законом о гражданстве Рейха от 15 сентября 1935 года (Reichsgesetzblatt. Band I [1935] S. 1146), лишал эмигрировавших евреев германского гражданства по расовым мотивам. ФКС должен был решить, лишился ли на основании указанной нормы германского гражданства адвокат-еврей,

который незадолго до начала Второй мировой войны эмигрировал в Амстердам. В 1942 году этот адвокат был депортирован из Амстердама. О его дальнейшей судьбе ничего не известно. Поэтому следовало полагать, что он погиб, и это означает, что возможность восстановления в гражданстве Германии согласно абз. 2 ст. 116 Основного закона была исключена.

Федеральный конституционный суд пришел к выводу, что адвокат не лишился своего германского гражданства, поскольку Постановление № 11 изначально было ничтожно. Обоснование ФКС гласит следующее:

«Право и справедливость не входят в сферу усмотрения законодателя. Представление, что конституционный законодатель все может урегулировать по своему усмотрению, означало бы возврат к свободному от каких-либо ценностей юридическому позитивизму, который уже давно преодолен в юридической науке. Как раз период национал-социалистического режима в Германии показал, что и законодатель может установить несправедливость (BVerfGE 3, 225 [232]). Поэтому Федеральный конституционный суд посчитал возможным не признать за национал-социалистическими „правовыми“ нормами качества права, поскольку они настолько явно противоречат фундаментальным принципам справедливости, что судья, который захотел бы их применить или признать их юридические последствия, вместо правосудного [правового] решения вынес бы противоправное (BVerfGE 3, 58 [119]; 6, 132 [198]). Постановление № 11 нарушило эти фундаментальные принципы. Противоречие со справедливостью достигло в нем такой степени невыносимости, что оно должно рассматриваться как ничтожное с момента его принятия (BGH, RzW 1962, 563; BGHZ 9, 34 [44]; 10, 340 [342]; 16, 350 [354]; 26, 91 [93]). Оно не стало действительным также в

II. Практическое значение спора о юридическом позитивизме

силу применения на практике на протяжении нескольких лет или в силу того, что некоторые затронутые „лишением гражданства“ в свое время смирились с национал-социалистическими мерами или даже объявили о своем согласии с ними. Поскольку однажды установленная несправедливость, которая с очевидностью нарушает основополагающие принципы права, не становится правом в силу того, что она применяется и исполняется на практике»⁶.

Это классический аргумент непозитивистов. За надлежащим образом установленной и на протяжении ее срока применения социально действенной нормой не признается ее действительность или (решение [ФКС] в данном пункте недостаточно четкое) ее правовой характер, поскольку она нарушает надпозитивное право.

Можно задать вопрос: было ли вообще необходимо в Постановлении о гражданстве прибегать к этому аргументу? Конституционный суд мог попытаться обосновать свои выводы исключительно тем, что признание лишения гражданства действительным *сегодня* нарушает общий принцип равенства, предусмотренный абз. 1 ст. 3 Основного закона*, и запрет дискриминации, указанный там же (абз. 3 ст. 3). Хотя эта возможность и уменьшает весомость аргумента непозитивистов в части конкретного дела, разрешенного в соответствии с Постановлением о гражданстве, однако она не умаляет его общего значения. Не в любой ситуации, в которой необходимо оценить правовые последствия несправедливого режима, действует такая

⁶ Bundesverfassungsgericht // Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Band 23 (1968). S. 106 [ссылки на судебные прецеденты приводятся в том виде, в каком они содержатся в оригинале цитируемого Постановления. – Прим. пер.].

* Соответствующие статьи Основного закона приведены в Приложении (см. с. 163). – Прим. ред.

конституция, как Основной закон Федеративной Республики Германия. К тому же известны случаи, в которых решение зависит от того, была ли спорная норма ничтожна изначально, что не может установить никакая конституция, принятая позднее. К примеру, имеются в виду установленные надлежащим образом и социально действенные нормы несправедливого режима, которые предписывают или разрешают меры преследования, нарушающие права человека⁷. Вопрос о том, могут ли подвергнуться наказанию после падения подобного режима лица, которые действовали в соответствии с указанными нормами, в значительной степени зависит от того, были ли эти нормы ничтожны изначально или нет (если не будет принят ретроактивный закон).

2. Развитие права

Во втором решении, Постановлении 1973 года о развитии права посредством судебной практики, речь идет о допустимости судебных решений, выносимых вопреки дословному тексту закона, то есть о допустимости решений *contra legem*. Согласно § 253 Германского гражданского уложения (ГГУ) возмещение морального вреда посредством денежной компенсации, за исключением случаев, специально указанных в законе, невозможно. Федеральный верховный суд не стал следовать этому правилу. С 1958 года во многих случаях он присуждал возмещение морального вреда посредством денежной компенсации, если дело касалось нарушений неимущественных прав личности. В упомянутом случае речь шла о том, что один еженедельный журнал опубликовал вымышленное интервью о частной жизни разведенной супруги последнего шаха Ирана, принцессы *Сорайи*, которое она якобы дала. Федеральный

⁷ См., например: Bundesgerichtshof // Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. Band 2 (1952). S. 174–177.

II. Практическое значение спора о юридическом позитивизме

верховный суд присудил принцессе возмещение морального вреда в размере 15 000 немецких марок. Это противоречило дословному тексту § 253 ГГУ, который допускает возмещение морального вреда только «в случаях, предусмотренных законом». Дело принцессы *Сорайи* к таким случаям не относилось. ФКС одобрил практику Федерального верховного суда. Главная часть его обоснования содержит следующий текст.

«Традиционное подчинение судьи закону, основополагающая составная часть принципа разделения властей и тем самым правового государства, в Основном законе, во всяком случае в части формулировки, изменилось таким образом, что судебная власть связана „законом и правом“ (абз. 3 ст. 20). Таким образом, по общепринятому мнению, отвергается узкий позитивизм в отношении законов. Эта формула полностью поддерживает мысль, что хотя закон и право фактически идентичны в целом, однако не обязательно и не всегда. Право не идентично совокупности писаных законов. Наряду с писаными законами государственной власти при определенных обстоятельствах может существовать иное право, которое имеет свой источник в конституционном правопорядке в качестве смыслового целого и по отношению к писаному закону может действовать как средство исправления или улучшения. Найти его и применить в решении – задача судебной власти»⁸.

⁸ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Band 34 (1973). S. 286–287. Хотя в последующих решениях ФКС часто высказывался более сдержанно в отношении развития права посредством судебной практики и вопреки дословному тексту закона, однако всегда исходил из того, что это возможно. См.: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Band 35 (1974). S. 278–280; Ibid. Band 37 (1975). S. 81; Ibid. Band 38 (1975). S. 396–397; Ibid. Band 49 (1979). S. 318–322; Ibid. Band 65 (1984). S. 190–195; Ibid. Band 71 (1986). S. 362–363; Ibid. Band 82 (1991). S. 11–15.

Это решение подверглось критике. Федеральный конституционный суд упрекали в том, что гражданские суды не имели права самостоятельно решать вопрос об изменении дословного текста § 253 ГГУ. Они должны были в порядке, установленном абз. 1 ст. 100 Основного закона, обратиться в ФКС с запросом о проверке конституционности указанной нормы⁹. Обоснованность приведенного возражения зависит, с одной стороны, от того, является ли правильной непозитивистская интерпретация формулы «закон и право», содержащейся в абз. 3. ст. 20 Основного закона; с другой стороны, от того, как соотносятся между собой положения абз. 3. ст. 20 и абз. 1 ст. 100 Основного закона, если такая интерпретация считается правильной. Здесь нас интересует лишь первый вопрос. Положение «право не идентично совокупности писаных законов» сохраняет свое значение даже тогда, когда по процедуре, предусмотренной абз. 1 ст. 100 Основного закона в системе германского права, решения *contra legem* признаются недопустимыми в принципе. Проблема решений *contra legem* существует в каждой правовой системе. Однако не в каждой правовой системе известна конкретная процедура нормативного контроля в том виде, как ее предусматривает абз. 1 ст. 100 Основного закона. Еще важнее то обстоятельство, что при рассмотрении каждого дела, не имеющего однозначного решения, значение указанного

⁹ Koch H.-J., Rüßmann H. Juristische Begründungslehre. München, 1982. S. 255; см. также: Müller F. «Richterrecht». Berlin, 1986. S. 69–70. § 253 ГГУ относится к доконституционному праву (ГГУ действует с 18 августа 1896 г. – Прим. ред.). Согласно судебной практике ФКС конституционность § 253 ГГУ как доконституционного права можно проверить, осуществляя конкретный контроль над нормами, только в случае, если федеральный законодатель «принял его в свою волю» (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Band 64 (1984). S. 220). В случае, если этого не произошло, гражданские суды могли бы признать § 253 ГГУ частично неконституционным из-за его противоречия абз. 1 ст. 2 в сочетании с абз. 1 ст. 1 Основного закона. Граница буквального текста была бы для них в таком случае преодолена.

II. Практическое значение спора о юридическом позитивизме

положения выходит далеко за рамки решений *contra legem*. Такие случаи возникают тогда, когда подлежащий применению закон является неопределенным и правила юридического толкования не обеспечивают единственно точного результата. Тот, кто отождествляет право с писаными законами и, следовательно, придерживается тезиса позитивизма в отношении законов¹⁰, должен сказать, что в сомнительных случаях решение [по делу] определяется внеправовыми факторами. Совершенно иное понимание характерно для непозитивиста. Поскольку он не отождествляет право с писаными законами, постольку в его понимании решение может быть определено правом, даже если оно не следует в обязательном порядке из закона. Различные мнения о том, что является правом, хотя и не должны вести к различным результатам [судебным решениям], однако такое возможно.

¹⁰ Здесь рассматривается только один вид [юридического] позитивизма – позитивизм в отношении законов. Этот аргумент можно легко перенести на другие виды позитивизма.

Глава 2.

Понятие права

I. Главные элементы

Вопрос формулируется так: какое понятие права является правильным или адекватным? Желая ответить на этот вопрос, должен установить соотношение трех элементов, из которых оно состоит: надлежащее *установление* (*Gesetztheit*), социальная *действенность* (*Wirksamkeit*) и *правильность* содержания (*Richtigkeit*). В зависимости от того, какому элементу придается наибольшее значение, возникают совершенно разные понятия права. Тот, кто делает упор на правильность содержания и не придает значения надлежащему установлению и социальной действительности, получит в чистом виде естественно-правовое или разумно-правовое понятие права. К чисто позитивистскому понятию права придет тот, кто полностью исключит правильность содержания и подчеркнет значение исключительно надлежащего установления и/или социальной действительности. Между этими двумя крайностями располагается множество комбинаций из трех элементов.

Выделение этих элементов показывает, что позитивизм при определении понятия права располагает двумя элементами. Позитивист должен исключить элемент «правильность содержания», однако затем он может по-разному устанавливать соотношение оставшихся элементов. В результате возникает множество вариантов определения. В настоящей работе вначале рассматриваются разновидности юридического позитивизма; и только после этого позитивистское понятие права подвергается критике как недостаточно полное.

II. Позитивистские понятия права

Элементы «социальная действенность» и «надлежащее установление» можно не только по-разному соотносить друг с другом, но и наполнить различным содержанием. Это составляет главную причину существования необозримого множества позитивистских понятий права. Они могут быть разделены на две группы: понятия права, за основу которых принимается [социальная] действенность, и понятия права, за основу которых принимается надлежащее установление. Дополнение «принимается за основу» подчеркивает, что данный элемент является основным, но другой элемент не исключается полностью.

1. Понятия права, в основе которых лежит действенность

Понятия права, в основе которых лежит [социальная] действенность, прежде всего фиксируются в области социологических и реалистических теорий права. Они различаются в зависимости от того, какому аспекту – внешнему или внутреннему – нормы или нормативной системы отдают предпочтение. В большинстве случаев речь идет не о категоричной дихотомии, а, скорее, о весомости того или иного аспекта. Кроме того, часто встречаются комбинации внешнего и внутреннего аспектов¹¹.

¹¹ Пример такой комбинации внешнего и внутреннего аспектов приводит, в частности, Альф Росс. См.: Ross A. On Law and Justice. London, 1958. P. 73–74.

1.1. Внешний аспект

Внешний аспект нормы состоит в регулярности ее соблюдения и/или применения санкций в случае ее несоблюдения. Решающим фактором выступает наблюдаемое, хотя и требующее объяснения, поведение. Большинство социологических определений права исходит из этого положения. В числе примеров таких определений – определения *Макса Вебера* и *Теодора Гайгера*. *Макс Вебер* дает следующее определение:

«Система должна называться ... *правом*, если она внешне гарантирована возможностью (физического или психического) *принуждения* со стороны *специальной группы* людей, действия которой направлены на принуждение к соблюдению правил поведения или преследование нарушений»¹².

Определение *Теодора Гайгера* содержит следующие положения:

«То, что является правом, то есть содержание, которое мне представляется целесообразным обозначить словом „право“, уже давно и подробно разработано: социальный строй централизованно организованного общества, при условии, что данный строй основан на аппарате принуждения, которое монопольно осуществляют специальные органы»¹³.

¹² *Weber M.* Wirtschaft und Gesellschaft. 5. Aufl. Tübingen, 1976. S. 17. Социологическое понятие права *Макса Вебера* в деталях оказалось значительно более сложным. Однако здесь речь идет только об основной идее. Это также относится и к другим примерам определения. О понятии права *Макса Вебера* см.: *Loos F.* Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers. Tübingen, 1970. S. 98–112.

¹³ *Geiger Th.* Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts. 4. Aufl. Berlin, 1987. S. 297.

Понятия права, в основе которых лежит его [социальная] действительность и которые исходят из внешнего аспекта, также можно встретить в сфере юридических наук, особенно в части прагматического инструментализма. Известным примером является следующее определение *Оливера Уэндела Холмса*:

«Предсказания, как суды будут решать на самом деле, и ничего более, являются тем, что я подразумеваю под *правом*»¹⁴.

Определения этого вида исходят в первую очередь из позиции адвоката.

1.2. Внутренний аспект

Внутренний аспект правовой нормы связан с мотивацией (неважно, каким образом достигнутой) ее соблюдения или применения. Решающим здесь выступает психическое отношение. Примером такого определения считается определение *Эрнста Рудольфа Бирлинга*, в котором центральное место занимает признание:

«Правом в юридическом смысле в целом является все, что люди, которые живут вместе в каком-либо обществе, взаимно признают в качестве нормы и правила этой совместной жизни»¹⁵.

¹⁴ *Holmes O.W.* The Path of the Law // Harvard Law Review. 10 (1896–1897). P. 460–461; см. также: *Summers R.S.* Instrumentalism and American Legal Theory. Ithaca, NY, 1982. P. 116–135.

¹⁵ *Bierling E.R.* Juristische Prinzipienlehre. Band 1. Freiburg i.Br., Leipzig, 1894. S. 19.

Другой вариант определения права, в котором внутренний аспект в форме нормативного ожидания в отношении поведения играет существенную роль, предлагает *Никлас Луман*:

«Мы можем теперь определить право как структуру социальной системы, которая основывается на согласованном обобщении нормативных ожиданий (требований), предъявляемых к поведению»¹⁶.

2. *Понятия права, в основе которых лежит надлежащее установление*

Понятия права, за основу которых принимается надлежащее установление, прежде всего разрабатываются в области аналитической теории права, следовательно, в рамках тех направлений теории права, которые в первую очередь сосредоточены на логическом и понятийном анализе юридической практики. В то время как в понятиях права, в основе которых лежит [социальная] действительность, доминирует позиция наблюдателя, понятия права, основу которых составляет надлежащее установление, в первую очередь отражают позицию участника, в особенности позицию судьи.

Классический пример понятия права, за основу которого принимается надлежащее установление, мы находим у *Джона Остина*. Согласно его точке зрения право состоит из приказов:

«Каждый закон или правило ... является приказом»¹⁷.

¹⁶ *Luhmann N. Rechtssoziologie. Band 1. Reinbek bei Hamburg, 1972. S. 105.*

¹⁷ *Austin J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. 5th edn. Vol. 1. London, 1885. P. 88.*

Понятие приказа включает возможность применения санкций.

«Приказ отличается от других видов пожеланий не формой, в которой это пожелание выражено, а властью и намерением приказывающего причинить ущерб или страдания в случае, если пожелание будет проигнорировано»¹⁸.

Не все приказы являются правом, а только те из них, которые вынесены вышестоящей политической инстанцией.

«Из законов или правил, установленных людьми для людей, некоторые установлены политическими лидерами, монархами и руководящими субъектами: лицами, осуществляющими верховную власть и управление в суверенных нациях или независимых политических обществах В отношении совокупности правил, установленных таким образом, или их части применяется термин *право*»¹⁹.

Подводя итог, можно сказать, что *Остин* определяет право как совокупность приказов, установленных суверенной властью и подкрепленных возможностью применения принудительных мер. Более интенсивная ориентация на надлежащее установление вряд ли возможна. Однако и в определении *Остина* элемент [социальной] действенности занимает важное место. Так, *Остин* комбинирует элементы надлежащего установления и [социальной] действенности, понимая под суверенном лицом, которому подчиняются в силу традиции.

¹⁸ *Austin J.* Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. 5th edn. Vol. 1. London, 1885. P. 89.

¹⁹ *Ibid.* Vol. 1. P. 86–87.

«Если значительная часть соответствующего общества в силу традиции подчиняется правителю, который не находится в подчинении у другого правителя, этот правитель является сувереном данного общества»²⁰.

К числу выдающихся представителей юридического позитивизма XX века, ориентированного на надлежащее установление, принадлежат *Ганс Кельзен* и *Герберт Харт*. Кельзен определяет право как «нормативный принудительный порядок»²¹, действительность (*Geltung*) которого базируется на постулируемой основной норме (*Grundnorm*),

«согласно которой вести себя должно в соответствии с фактически установленной, в общем и целом действенной конституцией, а значит, и в соответствии с фактически установленными по этой конституции, в общем и целом действенными нормами»²².

Статус и содержание основной нормы будут подробно рассмотрены далее²³. Необходимо лишь предварительно отметить, что речь идет об абсолютно нейтральной по содержанию, только мысленно представленной или мыслимой норме, которую, по мнению *Кельзена*, надлежит постулировать, чтобы принудительная система могла быть признана правопорядком.

²⁰ *Austin J.* Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. 5th edn. Vol. 1. London, 1885. P. 221.

²¹ См.: *Kelsen H.* Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 45–51 [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 1. М., 1987. С. 63–71].

²² *Ibid.* S. 219 [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 91].

²³ См.: глава 3, III, 1.

Важно здесь только то, что хотя в основе определения *Кельзена* и лежит надлежащее установление, оно также включает в себя элемент действительности.

«Основная норма обуславливает действительность установлением и действительностью; действительностью – в том смысле, что она должна наступить вслед за установлением, чтобы правопорядок в целом и отдельная правовая норма не утратили своей действительности»²⁴.

Согласно *Харту* правом именуется система правил, которая может быть идентифицирована на основании правила познания или признания (*rule of recognition*). Функция названного правила соответствует основной норме *Кельзена*. Ее природа, однако, как далее будет показано, совсем иного вида²⁵. Ее существование является социальным фактом:

« ... правило признания существует только в качестве сложной, но обычно согласованной деятельности судов, официальных и частных лиц по идентификации закона посредством обращения к некоторым критериям. Его существование – это вопрос факта»²⁶.

Применительно к английской правовой системе *Харт* сформулировал суть правила признания в следующем положении: «То, что Королева постановляет в Парламенте, является законом»²⁷.

²⁴ *Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 219* [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 91].

²⁵ См.: глава 3, III, 3.

²⁶ *Hart H.L.A. The Concept of Law. Oxford, 1961. P. 107* [русское издание: *Харт Г.Л.А.* Понятие права / Пер. с англ. СПб., 2007. С. 114].

²⁷ *Ibid. P. 104* [русское издание: *Харт Г.Л.А.* Понятие права / Пер. с англ. СПб., 2007. С. 106, 111].

III. Критика позитивистских понятий права

Краткий обзор позитивистских понятий права показывает, что позиции, представленные в сфере юридического позитивизма, значительно отличаются друг от друга. Общим для них выступает лишь тезис о разделении права и морали. Если бы было точно установлено, что позитивистский разделительный тезис является верным, при анализе понятия права можно было бы ограничиться вопросом: какая интерпретация элементов – [социальная] *действенность и надлежащее установление* – является наиболее правильной и как оба элемента соотносятся между собой? Однако приведенные выше решения Федерального конституционного суда демонстрируют, что разделительный тезис, по меньшей мере, не может рассматриваться как само собой разумеющийся. Поэтому напрашивается вопрос, адекватно ли вообще позитивистское понятие права как таковое. И это зависит от того, какой из тезисов (разделительный или соединительный) окажется правильным.

1. Разделительный и соединительный тезисы

Разделительный и соединительный тезисы подсказывают, какое определение следует дать понятию *право*. Таким способом названные тезисы формулируют результат аргументации, но не отражают аргументы, на которых они основываются. Аргументы, которые можно привести

в их поддержку, делятся на две группы: аналитические и нормативные²⁸.

Важнейший *аналитический* аргумент в пользу позитивистского разделительного тезиса указывает на отсутствие обязательной терминологической связи между правом и моралью. Каждый позитивист должен придерживаться этого тезиса, поскольку, если он допустит, что между правом и моралью существует обязательная терминологическая связь, он не сможет больше утверждать, что понятие *право* не включает в себя моральные элементы. Напротив, непозитивист остается свободным на уровне аналитических аргументов. Он может либо утверждать наличие необходимой понятийной связи, либо отказаться от этого. Если ему удастся доказать существование такой необходимой терминологической связи, он моментально выиграет спор. Если ему не удастся доказать существование необходимой терминологической связи между правом и моралью либо он откажется от утверждения, что она существует,

²⁸ Можно представить существование третьей группы аргументов, а именно эмпирические аргументы. Однако при ближайшем рассмотрении выясняется, что эмпирические аргументы, если речь идет об определении понятия «право» как в свете соединительного, так и разделительного тезисов, превращаются в составную часть аналитических или нормативных аргументов. То, что правовая система, которая не защищает ни жизнь, ни свободу, ни собственность ни одного из субъектов права, не имеет шансов на долгосрочное действие, является эмпирическим тезисом. Однако, защита жизни, свободы и собственности относится также к требованиям морали. Таким образом, можно сказать, что для долгосрочного действия любой правовой системы необходимо выполнять определенные минимальные требования морали. Эмпирический аргумент ведет только до этой точки и не далее. Чтобы установить связь с понятием *право*, следует воспользоваться аналитическим аргументом, согласно которому только системы, имеющие долгосрочное действие, по определению считаются правовыми системами. Наоборот, слияние с нормативным аргументом происходит, например, тогда, когда эмпирический тезис, согласно которому определенные цели, такие как выживание, могут быть достигнуты, только если право наполнено определенным содержанием, используется в качестве аргумента для определенной дефиниции *права* совместно с предположением нормативного характера о том, что эта цель должна быть достигнута.

то и в этом случае спор еще не проигран. Свой тезис, согласно которому понятие *право* содержит компоненты морали, он может попытаться обосновать моральными аргументами.

Разделительный или соединительный тезисы основываются на нормативном аргументе, если утверждается, что не-включение или включение моральных элементов в понятие *право* необходимо для достижения определенной цели или соблюдения определенной нормы. Соединение или разделение, обоснованное таким образом, можно назвать «нормативно необходимым»²⁹. О нормативных аргументах речь идет, к примеру, тогда, когда в пользу разделительного тезиса утверждается, что только он ведет к языковой и терминологической ясности или только он гарантирует правовую определенность и стабильность (*Rechtssicherheit*)*; либо когда в пользу соединительного тезиса заявляют, что только с его помощью наилучшим образом может быть решена проблема законной несправедливости.

В актуальных дискуссиях по поводу понятия права широко поддерживается мнение, согласно которому термин *право* является столь многозначным и неопределенным, что в споре о юридическом позитивизме ничто уже не может быть решено с помощью терминологического анализа³⁰. В этом споре речь идет лишь о «нормативном определении, предложении по определению

²⁹ Нормативную необходимость надлежит четко отличать от необходимости терминологической. Что-либо нормативно необходимое означает не что иное, как то, что это является должным. Действие этого требования можно оспаривать, не вступая в логическое противоречие, как это происходит в случае терминологической необходимости. Таким образом, выясняется, что нормативная необходимость является необходимостью лишь в широком смысле.

* В переводах философской и юридической классики на русский язык встречаются разные варианты дефиниции *Rechtssicherheit*: в трудах Канта – «правовая устойчивость», у Радбруха – «правовая стабильность (безопасность)». В переводе монографии Алекси принято обозначение «правовая определенность и стабильность». – Прим. ред.

³⁰ См.: Ott W. Der Rechtspositivismus. Berlin, 1976. S. 140.

термина»³¹. Такого рода терминологические конструкции по определению могут быть обоснованы только с помощью нормативных аргументов или соображениями целесообразности. Предпосылкой к указанному тезису выдвигается положение о том, что связь между правом и моралью терминологически не является ни невозможной, ни необходимой. Первая часть этого тезиса – утверждение, что связь между правом и моралью терминологически не является невозможной, соответствует действительности. Существуют ситуации, в которых положение: «норма *N* установлена надлежащим образом и социально действительна, однако не является правом, поскольку противоречит фундаментальным принципам» – не содержит в себе противоречия. Но оно должно было бы его содержать, если бы связь между правом и моралью терминологически была невозможна. Напротив, вызывает сомнение вторая часть этого тезиса, а именно утверждение, что связь между правом и моралью терминологически не является необходимой. В дальнейшем будет показано, что такая связь существует. Если это удастся, то ошибочной предстанет распространенная точка зрения, согласно которой в споре о понятии права речь идет исключительно о решениях, согласованных с целесообразностью, которые могут быть обоснованы только с помощью нормативных аргументов. Это не означает, что соображения нормативного характера не играют роли при рассмотрении понятия права. Далее будет показано, что терминологический аргумент, во-первых, обладает только ограниченной сферой действия, а во-вторых, ограниченной силой. Вне сферы действия терминологического аргумента, а также для его усиления необходимы нормативные аргументы. Тезис формулируется следующим образом: во-первых, между правом и моралью существует терминологически необходимая связь; во-вторых, нормативные основания говорят в пользу включения в понятие

³¹ Hoerster N. Zur Verteidigung des Rechtspositivismus // Neue Juristische Wochenschrift. 39 (1986). S. 2481.

право элементов морали, которые, с одной стороны, усиливают терминологически необходимую связь, а с другой, выходят за ее пределы. Таким образом, существуют как терминологически, так и нормативно необходимые связи между правом и моралью.

2. Терминологические рамки

Тезис, согласно которому существуют как терминологически, так и нормативно необходимые связи между правом и моралью, подлежит обоснованию в терминологических рамках, отмеченных пятью отличительными особенностями³².

2.1. Понятия права, не включающие и включающие в себя действительность

Первая отличительная особенность заключается в различии между понятиями права, которые не включают и включают в себя [его] действительность³³. Основание для такого различия существует, и оно ясно просматривается. Так, не вступая в логическое противоречие с самим собой, можно сказать: «*N* является правовой нормой, однако *N* не действует /еще не действует /уже не действует». Далее можно представить идеальную правовую систему и затем, не вступая в противоречие, заметить: «Данная правовая система никогда не будет действовать». Напротив, при ссылке на действующее право нет необходимости говорить о его действительности. Можно просто сказать: «Право требует это». Тем самым становится очевидным, что возможно существование как понятия *право*, которое включает в себя [его] действительность, так и такого понятия, которое ее не включает.

³² См.: Alexy R. Zur Kritik des Rechtspositivismus // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft 37 (1990). S. 11–26.

³³ См. об этом: Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts. Göttingen, S. a. [1957]. S. 32–35; Kantorowicz H. The Definition of Law. Cambridge, 1958. P. 16–20.

Для защиты позитивизма рекомендуется выбрать понятие права, которое включает в себя [его] действительность. Таким способом можно избежать тривиального решения проблемы, то есть определить право без учета его действительности как совокупность норм, к примеру, в отношении внешнего поведения³⁴, чтобы потом заявить, что терминологически необходимой связи между правом и моралью быть не может, поскольку применительно к внешнему поведению можно представить любые нормы с любым содержанием. Включение аспекта действительности в понятие права означает введение в это понятие институционального контекста правотворчества, правоприменения и реализации права. Этот контекст может иметь значение при решении вопроса о терминологически необходимой связи [между правом и моралью].

2.2. Правовые системы как системы норм и процедур

Вторая отличительная особенность состоит в различии между правовой системой в качестве системы норм и правовой системой в качестве системы процедур³⁵. Как система *процедур* правовая система является системой действий, базирующихся на правилах и ими направляемых, посредством которых нормы устанавливаются, обосновываются, толкуются, применяются и реализуются. Как система *норм* правовая система является

³⁴ См.: Dreier R. Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus? // *Rechtstheorie*. 18 (1987). S. 374–375.

³⁵ О правовой системе в качестве системы процедур см.: Alexy R. Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation // *Rechtstheorie*. Beiheft 2 (1981). S. 185–188. К отмеченному здесь различию между нормой и процедурой приближается разделение Лона Л. Фуллера между «целенаправленным усилием, которое ведет к созданию права, и правом, возникающим в результате этого усилия». Fuller L.L. *The Morality of Law* / rev. edn. New Haven, London, 1969. P. 193 [русское издание: Фуллер Л.Л. *Мораль права* / Пер. с англ. М., 2007. С. 230].

системой результатов (или продуктов) процедур по созданию норм, вне зависимости от характера и источника таких процедур. Можно сказать, что тот, кто рассматривает правовую систему в качестве системы норм, ссылается на ее внешнюю сторону. Напротив, речь идет о внутренней стороне, если правовая система рассматривается в качестве системы процедур.

2.3. *Позиции наблюдателя и участника*

Третьей отличительной особенностью выступает различие между позициями наблюдателя и участника. Данная дихотомия многозначна. Здесь дается следующая интерпретация. *Позицию участника* занимает тот, кто в правовой системе участвует в дискуссии о том, что в указанной правовой системе является должным, запрещенным или разрешенным, а также какими полномочиями она наделяет. Центральная роль в позиции участника отводится судье. Если другие участники, например ученые-юристы, адвокаты или интересующиеся правовой системой граждане, приводят аргументы в пользу или против определенного содержания правовой системы, они в итоге ссылаются на то, каким образом должен был бы разрешить дело судья, если он хотел бы решить правильно. *Позицию наблюдателя* занимает тот, кто не спрашивает, что в определенной правовой системе является правильным решением: он ставит вопрос, как в данной правовой системе на самом деле решается [та или иная проблема]. *Норберт Хёрстер* приводит в качестве примера такого наблюдателя белого американца, который со своей чернокожей супругой хотел бы поехать в Южную Африку во время действия законов апартеида и обдумывал юридические детали своего путешествия³⁶.

³⁶ См.: *Hoerster N. Zur Verteidigung des Rechtspositivismus // Neue Juristische Wochenschrift. 39 (1986). S. 2481.*

Различие в позициях участника и наблюдателя сопоставимо с различием, которое *Герберт Харт* выявил между внутренней и внешней точками зрения (*internal /external point of view*)³⁷. О полном соответствии по всем параметрам говорить нельзя, поскольку различие, предложенное *Хартом*, имеет множество значений³⁸. Поэтому здесь необходимо отметить, что в настоящей работе при обсуждении внешней и внутренней точек зрения всегда подразумевается то, что было обозначено в качестве позиции участника и позиции наблюдателя.

2.4. Квалифицирующие и классифицирующие связи

Четвертая отличительная особенность адресуется к двум различным видам связей между правом и моралью. Первый вид должен быть обозначен в качестве «классифицирующего», второй – в качестве «квалифицирующего». Речь идет о классифицирующей связи, когда говорится, что нормы и системы норм, которые не соответствуют определенному моральному критерию, по терминологическим или нормативным причинам не являются правовыми нормами или системами. Речь идет о квалифицирующей связи, когда говорится, что нормы и системы норм, которые не соответствуют определенному моральному критерию, хотя и могут быть правовыми нормами или системами, однако по терминологическим или нормативным причинам содержат в себе правовой недостаток. Решающим фактором выступает то, что упомянутый недостаток является правовым, а не просто моральным. Аргументы, нацеленные на квалифицирующие

³⁷ См.: *Hart H.L.A. The Concept of Law. Oxford, 1961. P. 86–87* [русское издание: *Харт Г.Л.А. Понятие права / Пер. с англ. СПб., 2007. С. 93–94*].

³⁸ См.: *MacCormick N. Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford, 1978. P. 275–292*.

связи, базируются на предположении, что реальность правовой системы должна содержать в себе правовые идеалы. Поэтому вместо «квалифицирующей» связи можно говорить об «идеальной» связи.

2.5. Комбинации

К приведенным четырем отличиям: между понятиями права, не включающими и включающими в себя его действительность, между нормой и процедурой, между наблюдателем и участником и между классифицирующими и квалифицирующими связями – следует добавить пятое, уже рассмотренное различие между терминологически необходимой связью и нормативно необходимой связью [между правом и моралью]. Таким образом, терминологические рамки очерчены полностью. Очевидно, что под тезисом, согласно которому между правом и моралью существует необходимая связь, может иметь место разное содержание. Тезис может включать 32 комбинации признаков, которые представлены пятью отличительными особенностями. Каждая комбинация позволяет сформулировать как тезис, согласно которому необходимая связь существует, так и тезис, что она отсутствует. Следовательно, возникают 64 тезиса. Теперь нужно отметить, что эти 64 тезиса, несомненно, переплетены между собой таким образом, что истинность или ложность одних тезисов влечет за собой истинность или ложность других. Кроме того, существует вероятность, что некоторые комбинации терминологически невозможны. Однако это ничего не меняет: в споре о необходимых связях между правом и моралью речь идет о множестве различных утверждений. Возможное объяснение бесплодности этого спора заключается в том, что его участники нередко не замечают, что тезис, который они защищают, совсем иного свойства по сравнению с тем, который они критикуют, и в результате они не понимают друг друга. Это объяснение

приобретает еще большую убедительность, если учесть, что к пяти приведенным здесь отличиям можно добавить новые, и число возможных тезисов значительно превысит 64.

В настоящей работе количество тезисов уже несколько уменьшено. Автор исходит из понятия права, которое включает в себя его действительность. Дальнейшее упрощение должно быть достигнуто благодаря тому, что основу работы составляют различия между позицией наблюдателя или внешней точкой зрения и позицией участника или внутренней точкой зрения. Иные различия учитываются в рамках этой дихотомии. Таким образом, ставится вопрос: какой тезис – разделительный или соединительный – верен с позиции наблюдателя либо с позиции участника.

3. Позиция наблюдателя

Проблема юридического позитивизма большей частью обсуждается как проблема классифицирующей связи между правом и моралью. Спрашивается, теряют ли нормы нормативной системы характер правовых норм или даже нормативная система в целом утрачивает характер правовой системы в случае нарушения ими какого-либо критерия морали. Тот, кто хочет ответить на этот вопрос положительно, должен показать, что правовой характер норм или нормативных систем исчезает в случае превышения определенного порога несправедливости. Именно этот тезис об утрате правового качества при превышении порога несправедливости (не имеет значения, каким образом определяемого) должен быть обозначен «аргументом несправедливости»³⁹. Аргумент

³⁹ См.: Dreier R. Der Begriff des Rechts // Dreier R. Recht – Staat – Vernunft. Frankfurt a.M., 1991. S. 99. Другие названия: аргумент тирании, аргумент *lex corrupta*, аргумент перверсии, аргумент тоталитаризма.

несправедливости есть не что иное, как соединительный тезис, опирающийся на классифицирующую связь. В первую очередь здесь нуждается в исследовании вопрос, является ли правильным соединительный тезис в форме аргумента несправедливости, если занять позицию наблюдателя. При этом надлежит провести различие между отдельными нормами определенной правовой системы и правовой системой в качестве целого.

3.1. Отдельные нормы

Пожалуй, самая известная версия аргумента несправедливости, который имеет в виду отдельные нормы, принадлежит *Густаву Радбруху*. Он предложил формулу, ставшую знаменитой:

«Конфликт между справедливостью и правовой стабильностью мог бы быть разрешен в том смысле, что позитивное и облеченное властной санкцией право имеет приоритет даже тогда, когда оно по содержанию несправедливо и нецелесообразно. Исключения составляют лишь ситуации, когда действующий закон становится столь вопиюще несовместимым со справедливостью, что закон как “неправильное право” должен уступить место* справедливости»⁴⁰.

* В русском переводе «Философии права» *Радбруха*, осуществленном проф. Ю.М. Юмашевым: «... закон как несправедливое право отрицает справедливость». – *Прим. ред.*

⁴⁰ *Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht // Radbruch G. Rechtsphilosophie. 8. Aufl. Stuttgart, 1973. S. 345* [русское издание: *Радбрух Г. Законное неправо и надзаконное право // Радбрух Г. Философия права / Пер. с нем. М., 2004. С. 233–234*].

Данная формула лежит в основе вышеупомянутого Постановления⁴¹ Федерального конституционного суда по делу о гражданстве, а также целого ряда последующих решений ФКС и Верховного суда Германии⁴².

Возникает вопрос: приемлема ли формула *Радбруха* с точки зрения наблюдателя? В качестве примера вновь может послужить Постановление № 11 к Закону о гражданстве Рейха от 25 ноября 1941 года, посредством которого эмигрировавшие евреи были лишены германского гражданства по расовым мотивам. Федеральный конституционный суд, ссылаясь на формулу *Радбруха*, признал Постановление № 11 ничтожным с момента его принятия. Это решение было вынесено исходя из позиции участника. Но как смог бы изложить дело еврея А, которого лишили гражданства, наблюдатель – современник национал-социалистической правовой системы, к примеру, иностранный юрист, который пожелал бы опубликовать статью о правовой системе национал-социализма в юридическом журнале у себя на родине?

Положение:

(1) А лишился гражданства согласно германскому праву,

понял бы каждый без каких-либо дополнительных пояснений. Совершенно иная ситуация складывается по поводу положения:

⁴¹ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Band 23 (1968). S. 106.

⁴² См.: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Band 3 (1954). S. 119; Ibid. Band 3 (1954). S. 233; Ibid. Band 6 (1957). S. 198; Ibid. Band 6 (1957). S. 332; Ibid. Band 6 (1957). S. 414–415; Ibid. Band 54 (1981). S. 67–68; Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen. Band 3 (1951). S. 107; Ibid. Band 23 (1957). S. 181; Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. Band 2 (1952). S. 177; Ibid. Band 2 (1952). S. 238–239; Ibid. Band 3 (1953). S. 362–363.

- (2) А не лишился гражданства согласно германскому праву.

Если рассмотренное положение не дополнить соответствующей информацией, оно либо дает ложную информацию, либо вызывает недоумение.

Уже это показывает, что с позиции стороннего наблюдателя, принятой во внимание, включение моральных элементов в понятие права в любом случае не является терминологически необходимым. Более того, здесь уместна постановка следующего вопроса: является ли с позиции наблюдателя такое включение терминологически невозможным? Предположим, статья нашего наблюдателя содержит следующее положение.

- (3) А не лишился гражданства согласно германскому праву, хотя все германские суды и административные органы обращаются с А как с лицом без гражданства и ссылаются при этом на содержание нормы, установленной надлежащим образом согласно критериям действительности, являющимся составной частью правовой системы, действенной в Германии.

Поскольку указанное положение высказано наблюдателем, оно содержит в себе противоречие. Для наблюдателя правом считается то, что делают суды и административные органы, если они ссылаются при этом на дословный текст норм, которые установлены надлежащим образом согласно критериям действительности соответственно действенной [в настоящее время] правовой системы. Таким образом, очевидно, что в соответствии с позицией наблюдателя имеет место такое применение термина *право*, при котором классифицирующее включение моральных элементов в понятие права по отношению к отдельным нормам не только не является терминологически

необходимым, но и, более того, – оно является терминологически невозможным. Этому выводу нельзя противопоставить и то, что наш наблюдатель без каких-либо сложностей может закончить свою статью следующим вопросом:

- (4) А лишился гражданства согласно действующим в Германии критериям в установленном порядке. Данное лишение гражданства является также социально действенным, но является ли оно правом?

На этом вопросе мы отвлечемся от позиции наблюдателя и займем позицию критика. При смене позиции термин *право* получает иное значение⁴³. Пока лишь следует отметить, что, с позиции наблюдателя, соединительный тезис *Радбруха* нельзя обосновать терминологически необходимой связью между правом и моралью.

Рассмотренный терминологический или аналитический аргумент дополняется соображениями целесообразности, то есть нормативным аргументом. *Норберт Хёрстер* утверждал, что, во-первых, существует объективная потребность в нейтральном, не содержащем оценки термине для надлежаще установленных и социально действенных норм, содержащихся, например, в упомянутом ранее Постановлении № 11; во-вторых, не существует иной приемлемой альтернативы для термина *право*⁴⁴. Что касается точки зрения наблюдателя,

⁴³ При этом значение меняется как в отношении того, что является терминологически необходимым, так и в отношении того, что является аналитически верным. О тезисе, согласно которому то, что является терминологически необходимым или аналитически верным, зависит от употребления, подробнее см.: *Hamlyn D.W. Analytic and Synthetic Statements // Edwards P. (ed.), The Encyclopedia of Philosophy. Vol. 1. New York, 1967. P. 108.*

⁴⁴ См.: *Hoerster N. Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff // Juristische Schulung. 27 (1987). S. 187.*

с этим утверждением следует согласиться⁴⁵. Таким образом, исходя из позиции наблюдателя, который рассматривает отдельные нормы и исследует классифицирующую связь, и аналитические, и нормативные соображения приводят нас к выводу, что разделительный тезис юридического позитивизма является верным. Занимая позицию наблюдателя, с аргументом несправедливости *Радбруха* согласиться нельзя.

3.2. Правовые системы

То, что считается верным в отношении отдельных норм, не должно относиться к правовой системе в целом⁴⁶. Поэтому надлежит исследовать вопрос, существует ли терминологически необходимая связь между правовыми системами в качестве целого и моралью. Этот вопрос вновь следует рассмотреть с позиции наблюдателя, который ищет классифицирующую связь между правом и моралью и тем самым хочет узнать, потеряет ли система норм качество правовой системы в случае, если она нарушает какие-либо моральные требования.

Различают два вида моральных требований, которые могут находиться в непреложной связи с правовой системой: формальные и материальные. Примером теории, которая отстаивает необходимую связь между формальными моральными критериями и правовой системой, считается теория

⁴⁵ Нельзя согласиться, однако, с расширительным тезисом, согласно которому все, что действует для «исключительно извне описывающей» точки зрения, является верным и для других точек зрения. См.: *Hoerster N. Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff // Juristische Schulung. 27 (1987). S. 187–188.* Различным позициям могут соответствовать различные понятия права, и то, что это действительно так, будет показано ниже.

⁴⁶ См. об этом: *Hart H.L.A. Positivism and the Separation of Law and Morals // Harvard Law Review. Vol. 71 (1958). P. 621* [русское издание: *Харт Г.Л.А. Позитивизм и разграничение права и морали / Пер. с англ. // Правоведение. 2005. № 5. С. 129*].

Лона Фуллера о внутренней морали права (*internal morality of law*). Фуллер рассматривает принципы правового государства (*legality*): всеобщность закона (*generality of law*), обнародование (*promulgation*) и запрет обратной силы законов (*retroactive laws*)⁴⁷. Напротив, речь идет о связи материальных моральных критериев и правовой системы, когда Отфрид Хёффе утверждает, что система норм, нарушающая фундаментальные критерии справедливости, не является правовой системой⁴⁸. Эти фундаментальные критерии справедливости Хёффе определяет с помощью принципа дистрибутивной выгоды (*der distributive Vorteil*), включающего в себя принцип коллективной безопасности, который в свою очередь адресует всем членам правового сообщества требование запретить как умышленное, так и неумышленное убийство, а также грабежи и кражи⁴⁹.

Рассматривая такие связи, надлежит проводить четкую грань между фактическими и терминологическими связями⁵⁰. То обстоятельство, что любая правовая система, которая не содержит норм общего характера, либо содержит тайные нормы или исключительно нормы, имеющие обратную силу, либо не защищает ни жизнь, ни свободу, ни собственность своих членов, вследствие присущих окружающему миру и людям

⁴⁷ См.: Fuller L.L. Op. cit. P. 46–62 [русское издание: Фуллер Л.Л. Мораль права / Пер. с англ. М., 2007. С. 61–80].

⁴⁸ См.: Höffe O. Politische Gerechtigkeit. Frankfurt a.M., 1987. S. 159, 170 [русское издание: Хёффе О. Политика, право, справедливость / Пер. с нем. М., 1994. С. 97–98, 105].

⁴⁹ Ibid. S. 169–171 [русское издание: Хёффе О. Политика, право, справедливость / Пер. с нем. М., 1994. С. 105].

⁵⁰ Лишь фактическую связь имеет в виду Кельзен, когда говорит о том, что «минимум коллективной безопасности» составляет «условие относительно длительной действенности порядка, конституирующего сообщество». Однако он не называет ее необходимым моральным элементом права. См.: Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 49–50 [русское издание: Чистое учение о праве Ганса Кельзена / Сборник переводов. Вып. 1. М., 1987. С. 69].

III. Критика позитивистских понятий права

качеств не имеет шансов на долгосрочное действие и в этом смысле на длительное существование, относится к простым, но важным эмпирическим фактам, которые не нуждаются в дальнейших пояснениях. Более того, встает вопрос: подпадает ли такая система под понятие правовой системы вообще?

Известны два вида социального устройства, которые вне зависимости от того, могут ли они развиваться в долгосрочном периоде или нет, уже по терминологическим причинам не относятся к правовым системам, а именно: бессмысленный порядок и хищнический или грабительский порядок. *Бессмысленный* порядок имеет место тогда, когда группой индивидов управляют таким образом, что невозможно определить последовательные цели правителей, равно как невозможно выяснить, следуют ли подвластные каким-то целям в течение длительного периода. Можно представить себе довольно большое количество людей, которыми управляет группа вооруженных бандитов. Подвластные люди не имеют никаких прав. Внутри вооруженной группы разрешено совершать любое насилие. Кроме этой разрешительной нормы, другие общие нормы отсутствуют⁵¹. Вооруженные бандиты отдают подвластным людям отчасти противоречивые, постоянно меняющиеся и отчасти невыполнимые единичные приказы. Если управляемые выполняют названные приказы, то делают они это исключительно из страха перед насилием. Такое социальное устройство уже по терминологическим причинам не является правовой системой.

Бессмысленный порядок превращается в *хищнический* или *разбойничий* порядок, если бандиты достигнут определенного уровня организации. Предпосылкой этому служит введение

⁵¹ Согласно Кельзену здесь даже нельзя говорить о «банде грабителей», поскольку из-за отсутствия запрета на насилие по отношению к другим бандитам не существует никакого сообщества и поэтому «банды». См.: Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 68 [русское издание: Чистое учение о праве Ганса Кельзена / Сборник переводов. Вып. 1. М., 1987. С. 67–68].

запрета на применение насилия по отношению к другим вооруженным бандитам, а также установление определенной иерархии. Предположим, что для подвластных установлена система правил, единственную цель которой составляет забота о том, чтобы они длительное время оставались объектами, пригодными для эксплуатации. Представим себе крайний случай: один из главных источников дохода бандитов заключается в том, что они регулярно убивают подвластных людей с целью продажи их органов. Чтобы иметь для этого по возможности здоровые жертвы, бандиты запрещают подвластным людям курение, употребление алкоголя и применение насилия. Прав по отношению к бандитам эти правила не подразумевают. Цель эксплуатации очевидна каждому. Бандиты ее не скрывают. Можно спорить о том, является ли нормативная система, действующая среди бандитов по отношению к другим бандитам, правовой системой. В любом случае система в целом уже по терминологическим причинам не является таковой⁵². Чтобы обосновать это утверждение, рассмотрим третий пример социального устройства.

Со временем выясняется, что хищнический порядок нецелесообразен. Бандиты пытаются легитимировать свое господство. Они становятся властителями, а хищнический порядок превращается в порядок господ. Эксплуатация подвластных людей продолжается, однако акты эксплуатации практикуются в соответствии с установленными правилами. По отношению к каждому утверждается, что эта практика правильная, так как

⁵² Бандитская система – это тот случай, когда, по мнению Августина Блаженного, банды грабителей сами по себе представляют аргумент, обосновывающий потерю системой правового качества: «*Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia? Quia et latrocinia quid sunt nisi parva regna?*» [«Что такое царства без справедливости, как не большие разбойничьи банды? И сами разбойничьи банды что такое, как не маленькие царства?»]. См.: *Augustinus A. De civitate dei (Der Gottesstaat)*. Band 1. Paderborn etc., 1979. S. 222 [русское издание: *Августин Блаженный. О граде Божием / Пер. с лат. М., 2000. С. 165*].

III. Критика позитивистских понятий права

она служит высшей цели, например развитию народа. Убийство и ограбление отдельных подвластных, которые на самом деле совершаются исключительно в интересах властителей в целях эксплуатации, по-прежнему возможны. Однако если они совершаются без соблюдения установленной формы, например, без единогласного решения трех членов группы властителей и затем не будут публично оправданы целью развития народа, то лица, их совершившие, подлежат наказанию.

На этой ступени развития превышает определенный порог. Такая система, без сомнения, чрезвычайно несправедлива. Тем не менее терминологические рамки не исключают возможности назвать ее «правовой системой». В чем заключается классифицирующее различие между системой [управления] господ и системами организованных и неорганизованных бандитов? Это различие не связано с действием каких-либо общих правил. Такие правила действуют и в системе организованных бандитов. Различие заключается не в гарантированности защиты жизни, свободы и собственности всех членов общества, хотя бы и в минимальной степени, так как убийство и ограбление подвластных возможно в любое время и в системе господ. Решающее отличие состоит в том, что в практике системы господ закреплено *притязание на правильность*, которое касается каждого. Притязание на правильность составляет необходимый элемент понятия права. Это положение обозначается как «аргумент правильности» и будет обосновано в следующем разделе. Здесь следует лишь отметить, что система норм, которая прямо или косвенно не претендует на правильность, не является правовой системой. Любой правовой системе присуще притязание на правильность⁵³. Таким образом, притязание

⁵³ Это положение образует отправную точку рациональной реконструкции несколько туманного высказывания Радбруха: «Право – это действительность, смысл которой заключается в том, чтобы служить правовой ценности, идее

на правильность имеет классифицирующее значение. Систему норм, которая прямо или косвенно не содержит притязания на правильность, наблюдатель может назвать «правовой системой» в переносном смысле.

Это обстоятельство не ведет к серьезным практическим последствиям. Существующие системы норм, как правило, содержат в себе притязание на правильность, как бы слабо оно ни было обосновано. Важные проблемы с практической точки зрения возникают только тогда, когда притязание на правильность присутствует, однако не соответствует действительности. Большое значение тем не менее приобретают последствия притязания на правильность с точки зрения систематики. Оно (притязание) значительно ограничивает позитивистский разделительный тезис уже с позиции наблюдателя. В данной позиции разделительный тезис действует неограниченно, если речь идет об отдельных нормах. Однако если дело касается правовых систем, его ограничивает (хотя и в крайних случаях, едва ли возможных на практике) предел, который определяется притязанием на правильность. Такое притязание смещается от границы к центру, если речь идет о позиции участника. Тем самым притязание на правильность выступает связующим звеном между этими двумя позициями.

4. Позиция участника

Как уже было отмечено, разделительный тезис юридического позитивизма, исходя из позиции наблюдателя, в основном является верным. Только в крайнем и на практике маловероятном случае, когда система норм даже не содержит в себе притязания на правильность, он наталкивается на границу. Иная

права». См.: *Radbruch G. Rechtsphilosophie*. 8. Aufl. Stuttgart, 1973. S. 119 [русское издание: *Радбрух Г. Философия права* / Пер. с нем. М., 2004. С. 41].

картина возникает, если мы рассматриваем право с позиции участника, например судьи. В этом случае разделительный тезис неадекватен и верным предстает соединительный тезис. Для обоснования сложившейся ситуации следует рассмотреть три аргумента: аргумент правильности, аргумент несправедливости и аргумент принципов.

4.1. Аргумент правильности

Аргумент правильности составляет основу для двух других аргументов – аргумента несправедливости и аргумента принципов. Согласно аргументу правильности как отдельные правовые нормы и отдельные правовые решения, так и правовые системы в целом обязательно содержат в себе притязание на правильность. Системы норм, которые прямо или косвенно не выдвигают такого притязания, к правовым системам не относятся. Поэтому притязание на правильность обладает классифицирующим значением. Правовые системы, которые хотя и выдвигают указанное притязание, однако ему не соответствуют, являются юридически ошибочными правовыми системами. В этом отношении притязание на правильность имеет квалифицирующее значение. Притязание на правильность приобретает исключительно квалифицирующее значение в случае отдельных правовых норм и решений. Они юридически ошибочны, если не претендуют на правильность или не соответствуют названному притязанию.

Можно возразить, что аргумент правильности оказался неверным в том, что притязание на правильность неизбежно связано с правом. Чтобы ответить на это возражение, рассмотрим два примера. В первом примере речь идет о первой статье новой конституции государства X, в котором меньшинство угнетает и эксплуатирует большинство. Меньшинство хотело бы и дальше пользоваться благами эксплуатации, но одновременно ему хотелось бы быть честным. Поэтому его конституционное

совещание принимает следующее положение в качестве первой статьи конституции:

- (1) Х является суверенной, федеративной и несправедливой республикой.

Такая статья конституции содержит в себе нечто ошибочное⁵⁴. Возникает вопрос, в чем состоит ошибка?

Можно предположить, что ошибка заключается лишь в том, что эта статья нецелесообразна. Меньшинство хочет сохранить несправедливый статус-кво, однако шансы достигнуть этой цели уменьшаются, если оно (меньшинство) не утверждает, что статус-кво справедлив. Такая *техническая ошибка* на самом деле здесь присутствует. Однако это еще не объясняет ошибочность приведенной статьи в целом. Предположим, новая статья ликвидирует существующую монархию посредством оговорки о республике. Далее предположим, что угнетаемое большинство глубоко почитает прежнего монарха, и в результате введение республиканской формы правления подвергнет статус-кво опасности в той же степени, что и определение государства как «несправедливого». В таком случае, если бы включение положения о несправедливости было лишь технической ошибкой, конституционное собрание совершило бы подобную техническую ошибку и посредством оговорки о республике, и посредством положения о несправедливости. Однако это не так. Положение о несправедливости содержит в себе нечто абсурдное, а оговорка о республике не содержит.

Следовательно, требуется иное объяснение ошибочности этой статьи. Можно предположить, что она является *ошибочной с точки зрения морали*. Это действительно так, однако здесь

⁵⁴ О подобном аргументе см.: MacCormick N. Law, Morality and Positivism // MacCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law. Dordrecht, 1986. P. 141.

выясняется, что и такая точка зрения не дает исчерпывающего объяснения явлению. Предположим, что несправедливость заключается в том, что представители определенной расы лишены определенных прав. С точки зрения морали ситуация бы не изменилась, если положение о несправедливости было бы изъято и заменено другой нормой, которая лишает представителей этой расы таких прав. Но в отношении ошибочности разница очевидна: приведенная статья перестала бы быть абсурдной.

Объяснение сложившейся ситуации можно было бы найти в нарушении широко известной, однако не обязывающей конвенции по поводу составления конституционных текстов; иными словами, дело касается *конвенционной ошибки*. Без сомнения, здесь нарушена распространенная конвенция. Но и это обстоятельство само по себе не дает исчерпывающих объяснений. Правило, которое оказалось нарушенным, представляет собой более чем простую конвенцию, поскольку оно не меняется даже в случае изменения обстоятельств и предпочтений. Это правило, напротив, является правообразующим в практике создания и принятия конституций, что становится очевидным благодаря тому, что такое положение как

- (2) Является справедливым государством – в конституции излишне.

Таким образом, остается только *терминологическая ошибка*. Выражение «терминологическая ошибка» применяется здесь в широком значении и охватывает нарушения таких правил, которые являются конститутивными для речевых актов, то есть высказываний, представляющих собой поступки. С актом принятия конституции неизбежно связано притязание на правильность, которое в данном случае прежде всего выступает в качестве притязания на справедливость. Создатель

конституции допустит перформативное противоречие*, если по содержанию предпринятого им акта – издания конституции – названное притязание отрицается, хотя сам факт принятия конституции включает его⁵⁵.

Во втором примере (о возможном возражении против аргумента правильности) судья выносит следующий приговор:

- (1) Подсудимый приговаривается к пожизненному заключению, что является неправильным.

Это положение нуждается в пояснении. К примеру, судья, возможно, хочет сказать, что его приговор не соответствует позитивному праву. Также он, возможно, имеет в виду, что хотя приговор и соответствует позитивному праву, тем не менее является несправедливым. Эти и другие толкования ведут к многочисленным проблемам, рассматривать которые здесь нет необходимости. Нас должно заинтересовать только следующее толкование:

- (2) Подсудимый приговаривается к пожизненному заключению, что является результатом ложного толкования действующего права.

* Перформатив – речевой акт, равноценный поступку. К перформативам принято относить клятвы, обещания, устное заключение договора. В широкое употребление этот термин ввел Джон Лэнгшо Остин (*John Langshaw Austin*). Сам термин произошел от латинского глагола «*perficio*» – совершать, заканчивать. Соответственно перформативное противоречие представляет собой противоречие между содержанием речевого акта и тем, что является предпосылкой его совершения. – *Прим. пер.*

⁵⁵ В этом отношении просматривается определенная аналогия со знаменитым примером Джона Л. Остина: «The cat is on the mat but I do not believe it is» [«Кошка сидит на ковре, но я не верю в это»]. См.: *Austin J.L. How to Do Things with Words*. Oxford, 1962. P. 48–50 [русское издание: *Остин Дж.Л. Как совершать действия при помощи слов?* / Пер. с англ. // Остин Дж.Л. Избранное. М., 1999. С. 50–53]; *Austin J.L. The meaning of a Word* // *Austin J.L. Philosophical Papers*. 2nd edn. Oxford, 1970. P. 63–64 [русское издание: *Остин Дж.Л. Значение слова* / Пер. с англ. // Остин Дж.Л. Избранное. М., 1999. С. 316–317].

III. Критика позитивистских понятий права

При вынесении такого приговора судья, без сомнения, выпадает из своей социальной роли и, пожалуй, – во всех правовых системах – также нарушает нормы позитивного права, которые обязывают его верно толковать действующее право. Однако социальные правила были бы нарушены и в случае, если бы при вынесении приговора судья был небрит и одет в грязную мантию. Нормы позитивного права были бы также нарушены приговором и в том случае, если бы толкование было ложным, однако судья был бы абсолютно уверен, что оно является правильным, и настаивал на этом. Наоборот, ошибка была бы совершена и в том случае, если бы судья ошибочно посчитал, что его интерпретация является ложной, но обнародование этой ошибки в приговоре не нарушает позитивное право. Очевидно, что здесь мы имеем дело с чем-то большим, чем нарушение социальных или юридических правил⁵⁶. Судья допускает перформативное противоречие и в этом смысле совершает терминологическую ошибку. Судебное решение всегда содержит в себе притязание на то, что право применено правильно, даже если это и не соответствует действительности. Притязание, присутствующее при осуществлении институционального акта вынесения приговора, вступает в противоречие с его содержанием.

Оба примера ясно указывают, что участники правовой системы на различных уровнях обязательно заявляют притязание на правильность. Если и поскольку такое притязание содержит в себе моральные элементы, тогда и постольку становится очевидной терминологически необходимая связь между правом и моралью.

Однако это еще не является доказательством соединительного тезиса. Позитивист может согласиться с аргументом

⁵⁶ Противоположной точки зрения придерживается *Ульффрид Нойман*, ссылаясь на следующий пример: «Именем народа суд приговаривает господина *N* к десяти годам лишения свободы, хотя для этого не существует никаких убедительных оснований». См.: *Neumann U. Juristische Argumentationslehre. Darmstadt, 1986. S. 87–88.*

правильности и, несмотря на это, настаивать на разделительном тезисе. Он располагает двумя стратегиями. Во-первых, он может заявить, что невыполнение притязания на правильность еще не ведет к потере правового качества, а притязание на правильность обосновывает в крайнем случае квалифицирующую, но никак не классифицирующую связь, за исключением такого особого случая, как система норм, которая вообще не содержит его в себе никоим образом. Следовательно, аргумент правильности в любом случае не затрагивает разделительный тезис, за исключением упомянутого крайнего случая, поскольку данный тезис нацелен на классифицирующую связь. Вторая стратегия связана с утверждением, что притязание на правильность имеет тривиальное содержание, которое не включает в себя моральных элементов и поэтому не может вести к терминологически необходимой связи между правом и моралью. Первое возражение ведет к аргументу несправедливости, второе – к аргументу принципов.

4.2. Аргумент несправедливости

Аргумент несправедливости (*Unrechtsargument*), как уже ранее указывалось, можно применить как в отношении отдельных правовых норм, так и в отношении правовых систем в качестве целого. В первую очередь проблему следует рассмотреть применительно к отдельным правовым нормам.

4.2.1. Отдельные нормы

По этой версии отдельные нормы правовой системы, превышая определенный порог несправедливости, утрачивают правовой характер. Его наиболее известный вариант – формула *Радбруха*, которая исследовалась с точки зрения наблюдателя и была отвергнута. Теперь следует ответить на вопрос, является ли аргумент несправедливости в виде формулы *Радбруха*

приемлемым с позиции участника. При этом необходимо особо отметить, что, согласно формуле *Радбруха*, норма еще не теряет правового характера, если она является несправедливой. Порог (несправедливости) устанавливается выше. Правовой характер утрачивается только тогда, когда несправедливость достигает «непереносимого размера». В качестве примера можно вновь привести Постановление № 11 к Закону о гражданстве Рейха.

Сегодня преобладает единодушное мнение в отношении спора о формуле *Радбруха*: этот спор невозможно разрешить лишь на основе аналитических или терминологических аргументов. Речь идет о целесообразном или адекватном образовании понятия, которое должно быть обосновано с помощью нормативных аргументов⁵⁷. Здесь также надлежит учитывать аргумент правильности, в свете которого должна быть дана оценка нормативных аргументов «за» и «против» аргумента несправедливости. Указание на то, что аргумент правильности также образует основу аргумента несправедливости, подразумевает именно этот смысл.

Многочисленные и разнообразные мнения, высказанные в дискуссии о формуле *Радбруха*, можно по существу свести к восьми аргументам, включающим: языковой аргумент, аргумент ясности, аргумент эффективности, аргумент правовой определенности и стабильности, аргумент релятивизма, аргумент демократии, аргумент ненужности и аргумент честности.

4.2.1.1. Языковой аргумент

Ввиду многозначности и неопределенности дефиниции «право» лингвистико-терминологический аргумент нельзя привести убедительным образом ни в пользу, ни против аргумента

⁵⁷ См.: глава 2, III.

несправедливости. Однако можно придерживаться нормативного тезиса, согласно которому требуемое аргументом несправедливости включение моральных элементов в понятие права ведет к нецелесообразному языковому употреблению. Так, непозитивиста, который, к примеру, не хочет признавать за Постановлением № 11 качества права, Хёрстер упрекнул в том, что он забывает «сказать, какое общеупотребительное слово нашего языка могло бы заменить наполненный моральным содержанием термин „право“ в его нейтральной функции»⁵⁸. Непозитивист теряет возможность универсально обозначить какую-либо норму, такую как Постановление № 11, общепризнанным способом. Избежать проблемы можно только назвав ее «правом».

Ранее было отмечено, что с точки зрения наблюдателя этот аргумент является верным⁵⁹. Ситуация, однако, меняется, если занять позицию участника. Это можно продемонстрировать с помощью дихотомии нормы и процедуры. Наблюдатель рассматривает Постановление № 11 в качестве *результата* процедуры по установлению нормативных предписаний, в которой участвовали другие лица. Точно так же и судебное решение, вынесенное на основе процедуры, является для него результатом процедуры, а именно процедуры по применению нормативных предписаний, в которой он участия не принимал. Если норма и судебное решение совпадают, то у наблюдателя нет оснований не называть их «правом». Но если они не совпадают, наблюдатель задается вопросом: должен ли он описать противоречие или констатировать, что писаное право было заменено правом судейским? Участник со своей позиции видит иную картину. Для участника, например судьи, Постановление № 11 также является

⁵⁸ Hoerster N. Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff // Juristische Schulung. 27 (1987). S. 187; Hoerster N. Zur Verteidigung der rechtspositivistischen Trennungsthese // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft 37 (1990). S. 27.

⁵⁹ См.: глава 2, III, 3.1.

в первую очередь результатом процедуры по установлению нормативных предписаний. Но для него оно является таковым лишь ввиду приобретения второго качества, и это качество станет *отправной точкой* для процедуры по применению нормативных предписаний, в которой он принимает участие, и результат которой будет содержать в себе притязание на правильность.

Здесь речь еще не идет о субстанциальных аргументах, а только о целесообразном применении дефиниции «право». Следовательно, языковой аргумент не может предвосхищать субстанциальные аргументы, что означает, что он должен согласовываться с различными субстанциальными тезисами. Возьмем, к примеру, субстанциальный тезис: существуют убедительные правовые основания для того, чтобы судья не применял Постановление № 11, а вынес решение, которое противоречит его содержанию. При такой предпосылке судья поступил бы не адекватно, если бы сказал, что Постановление № 11 является правом. Поскольку он принимает решение, руководствуясь правовыми соображениями, постольку и свое решение он должен рассматривать в качестве «права». Если его решение противоречит Постановлению № 11, обозначение этого Постановления в качестве «права» привело бы к тому, что противостоящие нормы, а именно общую, установленную в Постановлении, и индивидуальную, выраженную в судебном решении, он должен был бы обозначать как «право». Это противоречие можно легко разрешить, если судья укажет, что Постановление № 11 *prima facie* является правом, в результате, однако, правом не является. Таким путем демонстрируется, что в ходе процедуры применения Постановлению № 11 было отказано в правовом характере. При наличии убедительных правовых оснований для того, чтобы не применять Постановление № 11, судья не только может сказать, что в результате оно не является правом, он также должен это сделать во избежание противоречия. Поэтому языковой аргумент *Хёрстера* был бы верным лишь в том случае,

если бы никогда не могли возникнуть убедительные правовые основания для того, чтобы вынести решение вопреки дословному тексту определенного, крайне несправедливого закона. Но если в отдельном случае такие основания тем не менее могут возникнуть, языковой аргумент *Хёрстера*, исходя из позиции участника, является неверным. Могут ли возникнуть убедительные правовые основания названного вида – вопрос субстанциальный, не поддающийся решению только на основе размышлений о целесообразном употреблении языка. Это означает, что языковой аргумент *Хёрстера* не может обосновать возражение против включения моральных элементов в понятие права, которое является адекватным с точки зрения участника. Напротив, если субстанциальные основания говорят в пользу такого включения, то языковое употребление должно ему следовать.

4.2.1.2. Аргумент ясности

Второй аргумент в споре о формуле *Радбруха* – аргумент ясности, классическую формулировку которого мы найдем у *Харта*.

«Если мы примем взгляды *Радбруха* и вслед за ним и немецкими судами выразим протест против порочных законов, утверждая, что таковые не могут быть правом только из-за их моральной несправедливости, то мы неадекватно выразим как одну из самых важных, так и одну из самых простых форм моральной критики. С позиций утилитаризма мы бы говорили о том, что позитивные законы могут быть правом, но правом слишком порочным, чтобы ему следовать. Подобное моральное осуждение будет очевидно всякому, и оно сможет привлечь внимание тех, кто восприимчив к вопросам морали. Если, с другой стороны, мы сформируем наши возражения в виде утверждения

III. Критика позитивистских понятий права

о том, что эти порочные явления не являются правом, то они вряд ли будут признаны большинством людей; а если они все же будут вынуждены их учесть, то перед этим они с необходимостью столкнутся с целым рядом важных философских вопросов. ... Когда мы еще способны говорить ясно, не стоит представлять моральную критику институтов как положения спорной философии»⁶⁰.

На первый взгляд, это возражение не лишено определенного основания. Позитивное понятие права, которое отвергает любое включение моральных элементов, во всяком случае является более простым и в этом отношении более ясным, чем понятие права, которое их содержит. Однако, с другой стороны, нужно учитывать, что ясность в смысле простоты не может быть единственной целью в определении понятия. Простота не должна достигаться за счет адекватности⁶¹. Кроме того, сложный термин также может быть ясным. Вряд ли следует опасаться того, что включение моральных элементов в понятие права приведет юристов в замешательство⁶². Они привыкли иметь дело со сложными терминами. Что касается простого гражданина, то неясность возникает в первую очередь совсем не из-за того, что понятие права включает в себя моральные элементы. Его может смутить известие, что даже

⁶⁰ Hart H.L.A. Positivism and the Separation of Law and Morals // Harvard Law Review. Vol. 71 (1958). P. 620–621 [русское издание: Харп Г.Л.А. Позитивизм и разграничение права и морали / Пер. с англ. // Правоведение. 2005. № 5. С. 129]; см. также: Hoerster N. Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff // Juristische Schulung. 27 (1987). S. 187–188; Hoerster N. Zur Verteidigung des Rechtspositivismus // Neue Juristische Wochenschrift. 39 (1986). S. 2481–2482.

⁶¹ См.: Ott W. Die Radbruch'sche Formel. Pro und Contra // Zeitschrift für Schweizerisches Recht N.F. [Neue Folge]. 107 (1988). S. 343.

⁶² См.: Ott W. Die Radbruch'sche Formel. Pro und Contra // Zeitschrift für Schweizerisches Recht N.F. [Neue Folge]. 107 (1988). S. 349–350.

крайняя несправедливость является правом. В большей степени причина неясности во многих случаях связана с трудностями разграничения норм: крайне несправедливых и еще не достигших (порога) крайней несправедливости. Но это уже не проблема аргумента ясности, а одна из проблем аргумента правовой определенности и стабильности. При аргументе ясности речь идет только о том, нужно ли вообще моральные элементы включать в понятие права.

Таким образом, терминологическая неопределенность общего характера не находится в фокусе аргумента ясности, который приводят *Харт* и *Хёрстер*. Вопрос состоит как раз в том, как понять конфликт между правом и моралью с помощью терминов. *Харт* и *Хёрстер* не хотят разрешать этот конфликт даже в случае крайней несправедливости. По их мнению, то, что требует право, – одно дело, а то, что требует мораль, – совсем иное. Мораль может позволять или требовать, чтобы юрист как человек и гражданин не следовал праву. Однако то, чему он в такой ситуации отказывается следовать, остается правом. Любое другое представление «будет служить сокрытию истинной природы проблем, с которыми мы сталкиваемся»⁶³. Позитивист может рассматривать вопросы, связанные с законной несправедливостью, «незавуалированно, как они есть, а именно как вопросы этики». Непозитивист, напротив, «рискует замаскировать их этический характер», перенося их «посредством дефиниции в понятие права»⁶⁴.

Соответствует ли действительности это утверждение о вуалировании, маскировке и сокрытии проблемы? Ответ гласит: «нет». Непозитивист не отрицает этический характер проблемы. Он только утверждает, что этическая проблема в

⁶³ *Hart H.L.A.* Positivism and the Separation of Law and Morals // *Harvard Law Review*. Vol. 71 (1958). P. 620 [русское издание: *Харт Г.Л.А.* Позитивизм и разграничение права и морали / Пер. с англ. // *Правоведение*. 2005. № 5. С. 128].

⁶⁴ *Hoerster N.* Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff // *Juristische Schulung*. 27 (1987). S. 187.

случае крайней несправедливости одновременно становится проблемой правовой. Таким способом он из своей моральной оценки выводит правовые последствия. Его аргументация может совпадать по содержанию с аргументацией позитивиста и он, как и позитивист, должен раскрыть свои аргументы и вынести их на обсуждение. Если в случае крайней несправедливости он не останавливается на моральной оценке, а переходит от нее к оценке правовой, это не влечет сокрытия проблемы, а выражает содержательный тезис. Данному тезису можно противопоставить только другие аргументы по существу, но не формальный аргумент отсутствия ясности.

Остается возражение «спорной философии», которая выводит на первый план «целый ряд важных философских вопросов»⁶⁵ и тем самым может привести к неясности и путанице. Однако это возражение можно противопоставить и позитивизму, который также выражает определенную философию права, о которой можно спорить. В этом споре позитивизм и непозитивизм, в принципе, находятся в равных условиях. Тот факт, что позитивизм не может претендовать на что-либо, подобное презумпции правильности, неизбежно указывает на присущее праву притязание на правильность, которое, скорее, говорит в пользу непозитивизма. Таким образом, и аргумент ясности не может перевесить в споре с непозитивизмом.

4.2.1.3. Аргумент эффективности

До периода национал-социализма *Радбрух* был позитивистом^{66*}. После 1945 года он изменил свою позицию, высказав

⁶⁵ *Hart H.L.A.* Positivism and the Separation of Law and Morals // *Harvard Law Review*. Vol. 71 (1958). P. 620–621 [русское издание: *Харт Г.Л.А.* Позитивизм и разграничение права и морали / Пер. с англ. // *Правоведение*. 2005. № 5. С. 129].

⁶⁶ См.: *Radbruch G.* Rechtsphilosophie. 8. Aufl. Stuttgart, 1973. S. 174–179 [русское издание: *Радбрух Г.* Философия права / Пер. с нем. М., 2004. С. 96–101].

мнение, что юридический позитивизм «сделал всех, включая юристов, беззащитными перед законами, оправдывающими произвол, законами ужасными и преступными»⁶⁷. Теперь он требует включить элементы морали в понятие права, что должно «вооружить юристов против возврата подобного неправового государства»⁶⁸. *Харт* возразил на это, что было бы наивно полагать, что непозитивистское определение права могло бы оказать какое-то влияние на законную несправедливость⁶⁹. Приведенный аргумент в отношении эффективности непозитивистского понятия права дополнил *Хёрстер*. По его мнению, ожидания, которые *Радбрух* связывает с непозитивистским понятием права, основаны на «чудовищной переоценке»⁷⁰ влияния, которое оказывает теоретик и философ права на поведение граждан и юристов.

* В англоязычном издании своей книги Р. Алекси дополнил это предложение замечанием, что *Радбрух* был позитивистом не в смысле обоснования, а в смысле результата, во всяком случае в том, что касается позиции судьи, сославшись при этом на Кауфмана. См.: *Alexy R. The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*. Oxford, 2002. P. 45: «Before the era of National Socialism in Germany, *Radbruch* was a legal positivist – not in terms of justification, to be sure, but in terms of result, at any rate where the judge is concerned». См. также: *Kaufmann A. Rechtsphilosophie*. 2. Aufl. München, 1997. S. 41–44. – *Прим. пер.*

⁶⁷ *Radbruch G. Fünf Minuten Rechtsphilosophie // Radbruch G. Rechtsphilosophie*. 8. Aufl. Stuttgart, 1973. S. 327 [русское издание: *Радбрух Г. Пять минут философии права // Радбрух Г. Философия права / Пер. с нем. М., 2004. С. 225*].

⁶⁸ *Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht // Radbruch G. Rechtsphilosophie*. 8. Aufl. Stuttgart, 1973. S. 347 [русское издание: *Радбрух Г. Законное неправо и надзаконное право // Радбрух Г. Философия права / Пер. с нем. М., 2004. С. 235*].

⁶⁹ См.: *Hart H.L.A. Positivism and the Separation of Law and Morals // Harvard Law Review*. Vol. 71 (1958). P. 617–618 [русское издание: *Харт Г.Л.А. Позитивизм и разграничение права и морали / Пер. с англ. // Правоведение*. 2005. № 5. С. 126]; *Hart H.L.A. The Concept of Law*. Oxford, 1961. P. 205 [русское издание: *Харт Г.Л.А. Понятие права / Пер. с англ. СПб., 2007. С. 210–212*].

⁷⁰ *Hoerster N. Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff // Juristische Schulung*. 27 (1987). S. 185.

III. Критика позитивистских понятий права

«Ведь посредством простого определения понятия нельзя изменить реальность. Сомнительный в моральном отношении, но в рамках действующего правопорядка принятый закон обладает, несмотря на то, назовет ли его философ права „действительным правом“ или нет, за исключением своей аморальности, всеми признаками, присущими закону, безупречному в моральном отношении. Он создан в соответствии с действующей конституцией. Правовой аппарат (*Rechtsstab*) применяет его и обеспечивает его соблюдение. А тот, кто отказывается ему следовать (к примеру, из-за его аморальности), должен считаться с обычными последствиями правонарушения. Все эти факты не могут исчезнуть и в том случае, если мы дадим праву непозитивистское, содержащее моральные элементы, определение»⁷¹.

Тезис, согласно которому непозитивистское понятие права не способно повлиять на законную несправедливость, можно усилить до утверждения, что оно не только не способствует борьбе с законной несправедливостью, но даже затрудняет ее. Позитивизм с его строгим делением обязанностей на правовые и моральные обязанности способствует критическому отношению к праву. Напротив, тот, кто начинает включать моральные элементы в понятие права, рискует некритично отождествлять правовые требования с требованиями моральными. Так, *Кельзен* отклоняет тезис, согласно которому «только моральный социальный порядок есть право», не в последнюю очередь потому,

«что применение этого тезиса господствующей в определенном правовом сообществе юриспруденцией сводится на деле к некритичной легитимации того государственного

⁷¹ *Hoerster N.* Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff // *Juristische Schulung.* 27 (1987). S. 186.

принудительного порядка, которым конституируется это правовое сообщество»⁷².

Следовательно, в рамках аргумента эффективности необходимо различать два тезиса. Первый из них гласит, что позитивистское понятие права не может повлиять на законную несправедливость. Согласно второму тезису позитивистское понятие права таит в себе опасность некритичной легитимации законной несправедливости. Второй тезис представляется более радикальным, что заставляет рассмотреть его в первую очередь.

Опасность некритичной легитимации [законной несправедливости] действительно существовала бы, если бы позитивистский соединительный тезис утверждал, что какая-либо норма является нормой права только тогда, когда ее содержание соответствует морали. Как раз этот вариант соединительного тезиса имеют в виду *Кельзен* и *Хёрстер*, когда они формулируют возражение, касающееся некритичной легитимации. Так, *Кельзен* говорит о «тезисе, что право по своей природе морально»⁷³. Согласно *Хёрстеру* соединительный тезис гласит: «Норма является легальной, только если она является моральной», что логически соответствует положению: «если норма является легальной, то она соответствует морали»⁷⁴. Если исходить из указанной версии соединительного тезиса, который можно назвать «сильным», каждый юрист, который

⁷² *Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 71* [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 1. М., 1988. С. 98]. С *Кельзеном* соглашается *Хёрстер*. См.: *Hoerster N. Zur Verteidigung der rechtspositivistischen Trennungsthese // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft 37 (1990). S. 32*. См. также: *Dreier H. Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis? // Mayer H. etc. (Hrsg.), Festschrift für Robert Walter. Wien, 1991. S. 133*.

⁷³ *Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 71* [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 1. М., 1988. С. 98].

⁷⁴ *Hoerster N. Zur Verteidigung der rechtspositivistischen Trennungsthese // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft 37 (1990). S. 32*.

идентифицирует определенную норму в качестве правовой, одновременно должен классифицировать ее как оправданную с моральной точки зрения. Это действительно скрывало бы в себе опасность некритичной легитимации права.

Однако возражение относительно некритичной легитимации не учитывает того, что непозитивист не должен придерживаться сильного соединительного тезиса, который содержит требование о соответствии по содержанию каждой правовой нормы и морали. Формула *Радбруха* недвусмысленно указывает, что «позитивное и облеченное властной санкцией право имеет приоритет даже тогда, когда оно по содержанию несправедливо и нецелесообразно»⁷⁵. По данной формуле правовой характер утрачивается только тогда, когда противоречие между правом и моралью достигает «непереносимого», то есть экстремального, размера. Это может быть обозначено как «слабый соединительный тезис».

Слабый соединительный тезис не ведет к отождествлению права и морали. Согласно данному тезису несправедливые и потому аморальные нормы могут быть правом. Тем самым названный тезис, как и юридический позитивизм, допускает моральную критику права и также делает возможным критическое к нему отношение. Отличие от юридического позитивизма состоит лишь в том, что вслед за превышением определенного порога несправедливости нормы утрачивают свой правовой характер. В таком случае можно было бы предположить, что уже это является достаточным для некритичной легитимации. Юристы склонялись бы к тому, что этот порог достигнут не был и поэтому их правовая система по крайней мере обладает минимальной моральной легитимацией.

⁷⁵ *Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht // Radbruch G. Rechtsphilosophie. 8. Aufl. Stuttgart, 1973. S. 345* [русское издание: *Радбрух Г. Законное неправо и надзаконное право // Радбрух Г. Философия права / Пер. с нем. М., 2004. С. 233–234*].

Однако этому может противостоять характер данного порога. Речь идет о крайней несправедливости. Примерную формулировку можно найти в Постановлении о гражданстве [ФКС]:

«Попытка, исходя из “расовых” критериев, физически и экономически уничтожить определенные группы собственного населения, включая женщин и детей, с правом и справедливостью не имеет ничего общего»⁷⁶.

Если какие-либо моральные оценки могут быть обоснованы с помощью притязания на универсальную обязательность, то среди них, конечно, могут быть и такие, согласно которым преследование подобных целей является в высшей степени аморальным и несправедливым. Порог, переходя который нормы теряют правовой характер, определяется с помощью минимальных моральных требований. Примером тому служит элементарное право человека на жизнь и личную неприкосновенность. Предположим, что такие моральные требования в любом случае можно рационально обосновать⁷⁷. Если данное предположение окажется верным, то едва ли стоит опасаться чего-либо подобного «некритичной легитимации» норм, которые превышают порог крайней несправедливости. Такая легитимация была бы по меньшей мере сопряжена с некоторыми проблемами. Очевидно, это и является причиной того, что варварские акты несправедливости часто исполняются не в надлежащих правовых формах, а на основе в большей или меньшей степени тайных приказов⁷⁸.

⁷⁶ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Band 23 (1968). S. 106.

⁷⁷ См.: Alexy R. Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft 51 (1993). S. 11–29.

⁷⁸ См. об этом: Ott W. Der Euthanasie-Befehl Hitlers vom 1. September 1939 im Lichte der rechtspositivistischen Theorien // Mayer H. etc. (Hrsg.), Festschrift für Robert Walter. Wien, 1991. S. 519–533.

III. Критика позитивистских понятий права

Приведенные положения позволяют сделать два вывода. Во-первых, слабый соединительный тезис, который, к примеру, представлен в формуле *Радбруха*, не содержит в себе опасности некритичной легитимации ниже порога крайней несправедливости, поскольку противоречие между правом и моралью на этом уровне не составляет причину утраты правового характера. Во-вторых, за этой гранью такой опасности не существует, во всяком случае тогда, когда минимальные моральные требования, определяющие порог (крайней несправедливости), могут быть обоснованы рационально. Также следует отметить, что некритичная легитимация соответствующего действующего права возможна с позитивистской точки зрения о строгом разделении права и морали, поскольку даже на базе терминологического разграничения можно обосновать их соответствие по содержанию.

Согласно второму возражению, которое приводится против непозитивистского понятия права в рамках аргумента эффективности, такое понятие права не может повлиять на законную несправедливость. Данное возражение во многом соответствует действительности. Следует согласиться с *Хартом* и *Хёрстером*, что понятие права, предлагаемое теорией или философией права, само по себе не может изменить реальность. Если судья в неправовом государстве не применит закон, то не будет существенной разницы, сделает ли он это по моральным причинам, используя аргументацию *Харта*, или он так поступит по правовым основаниям, ссылаясь на аргументацию *Радбруха*⁷⁹. В обоих случаях судья должен считаться с негативными для себя последствиями, а готовность их принять зависит не от определения понятия права, а от иных факторов.

Тем не менее с точки зрения эффективности различия существуют. Первое из них становится очевидным, если

⁷⁹ См.: *Ott W. Die Radbruch'sche Formel. Pro und Contra // Zeitschrift für Schweizerisches Recht N.F. [Neue Folge]. 107 (1988). S. 346.*

ориентироваться на юридическую практику⁸⁰, а не на отдельного судью, который измеряет законную несправедливость своей совестью. Если в юридической практике достигнут консенсус по поводу того, что соответствие определенным минимальным требованиям справедливости является необходимой предпосылкой правового характера государственных установлений, в таком случае можно использовать содержащуюся в юридической практике не только моральную, но и правовую аргументацию, чтобы оказывать сопротивление актам несправедливого режима. Конечно, нельзя строить иллюзий в отношении успеха такого сопротивления. Даже минимально успешный несправедливый режим посредством индивидуального запугивания, кадровых перестановок и поощрения за готовность приспособляться может быстро разрушить консенсус, достигнутый в юридической практике. Однако вполне возможно и то, что слабому несправедливому режиму, особенно в начальной его стадии, этого сделать не удастся. Это относительно ограниченный эффект, но все же эффект. Важным в таком случае представляется, что даже если предположение об ограниченном эффекте окажется ошибочным, то данное обстоятельство уже не сможет служить убедительным аргументом против позитивистского понятия права. В защиту своей точки зрения позитивисту нет необходимости доказывать, что его понятие права предлагает лучшую гарантию против законной несправедливости в неправовом государстве, чем позитивистское. Достаточно того, что на его основе с законной несправедливостью можно бороться не менее эффективно, чем на основе позитивистского понятия права. Именно об этом можно говорить с уверенностью. Почему борьба с законной несправедливостью должна быть более эффективной, если рассматривать законную несправедливость как право, чем если не рассматривать ее в таком качестве?

⁸⁰ См.: *Ott W. Die Radbruch'sche Formel. Pro und Contra // Zeitschrift für Schweizerisches Recht N.F. [Neue Folge]. 107 (1988). S. 347.*

III. Критика позитивистских понятий права

Если неправовое государство успешно учреждено, понятия права уже не могут оказывать большого влияния. Только после крушения такого государства проявляются существенные различия между позитивизмом и непозитивизмом. Тем не менее известен слабый, но важный эффект непозитивистского понятия права, который даже в успешно созданном неправовом государстве может работать против законной несправедливости. Его можно назвать «эффектом риска». Судье или иному должностному лицу одна и та же ситуация видится по-разному, в зависимости от того, есть ли у него повод истолковать ее в свете позитивистского или непозитивистского понятия права. Представим судью, перед которым стоит вопрос, должен ли он выносить «драконовский» приговор, который оправдан несправедливостью, возведенной в ранг закона. Он не святой и не герой. Судьба подсудимого его мало волнует, гораздо больше его интересует собственная судьба. Учитывая исторический опыт, он не может исключить крах неправового государства и размышляет о том, что же тогда произойдет с ним. Если он должен предположить, что непозитивистское понятие права, согласно которому норма, предусматривающая вынесение «драконовского» приговора, не является правом, разделяется подавляющим большинством или всеми, то он столкнется с достаточно высоким риском: в будущем он не сможет оправдать свой поступок и будет привлечен к ответственности. Риск снижается, если он может быть уверен, что позднее его поведение будет оцениваться на основе позитивистского понятия права. И хотя риск не исчезнет полностью, так как может быть принят ретроактивный закон, на основании которого его могут привлечь к ответственности, однако риск уже не столь велик. В силу проблем, которые возникают в правовом государстве в связи с принятием законов, имеющих обратную силу, вполне возможно, что такой закон не будет принят. И даже если он будет принят, судья может попытаться оправдать свой поступок тем, что он

так поступил на основе действительного в то время права. Это указывает, что преобладающее или всеобщее признание непозитивистского понятия права повышает риск для лиц, которые в неправовом государстве совершают несправедливые деяния, предусмотренные (оправданные) законом, либо причастны к их совершению. Это может привести к тому, что даже для лиц, которые сами не усматривают причин, чтобы не участвовать в такой несправедливости, или которые ценят такое участие, возникнет или усилится стимул не участвовать в несправедливости или по меньшей мере смягчить ее. Таким образом, преобладающее или всеобщее признание непозитивистского понятия права может иметь положительный эффект даже в неправовом государстве. В целом можно сказать, что с точки зрения борьбы с законной несправедливостью практические последствия использования непозитивистского понятия права в любом случае не хуже, а в некотором отношении даже лучше, чем последствия применения позитивистского понятия права.

4.2.1.4. Аргумент правовой определенности и стабильности

Четвертый аргумент, направленный против непозитивистского понятия права, утверждает, что оно подвергает опасности правовую определенность и стабильность (*Rechtssicherheit*). Действительно, этот аргумент абсолютно верен в отношении тех вариантов непозитивизма, которые исходят из сильного соединительного тезиса, то есть утверждают, что любая несправедливость ведет к утрате правового характера. Кроме того, если признать за каждым правомочие не следовать законам со ссылкой на собственную моральную оценку, то аргумент правовой определенности и стабильности консолидируется в аргумент анархии. Указанное положение, однако, нет необходимости рассматривать в деталях, поскольку ни один

серьезный непозитивист не придерживается подобных взглядов. Здесь речь идет лишь о вопросе, существует ли угроза для правовой определенности и стабильности при таком понятии права, которое ведет к утрате правового характера не при любой, а только при крайней несправедливости. На поставленный вопрос следует ответить отрицательно.

При наличии справедливых оценок, которые могут быть рационально обоснованы, можно утверждать следующее: кто на основании рационального обоснования распознает, что определенный поступок является несправедливым, тот признает это. Соответственно действует принцип: чем сильнее несправедливость, тем точнее знание о ней. Указанный принцип соединяет в себе материальный и теоретико-познавательный аспекты. Это объясняет, почему Федеральный конституционный суд в упомянутом Постановлении о гражданстве по поводу Постановления № 11 к Закону о гражданстве Рейха не только указал, что его несправедливость достигла «непереносимого размера», но и добавил, что это «очевидно»⁸¹. Конечно, могут возникать ситуации, которые не позволяют уверенно утверждать, имеем ли мы дело с крайней несправедливостью или нет. Однако в сравнении с неопределенностью, которая в целом присуща знанию о праве, это обстоятельство едва ли может иметь решающее значение. Следовательно, в худшем случае непозитивистский соединительный тезис ведет к минимальному ущербу для правовой определенности и стабильности.

Отвечая на вопрос, приемлем ли минимальный ущерб для правовой определенности и стабильности, нужно учесть, что правовая определенность и стабильность составляют важнейшую, но отнюдь не единственную ценность. Ценность правовой определенности и стабильности надлежит

⁸¹ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Band 23 (1968). S. 106.

уравновесить с материальной справедливостью⁸². Формула *Радбруха* устанавливает их соотношение таким образом, что в принципе правовая определенность и стабильность получают приоритет, и лишь в экстремальных случаях их соотношение [с материальной справедливостью] меняется. Возразить против этого может только тот, кто рассматривает правовую определенность и стабильность в качестве абсолютного принципа⁸³, что, как и любая приверженность абсолютному принципу, содержит в себе нечто фанатическое.

4.2.1.5. Аргумент релятивизма

Аргумент релятивизма усиливает аргумент правовой определенности и стабильности. Он указывает, что не только трудно установить границу между крайней несправедливостью и несправедливостью, не достигшей крайней точки, но и вообще невозможно рационально обосновать или объективно познать оценки справедливости, в том числе в отношении крайней несправедливости. В этом проявляется тезис радикального релятивизма. В случае, если названный тезис является верным, включение моральных элементов в понятие права означает не что иное, как предоставление судье возможности принять решение вопреки закону в ситуациях, в которых его субъективные предпочтения затронуты особенно сильно. *Хёрстер* еще более обостряет указанную проблему.

«Не существует никакой гарантии или даже вероятности того, что мораль, которую соответствующий судья или

⁸² См.: *Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht // Radbruch G. Rechtsphilosophie. 8. Aufl. Stuttgart, 1973. S. 344–345* [русское издание: *Радбрух Г. Законное неправо и надзаконное право // Радбрух Г. Философия права / Пер. с нем. М., 2004. С. 233–234*].

⁸³ О понятии абсолютного принципа см.: *Alexy R. Theorie der Grundrechte. Baden-Baden, 1985. S. 94–96*.

III. Критика позитивистских понятий права

гражданин вкладывает в свое понятие права, на самом деле является «просвещенной» моралью! ... В целом ничто не говорит в пользу того, что моральные представления определенного индивидуума или определенного общества в каком-то смысле являются более просвещенными (например, «более гуманными» или «более справедливыми»), чем позитивные правовые нормы соответствующего государства. ... Ведь существует не только судья или гражданин, как постоянно внушают нам противники юридического позитивизма, который, имея дело с «нацистскими» законами, скорее хотел бы следовать гуманной морали. Существует судья или гражданин, который, имея дело с «демократическими» законами (к примеру, законами Веймарской республики или Боннской республики), скорее хотел бы следовать нацистской морали!»⁸⁴.

Аргумент релятивизма обнаружил то, что уже стало очевидным в качестве предпосылки при рассмотрении аргумента эффективности и аргумента правовой определенности и стабильности. Предпосылкой непозитивизма является по меньшей мере рудиментарная нерелятивистская этика. Неслучайно *Радбрух* до 1933 года обосновывал свою позитивистскую точку зрения с помощью релятивизма, то есть тезиса, что общеобязательное обоснование моральных принципов невозможно.

«И здесь выясняется, что на вопрос о цели права нельзя ответить иначе, как путем обращения к различным партийным воззрениям. Отсюда вытекает, что действие позитивного права можно обосновать, лишь исходя из «неосуществимости» естественного права (*Unmöglichkeit eines Naturrechts*). Релятивизм, служивший до сих пор методом

⁸⁴ Hoerster N. Zur Verteidigung des Rechtspositivismus // Neue Juristische Wochenschrift. 39 (1986). S. 2482.

нашего исследования, становится теперь неотъемлемой частью нашей системы»⁸⁵.

После 1945 года *Радбрух* отбросил релятивистский скепсис в отношении основного каталога прав человека и гражданина:

«Подобного рода принципы называют естественным правом. Каждый из них в отдельности вызывал сомнение. Но в течение веков выкристаллизовалось их твердое содержание, и с общего согласия они были закреплены в так называемых декларациях основных и гражданских прав человека. Так что большинство из них сомнения уже не вызывает»⁸⁶.

Ссылка на исторический опыт – работу в течение веков – и фактически существующее «общее согласие» еще не опровергают релятивизм, хотя для национальной, наднациональной и международной юридической практики ссылка на эти факты к такому опровержению приближается. Скептик может возразить, что развитие представлений морали в последние столетия или тысячелетия шло ошибочным путем, и что также возможно, что все или почти все коллективно заблуждаются. Чтобы опровергнуть это скептическое возражение, необходимо показать, что, например, утверждение:

(1) физическое и экономическое уничтожение определенной части населения (меньшинства) по расовым признакам является крайней несправедливостью

⁸⁵ *Radbruch G. Rechtsphilosophie. 8. Aufl. Stuttgart, 1973. S. 175* [русское издание: *Радбрух Г. Философия права / Пер. с нем. М., 2004. С. 96–97*].

⁸⁶ *Radbruch G. Fünf Minuten Rechtsphilosophie // Radbruch G. Rechtsphilosophie. 8. Aufl. Stuttgart, 1973. S. 328* [русское издание: *Радбрух Г. Пять минут философии права // Радбрух Г. Философия права / Пер. с нем. М., 2004. С. 226*].

III. Критика позитивистских понятий права

– может быть рационально обосновано, в то время как утверждение:

(2) физическое и экономическое уничтожение определенной части населения (меньшинства) по расовым признакам не является крайней несправедливостью –

не может быть опровергнуто с помощью рациональных аргументов.

Проблема юридического позитивизма ведет, таким образом, к метаэтической проблеме возможности обоснования моральных оценок. Нет необходимости подробно рассматривать эту проблему здесь⁸⁷. Поэтому мы останемся при утверждении, что в любом случае положение (1) может быть рационально обосновано, а такое положение, как (2), может быть рационально опровергнуто. Если наше утверждение является верным, то аргумент релятивизма теряет почву. Но если наше утверждение не соответствует действительности, то аргументу релятивизма все же можно противопоставить факт широкого консенсуса, существующего сегодня, который хотя сам по себе и не является опровержением в узком смысле, однако, как указано выше, в части юридической практики к такому опровержению приближается.

Применительно к опасению *Хёрстера*, что судья, имея дело со справедливыми законами, может сослаться на «нацистскую мораль» по отношению к законам, принятым с соблюдением демократических процедур, это означает, что такой судья, во всяком случае в государстве, в котором сильны традиции соблюдения прав человека или которое повернулось к ним лицом, должен потерпеть неудачу в силу широкого консенсуса в вопросе о фундаментальных правах. Кроме того, если оценки

⁸⁷ См. об этом: *Alexy R. Theorie der juristischen Argumentation. 2. Aufl. Frankfurt a.M., 1991. S. 53–120; Alexy R. Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft 51 (1993). S. 11–29.*

крайней несправедливости могут быть рационально обоснованы, то существуют рациональные причины для того, чтобы не следовать «нацистской морали» по отношению к законам, принятым с соблюдением демократических процедур. Серьезная опасность того, что судья, ссылаясь на непозитивистское понятие права, откажет справедливым законам в правовом характере из-за их противоречия «нацистской морали», существует только в обществе, которое в большинстве своем уже разделяет «нацистскую мораль». То, что непозитивистское понятие права может привести в таком обществе к злоупотреблениям, причинит ущерб, однако этот ущерб не имеет решающего значения. Если «нацистская мораль» займет доминирующую позицию, то законы, в огромной мере противоречащие ей, так или иначе недолго останутся в силе.

4.2.1.6. Аргумент демократии

Сказанное здесь касательно аргумента релятивизма можно применить и к следующему возможному возражению против непозитивистского понятия права – аргументу демократии. Аргумент демократии утверждает, что непозитивистское понятие права скрывает в себе опасность того, что судья, ссылаясь на справедливость, противопоставит себя решениям демократически легитимированного законодателя⁸⁸. Поскольку речь в этом случае идет о вмешательстве судебной власти в сферу деятельности законодательной власти, постольку указанное возражение можно сформулировать как возражение по разделению властей.

Названное возражение утрачивает силу, если учесть, что непозитивистское понятие права отказывает в правовом

⁸⁸ См., например: *Maus I. Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts // Rechtstheorie.* 20 (1989). S. 193: «Моральный аргумент может быть легко использован в качестве заменителя демократии».

характере только в случае крайней несправедливости. Оно действует лишь в определенной узкой области. Контроль, осуществляемый конституционным судом в связи с нарушениями основных прав, значительно шире по содержанию. Поэтому тот, кто приводит аргумент демократии или разделения властей против отстаиваемого здесь слабого разделительного тезиса, должен отрицать любую, контролируруемую судом, связанность законодателя основными правами [человека].

4.2.1.7. Аргумент ненужности

Формула *Радбруха* приобретает практическое значение прежде всего после падения несправедливого режима. Постановление о гражданстве Федерального конституционного суда служит тому примером. Аргумент ненужности гласит, что законная несправедливость может быть принята в расчет также иным способом, чем посредством лишения правового качества. Так, новый законодатель может ликвидировать законную несправедливость с помощью ретроактивного закона⁸⁹.

Чтобы дать верную оценку аргументу ненужности, необходимо различать уголовные дела и дела, которые таковыми не являются. Абз. 2 ст. 103 Основного закона содержит элементарный принцип правового государства «*nulla poena sine lege*» в качестве нормы позитивного конституционного права. Таким образом, простой законодатель лишен возможности принятия уголовных законов, имеющих обратную силу. На этом основании можно сделать обобщение. Если принцип «*nulla poena sine lege*» закреплен на конституционном уровне, то в сфере уголовного права нельзя сослаться на то, что принятие простого закона, имеющего

⁸⁹ См.: *Hart H.L.A. Positivism and the Separation of Law and Morals* // *Harvard Law Review*. Vol. 71 (1958). P. 619 [русское издание: *Харт Г.Л.А. Позитивизм и разграничение права и морали* / Пер. с англ. // *Правоведение*. 2005. № 5. С. 128].

обратную силу, сделало бы применение непозитивистского понятия права ненужным. Конечно, можно было бы подумать об изменении конституции, которое допустило бы исключения из принципа «*nulla poena sine lege*» и тем самым из принципа «*nullum crimen sine lege*» на случай крайней несправедливости. Однако имея дело с такой конституцией, которая, как Основной закон в абз. 3 ст. 79, выводит элементарные принципы правового государства из сферы усмотрения даже конституционного законодателя, такое исключение по меньшей мере оказалось бы проблематичным. Рассмотренные правовые проблемы сопровождаются проблемой фактической. Даже если с правовой точки зрения было бы допустимо дополнить принцип «*nulla poena sine lege*» оговоркой, рассчитанной на исключительный случай, то остаются сомнения, получит ли такая оговорка квалифицированное большинство, необходимое для внесения в конституцию изменений. Все это подтверждает, что простая ссылка на законодателя доказывает ненужность формулы *Радбруха* не во всех правовых системах и не при любых обстоятельствах.

В то время как принцип «*nulla poena sine lege*» имеет конституционный статус и не может быть изменен либо, формально не обладая конституционным статусом, не может быть ограничен как фундаментальный принцип права, в уголовных делах проблему составляет не ненужность непозитивистского понятия права, а вопрос, не ведет ли его применение к обходу принципа «*nulla poena sine lege*». Но эта проблема не идентична проблеме ненужности понятия права и будет рассматриваться в рамках аргумента честности.

Следовательно, аргумент ненужности необходимо ограничить в основном случаями, которые находятся вне сферы уголовного права. Здесь, как правило, существует возможность решить проблему законной несправедливости с помощью ретроактивных законов. Однако остается вопрос: что должен делать судья, если законодатель по каким-либо причинам не

примет необходимых мер, а законная несправедливость не может быть объявлена не заслуживающей внимания в силу действующего теперь конституционного права в отношении решения, которое необходимо принять в новых условиях? Должен ли судья принимать решение, базирующееся на крайней несправедливости, и которое само является таковым? Можно было бы предположить, что судья должен вести себя таким образом, чтобы побудить законодателя к изданию ретроактивных законов. Но в части многочисленных, особенно гражданско-правовых, дел это означало бы, что заинтересованные граждане были бы обременены не благоприятными для них решениями, вынесенными на основании крайней несправедливости (и сами являющиеся таковой), имеющими целью побудить законодателя к действию. Таким образом, гражданина стали бы использовать в качестве средства побуждения законодателя к активности, что несовместимо с основными правами. Уже это указывает, что ссылка на простую возможность принятия ретроактивных законов недостаточна, чтобы доказать ненужность применения непозитивистского понятия права. Если законодатель не воспользуется такой возможностью, а законная несправедливость не может быть объявлена не заслуживающей внимания в силу действующего отныне конституционного права в отношении решения, которое необходимо принять в новых условиях, то применение непозитивистского понятия права необходимо для защиты основных прав гражданина.

К указанному аргументу, сориентированному на права гражданина, можно добавить второй, в фокусе которого находится притязание на правильность. Каждое судебное решение, как уже было показано, обязательно содержит притязание на правильность. Судебное решение, которое вынесено на основе крайней несправедливости и само ею является, в огромной мере не соответствует названному притязанию. Поэтому существуют два основания, которые вне сферы уголовного

права опровергают аргумент ненужности и говорят в пользу необходимости позитивистского понятия права: уважение к правам гражданина и притязание на правильность.

4.2.1.8. Аргумент честности

Аргумент честности указывает, что позитивистское понятие права в уголовных делах ведет к обходу принципа «*nulla poena sine lege*». Харп рассматривает этот аргумент на примере дела, которое в 1949 году слушалось в Высшем суде земли в Бамберге⁹⁰. Женщина, пожелавшая избавиться от своего мужа, в 1944 году сообщила компетентным органам, что он во время своего отпуска с фронта делал критические замечания в адрес Гитлера. Муж был арестован и в соответствии с нормами, которые предусматривали уголовную ответственность за такие высказывания, приговорен к смертной казни. Однако позднее его не казнили, а отправили на фронт «искупать вину кровью». В 1949 году против упомянутой женщины возбудили уголовное дело по обвинению ее в причастности к незаконному лишению свободы. Высший суд земли в Бамберге, рассмотрев это дело в последней инстанции, признал ее виновной. Суд пришел к заключению, что смертный приговор был правомерным, поскольку национал-социалистический уголовный закон, в соответствии с которым он был вынесен, предписывал «только бездействие, а именно молчание», и поэтому приговор не был основан на «законе, с очевидностью противоречившем естественному праву»⁹¹. Все же упомянутая женщина была осуждена на основе спорной уголовно-правовой конструкции, согласно которой уголовно наказуемое опосредованное участие в неза-

⁹⁰ Oberlandesgericht Bamberg // Süddeutsche Juristen-Zeitung. 1950. Sp. 207–209.

⁹¹ Ibid. Sp. 208–209.

III. Критика позитивистских понятий права

конном лишении свободы может быть совершено и тогда, когда действующий непосредственно – в данном случае нацистский суд – действовал правомерно. Донос на мужа был противоправным, поскольку он «противоречил совести и чувству справедливости всех здравомыслящих людей». В данном случае нас не интересует правильность названной конструкции с точки зрения уголовного права⁹². Также не имеет значения, что *Харт*, как он впоследствии сам признался⁹³, допустил ошибку в изложении этого дела, указав, что Высший суд земли в Бамберге пришел к такому выводу, отказав в юридической силе принятым при нацистском режиме законам, лежащим в основе смертного приговора⁹⁴. Если за законом, допускающим применение высшей меры наказания за критические высказывания о диктаторе, не признать (вместе с Высшим судом земли в Бамберге) качества крайне несправедливого, поскольку он предписывает только бездействие, то стоит лишь представить себе гипотетический случай, когда жена доносит на своего мужа, потому что он в условиях диктатуры не участвует в крайне не-

⁹² Следовало бы, в частности, поставить вопрос, не подразумевает ли тезис, что донос «противоречил совести и чувству справедливости всех здравомыслящих людей» в такой степени, что был противоправным и поэтому заслуживающим наказания, того, что и сам приговор по своему содержанию был противоправным. Может ли донос быть «противоречащим совести и чувству справедливости всех здравомыслящих людей» в такой степени, что он является противоправным и поэтому заслуживающим наказания даже в том случае, если приговор ни в малейшей степени не был противоправным? Если ответить на это отрицательно, то решающий вопрос формулируется так: наказуемость доноса только подразумевает, что приговор в определенной степени был несправедливым, или она требует чрезвычайно и, следовательно, очевидно несправедливого характера приговора?

⁹³ *Hart H.L.A.* The Concept of Law. Oxford, 1961. P. 254–255 [русское издание: *Харт Г.Л.А.* Понятие права / Пер. с англ. СПб., 2007. С. 255–256].

⁹⁴ *Hart H.L.A.* Positivism and the Separation of Law and Morals // Harvard Law Review. Vol. 71 (1958). P. 619 [русское издание: *Харт Г.Л.А.* Позитивизм и разграничение права и морали / Пер. с англ. // Правоведение. 2005. № 5. С. 127].

справедливых убийствах, предписанных ему законом. По мнению Высшего суда земли в Бамберге, эта женщина подлежала бы уголовному наказанию уже потому, что приговор, который был вынесен вследствие ее доноса, был бы противоправным.

Харт приводит против этого заключения два возражения:

«В рассматриваемом нами случае существовало, конечно, два других возможных пути. Один из них – оставить женщину безнаказанной; кому-то может понравиться точка зрения, в соответствии с которой подобный исход был бы неудачным. Другой – обратиться к тому факту, что, если бы эту женщину нужно было наказать, это нужно было сделать на основании введения явно ретроактивного закона, а это потребовало бы значительной жертвы со стороны самого правосудия. Каким бы одиозным ни было наделение уголовного закона (и наказания) обратной силой, суд поступил бы честно, осуществив его открыто. Поступив так, суд открыл бы всем глаза на то, что он делает выбор из двух зол, выбор между оставлением ее безнаказанной и игнорированием серьезного морального принципа, поддерживаемого большинством правовых систем»⁹⁵.

Аргумент честности считается сильнейшим аргументом против непозитивистского понятия права. Но и он не приводит к его ниспровержению. Первоначально непозитивист находит следующий выход из дилеммы, приведенной *Хартом*. Он может не признавать правового качества за несправедливым законом, который наделяет правом на донос, и все-таки прийти к освобождению от ответственности. Чтобы достичь

⁹⁵ *Hart H.L.A.* Positivism and the Separation of Law and Morals // *Harvard Law Review*. Vol. 71 (1958). P. 619 [русское издание: *Харт Г.Л.А.* Позитивизм и разграничение права и морали / Пер. с англ. // *Правоведение*. 2005. № 5. С.127–128].

III. Критика позитивистских понятий права

этого результата, ему, по специфическим причинам уголовно-правового характера, лишь потребуется распространить принцип «*nulla poena sine lege*» на все установленные и [социально] действенные нормы и только на них, независимо от их несправедливого содержания. В таком случае, чтобы защитить гражданина, формула *Радбруха* ограничивается в части уголовного права принципом «*nulla poena sine lege*». Соответственно указанная формула действует только вне сферы уголовного права. Предпочтительнее, однако, другой ответ. Формула *Радбруха* ведет к наказанию лишь таких деяний, несправедливое содержание которых настолько экстремально и потому настолько очевидно, что распознать его легче, чем во многих обычных уголовных делах⁹⁶. Это приемлемо тогда, когда (как в деле о доносе) речь идет не о создании с помощью непозитивистского понятия права норм, которые обосновывают наказуемость деяния, а о том, чтобы отвергнуть законную несправедливость, которая ведет к освобождению от уголовной ответственности. Если несправедливость этих норм столь экстремальна и потому очевидна настолько, что каждый может четко распознать ее, то не может быть и речи о скрытой обратной силе [закона]. Поскольку в момент совершения деяния его несправедливость была ясно различима, поскольку в тот момент несправедливость была настолько экстремальной и потому очевидной, что каждый был в состоянии распознать это, постольку уже на момент совершения преступления данные нормы не являлись правом, которое могло бы исключить уголовную ответственность. Следовательно, правовое положение не изменяется задним числом, а лишь устанавливается, каким оно было в момент совершения деяния. Если аргумент несправедливости ограничивается слабым соединительным тезисом и применяется только

⁹⁶ Это верно отмечает Отт. См.: *Ott W. Die Radbruch'sche Formel. Pro und Contra // Zeitschrift für Schweizerisches Recht N.F. [Neue Folge]. 107 (1988). S. 355.*

в случае крайней и в силу этого очевидной несправедливости, о скрытой обратной силе [закона] и, следовательно, о нечестности не может быть и речи.

4.2.1.9. Вывод

Рассмотрев применительно к отдельным нормам слабую версию аргумента несправедливости, которая содержится в формуле *Радбруха*, взвесив аргументы «за» и «против», следует сделать вывод, что доводы в пользу аргумента несправедливости сильнее, чем возражения. Все возражения можно было, как минимум, опровергнуть в такой мере, что получилась «ничья». Были также выявлены преимущества аргумента несправедливости. Так, в рамках аргумента эффективности были даны комментарии в отношении эффекта риска, который в неправовом государстве может оказать определенное воздействие, направленное против законной несправедливости. Особым весом обладает указанная в дискуссии об аргументе ненужности необходимость позитивистского понятия права после крушения неправового государства. Если новый законодатель не примет необходимых мер и если в силу действующего отныне конституционного права законную несправедливость нельзя объявить не имеющей значения для решения, которое надлежит принять в новых условиях, то необходимость позитивистского понятия права вытекает из уважения основных прав граждан и притязания на правильность, которым непреложно связаны судебские решения. Касательно сферы уголовного права было показано, что аргумент несправедливости в его слабой версии согласуется с принципом «*nulla poena sine lege*». Однако также было выявлено, что опровержение ряда доводов, направленных против позитивистского понятия права, зависит от возможности рационального обоснования минимальных моральных

требований. Речь здесь идет об основополагающем каталоге элементарных прав человека. Если такое обоснование не удастся, то позитивистские противники аргумента несправедливости были бы опровергнуты с помощью юридической практики, которая традиционно базируется на правах человека. Хотя само по себе это и не является опровержением в буквальном смысле слова, но с практической точки зрения приближается к такому опровержению.

4.2.2. Правовые системы

Следует рассмотреть вопрос, можно ли применить аргумент несправедливости не только к отдельным нормам, но и к правовым системам в целом. Мы уже пришли к выводу, что система норм, которая не выдвигает притязания на правильность – ни напрямую, ни косвенно, – с позиции наблюдателя к правовым системам не относится⁹⁷. Также было отмечено, что это обстоятельство не влечет серьезных практических последствий, поскольку фактически существующие системы норм, как правило, содержат в себе притязание на правильность, как бы слабо оно не было обосновано. Практически значимые проблемы возникают только тогда, когда указанное притязание заявлено, но не выполнено. Аргумент несправедливости вступает в игру, если при этом преодолевается порог крайней несправедливости. Вопрос состоит в том, возникают ли в результате последствия, которые затрагивают правовую систему в целом и, следовательно, выходят за рамки простой суммы последствий крайне несправедливых отдельных норм.

Аргумент такого вида в отношении системы в качестве целого мы находим у *Мартина Криле*. Его отправной точкой

⁹⁷ См.: глава 2, III, 3.2.

служит тезис о том, что «подчинение праву составляет моральную обязанность при условии, что право „в целом“ учитывает моральные требования»⁹⁸. Согласно *Криле* это условие выполнено, если правовая система основана на принципах демократического конституционного государства. Противоположная ситуация наблюдается в тоталитарных диктатурах. В целом аргумент указывает, что правовая обязанность одновременно выступает обязанностью моральной; он также нацелен на связанный с этим вопрос о легитимности правовых систем и отдельных правовых норм.

Приведенное положение проясняет, что проблема, которую рассматривает *Криле*, не идентична исследуемой здесь проблеме. Отсутствие легитимности еще не означает отсутствие правового качества; возможно также, что определенная норма считается правовой, несмотря на то, что она устанавливает правило, противоречащее моральной обязанности. Так, *Криле* говорит об «аморальном праве»⁹⁹. Следовательно, чтобы обозначить проблему, которая стоит перед нами, аргумент *Криле* необходимо преобразовать и сформулировать как аргумент, нацеленный на правовой характер. Рассматриваемая здесь разновидность данного аргумента указывает, что система норм утрачивает правовой характер, если она в целом несправедливая. Эта формула может быть истолкована по-разному. Мы рассмотрим две ее интерпретации: тезис влияния и тезис краха.

4.2.2.1. Тезис влияния

Тезис влияния утверждает, что отсутствие правового характера у основополагающих по содержанию норм правовой

⁹⁸ *Kriele M. Recht und praktische Vernunft. Göttingen, 1979. S. 117.*

⁹⁹ *Ibid. S. 125.*

III. Критика позитивистских понятий права

системы влечет за собой отсутствие правового качества у всех норм, типичных для данной системы, и в этом смысле воздействует на них. Тезис влияния рассматривается в трудах *Криле* в рамках его исследования. Это вытекает из его положения,

«что и в тоталитарных государствах имеются непосредственно легитимированные законы, а именно законы, которые не типичны для системы и в качестве исключения соответствуют моральным требованиям. Законы о соблюдении договоров, заключении брака, запрете убийства или правила дорожного движения признаются легитимными и в таких государствах, поскольку они при сопоставлении с просвещенными стандартами также остаются оправданными. Такие законы легитимны не благодаря, а вопреки их происхождению из тоталитарной системы, с которой они связаны только внешне, но не внутренне»¹⁰⁰.

Если следовать этому аргументу, то отдельная норма в крайне несправедливой правовой системе теряет правовой характер не только тогда, когда она сама по себе является крайне несправедливой. Для утраты правового качества достаточно того, что она как «типичная для системы» норма разделяет судьбу всей системы, что может произойти и до достижения порога крайней несправедливости. Тезис влияния тем самым представляет типичный случай аргумента совокупности, согласно которому отдельный элемент обладает определенным качеством в силу его принадлежности к целому, которое этим качеством обладает, хотя сам по себе он не обладал бы этим качеством. Аргумент совокупности действительно способен без труда объяснить, как крайняя

¹⁰⁰ *Kriele M. Recht und praktische Vernunft. Göttingen, 1979. S. 125–126.*

несправедливость может повлечь за собой последствия для правового характера системы норм в качестве целого, которые выходят за рамки простой суммы последствий крайне несправедливых отдельных норм. Однако вначале придется ответить на вопрос: является ли тезис влияния и, следовательно, тезис совокупности, приемлемым? Решающим обстоятельством для ответа на этот вопрос служит то, что речь идет не о моральной правильности, справедливости или соблюдении просвещенных стандартов, а исключительно о правовом характере. Пояснения, предпринятые в отношении аргумента несправедливости в свете формулы *Радбруха*, по поводу отдельных норм, показали, что правовая определенность и стабильность выступают главным аргументом против того, чтобы отказать надлежаще установленным и социально действенным нормам в правовом качестве. Только случаи крайней несправедливости в силу их относительно четкой распознаваемости могут перевесить аргумент правовой определенности и стабильности. Это положение применимо и к правовой системе в целом. Правовой определенности и стабильности был бы нанесен значительный ущерб, если бы норма утратила свой правовой характер еще до достижения порога крайней несправедливости в силу того, что она каким-либо образом разделяет несправедливое содержание системы в целом и поэтому является для нее типичной. Правовая норма может быть в большей или меньшей степени причастна к несправедливому содержанию всей системы. Она может быть типичной для системы в той или иной мере. Должна ли любая, даже малейшая причастность вести к потере нормой правового характера? Если да, как мы сможем определить, причастна ли определенная норма, пусть даже в малой степени, к несправедливому содержанию всей системы? Достаточно ли уже того, что она время от времени толкуется и применяется типичным для системы образом, хотя

могла бы толковаться и применяться иным образом? Если малейшей причастности недостаточно, какая мера участия необходима? Каким образом должна определяться мера этого участия, чтобы отвечать требованиям правовой определенности и стабильности? Эти вопросы со всей очевидностью демонстрируют, что любое отрицание правового характера до достижения порога крайней несправедливости наносит значительный ущерб правовой определенности и стабильности. В случаях крайней несправедливости ограничение принципа правовой определенности и стабильности еще остается приемлемым. Любое дальнейшее ограничение таковым уже не является. Это означает, что если речь идет о правовом характере, следует придерживаться критерия крайней несправедливости, и этот критерий должен применяться по отношению к отдельным нормам и только к ним. В ином контексте тезис влияния может быть убедительным, но в качестве положения о правовом характере он таковым не является. Следовательно, он не может привести к тому, что несправедливый характер системы в целом вызовет последствия, которые выходили бы за рамки суммы последствий при применении аргумента несправедливости в отношении отдельных норм.

4.2.2.2. Тезис краха

Изложенные положения подводят к вопросу, предполагает ли вторая интерпретация иной результат. Такой интерпретации придерживается тот, кто толкует положение об утрате системой норм правового характера по смыслу тезиса краха, если система в целом крайне несправедливая. Тезис краха в отличие от тезиса влияния утверждает, что отдельная норма по моральным причинам утрачивает свой правовой характер только в том случае, если она является крайне несправедливой. Следовательно, в его основе лежит аргумент несправедливости в

отношении отдельных норм в виде формулы *Радбруха*. Применительно к отдельным нормам тезис остается без дополнений. В отношении системы в целом утверждается, что она как правовая система терпит крах, если за многими, в особенности основополагающими для системы отдельными нормами, нельзя признать правового качества. В соответствии с указанным тезисом причину краха формирует не какое-то влияние, а простой факт, что в такой ситуации ничего иного для правовой системы фактически не остается.

В тезисе краха верным является то, что характер правовой системы может радикально меняться, если очень многим, особенно важным для системы отдельным нормам будет отказано в правовом качестве. В таком случае можно говорить об изменении идентичности правовой системы по содержанию и в этом – и только в этом – смысле говорить о крахе старой системы. Решающим обстоятельством, однако, здесь выступает то, что в отличие от идентичности по содержанию в отношении существования системы как правовой о ее крахе не может быть и речи. Даже если за многими отдельными нормами, среди которых множество важнейших для системы норм, по моральным причинам нельзя признать правового качества, система может оставаться правовой системой. Предпосылкой тому выступает сохранение правового характера определенным минимальным количеством норм, которое необходимо для функционирования правовой системы. Предположим, существует правовая система, конституция которой наделяет диктатора безграничными полномочиями в сфере нормативного регулирования. Предположим также, что 30% норм, принятых диктатором в силу его полномочий, принадлежат к крайне несправедливым; 20% норм считаются несправедливыми, но не крайне несправедливыми; 20% норм являются нейтральными с точки зрения морали; и, наконец, оставшиеся 30% норм соответствуют морали. 30% крайне несправедливых норм придают

данной несправедливой системе ее специфический характер. В отношении 30% соответствующих морали норм речь идет, например, о нормах договорного права, обязательствах из причинения вреда, социальном обеспечении. По формуле *Радбруха* только тем нормам следует отказать в правовом качестве, которые относятся к крайне несправедливым, то есть в нашем случае 30%. На оставшиеся 70% норм данная формула не распространяется. Существование правовой системы было бы под угрозой только в том случае, если 30% крайне несправедливых норм оказывали бы влияние на норму о компетенции таким образом, что она целиком утратила бы правовой характер как крайне несправедливая, поскольку тогда и оставшиеся 70% норм, принадлежащих к системе, потеряли бы основу своей действительности. Правовая система, как иерархически построенная система, прекратила бы свое существование и в этом смысле потерпела бы крах. Только часть ее норм можно было бы рассматривать как систему, основанную на обычном и/или естественном праве. Однако, несмотря на частичную идентичность норм, это была бы другая система.

Это положение демонстрирует, что нам пришлось бы использовать относительно искусственные конструкции, если бы мы захотели полностью отказать норме о компетенции в правовом характере, если и поскольку на ее основе могут или принимаются крайне несправедливые нормы. Правовые нормы, которые были установлены надлежащим образом на основе социально действенных норм о компетенции, нужно было бы рассматривать в качестве обычного и/или естественного права, чтобы обосновать их действительность. Чтобы понять, что такой подход не является верным также по существу, нужно лишь несколько изменить приведенный пример: не диктатор, а демократически избранный парламент использует свою компетенцию в сфере нормативного регулирования указанным образом. Тогда отпадет возможное возражение, что наделение

отдельной личности безграничной компетенцией в сфере нормативного регулирования представляется крайне несправедливым. Норма о компетенции сама по себе не была бы в таком случае крайне несправедливой. Крайне несправедливые нормы, установленные на ее основе, составляют лишь часть ее последствий. Но это означает, что 30% крайне несправедливых норм не ведут к потере правового качества нормы о компетенции как таковой¹⁰¹. Правовая система в целом не терпит краха.

Следовательно, можно заключить, что применение аргумента несправедливости к правовой системе в целом не влечет за собой последствий, которые выходили бы за рамки суммы последствий его применения в отношении отдельных норм¹⁰².

4.3. Аргумент принципов

Аргумент несправедливости нацелен на исключительную ситуацию, то есть ситуацию, в которой мы имеем дело с крайне несправедливым законом. При аргументе принципов речь идет о юридической рутине. Его исходную точку составляет

¹⁰¹Показательно, что ФКС в постановлении о конкордате (договор нацистской Германии с Ватиканом 1933 года) обсуждаемую здесь проблему не упомянул, ограничившись рассмотрением совсем иного вопроса. Следует ли все нормы, установленные законом от 24 марта 1933 года, который наделил Имперское правительство Германии неограниченной компетенцией в сфере нормативного регулирования, в обязательном порядке рассматривать в качестве действующего права, что отвергается: «С установлением нового порядка принятия нормативно-правовых актов еще ничего не сказано о том, что вынесенные на его основе законы и постановления могут быть признаны в качестве действующего права. Это зависит от их *содержания*. Если они противоречат сути и возможно содержанию права, они не могут быть признаны действующим правом» (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Band 6 (1957). S. 331–332).

¹⁰²Напротив, характер системы в целом имеет большое значение в другом аспекте, а именно при международном признании государств и правительств. При этом речь идет о коллизии принципов эффективности и легитимности, причем как в теории, так и в практике признания доминирует принцип эффективности. См., например: *Ipsen K.* (Hrsg.). *Völkerrecht*. München, 1990. S. 237.

III. Критика позитивистских понятий права

вывод юридической методологии, с которым согласны как позитивисты, так и непозитивисты. Всякое позитивное право отличается, как замечает *Харт*, открытой структурой (*open texture*)¹⁰³. Это обусловлено разными причинами, среди которых особый смысл приобретает многозначность используемых в нормативно-правовых актах терминов, возможность коллизии между различными нормами, отсутствие нормы, на основе которой можно было бы вынести решение, возможность в специальных случаях выносить решение вопреки дословному тексту закона¹⁰⁴. Таким образом, можно говорить о «зоне неопределенности» позитивного права, которая в той или иной степени присутствует в каждой правовой системе. Случай юридической практики, попадающий в зону неопределенности позитивного права, можно назвать «сложным случаем или сложным судебным делом».

С точки зрения позитивистской теории этот вывод можно истолковать лишь единственным способом. В зоне неопределенности вынести решение на основе позитивного права невозможно по определению, так как если это можно было бы сделать, то мы бы не находились в указанной зоне. Поскольку лишь позитивное право является правом, постольку в зоне неопределенности, то есть при разрешении всех сложных дел, судья должен выносить решения, руководствуясь неправовыми или внеправовыми критериями. Тем самым позитивное право наделяет судью компетенцией создавать новое право по внеправовым критериям, иными словами, фактически выступать в роли законодателя¹⁰⁵. Свыше ста лет назад *Джон Остин* так

¹⁰³ *Hart H.L.A. The Concept of Law. Oxford, 1961. P. 124* [русское издание: *Харт Г.Л.А. Понятие права / Пер. с англ. СПб., 2007. С. 130–131, 259*].

¹⁰⁴ См.: *Alexy R. Theorie der juristischen Argumentation. 2. Aufl. Frankfurt a.M., 1991. S. 17–18.*

¹⁰⁵ См., например: *Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 350–351*

выразил эту мысль: «So far as the judge's arbitrium extends, there is no law at all»¹⁰⁶.

Напротив, аргумент принципов утверждает, что даже в зоне неопределенности позитивного, то есть установленного и действенного права, судья связан правом, и именно способом, создающим необходимую связь между правом и моралью¹⁰⁷. С указанным тезисом согласуется позиция ФКС в упомянутом ранее Постановлении о развитии права посредством судебной практики:

«Право не идентично совокупности писаных законов. Наряду с писаными законами государственной власти при определенных обстоятельствах может существовать иное право»¹⁰⁸.

В основе аргумента принципов лежит различие между правилами и принципами¹⁰⁹. Правила – это нормы, которые при наличии обстоятельств, установленных гипотезой данной нормы,

¹⁰⁶ «Если решение выносится на основе судейского усмотрения, то оно вообще не является правовым». См.: *Austin J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. 5th edn. Vol. 2. London, 1885. P. 664.

¹⁰⁷ В этом смысле *Ф. Быдлински* именует свой аргумент «методологическим аргументом» (*Bydliniski F. Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Wien, New York, 1982. S. 289–290), а *Р. Дворкин*, понимая право как интерпретационную практику, объясняет: «Law is an interpretative concept». См.: *Dworkin R. Law's Empire*. Cambridge, Mass., 1986. P. 87, 410. Подробнее см.: *Bittner C. Recht als interpretative Praxis*. Berlin, 1988. S. 20–25; *Strolz M.M. Ronald Dworkins These der Rechte im Vergleich zur gesetzgeberischen Methode nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB*. Zürich, 1991. S. 98–118.

¹⁰⁸ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Band 34 (1973). S. 287.

¹⁰⁹ Подробнее см.: *Dworkin R. Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass., 1977. P. 14–45 [русское издание: *Дворкин Р. О правах всерьез* / Пер. с англ. М., 2004. С. 35–75; 109–119]; *Alexy R. Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden, 1985. S. 71–131; *Sieckmann J.-R. Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden, 1990. S. 52–87.

предусматривают наступление определенного правового последствия, то есть при выполнении определенных предпосылок с достаточной степенью определенности что-то требуют, запрещают, разрешают или наделяют какими-либо полномочиями. Упрощенно их можно назвать «*определенными предписаниями*». Характерной формой их применения выступает юридическая квалификация. Напротив, принципами являются *предписания оптимизации*. К таковым относятся нормы, которые предписывают: нечто должно быть претворено в жизнь наиболее полным образом в зависимости от фактических и правовых возможностей. Это означает, что они могут быть реализованы в различной степени, а объем надлежащего их воплощения зависит не только от фактических, но и правовых возможностей. Правовые возможности реализации определенного принципа зависят не только от норм, но и в значительной степени от других, противоположных принципов. Последнее подразумевает, что принципы могут и должны быть сбалансированы. Достижение баланса между принципами (оценка веса, взвешивание принципов) является типичной формой реализации принципов.

Путь от такого нормативно-теоретического различия к необходимой связи права и морали пролегает через три тезиса, которые можно назвать «тезисом инкорпорации», «тезисом морали» и «тезисом правильности». Необходимая связь, которую можно обосновать с помощью указанных тезисов, во-первых, относится к терминологическому виду, во-вторых, имеет квалифицирующий, а не классифицирующий характер (как в случае с аргументом несправедливости), и, в-третьих, существует только для участника, но не для наблюдателя правовой системы.

4.3.1. Тезис инкорпорации

Тезис инкорпорации утверждает, что любая хотя бы в минимальной степени развитая правовая система в обязательном

порядке содержит в себе принципы. Инкорпорация легко устанавливается, если речь идет о развитой правовой системе. В качестве примера можно привести правовую систему Федеративной Республики Германия. Основным закон, закрепив принципы достоинства человека (абз. 1 ст. 1), свободы (абз. 1 ст. 2), равенства (абз. 1 ст. 3), правового государства, демократии и социального государства (ст. 20, абз. 1 ст. 28), инкорпорировал основные принципы современного естественного права и права разума, а тем самым и современную мораль права и государства в правовую систему Федеративной Республики Германия в качестве принципов позитивного права. Несмотря на различия в технике инкорпорации и особенности в расстановке акцентов, это также действует по отношению ко всем правовым системам государств, утверждающим ценности демократии и правового государства.

Ни один позитивист не будет оспаривать приведенные положения при условии, что он допускает возможность существования в правовой системе принципов наряду с нормами. Вместе с тем он будет отрицать, что из этого вытекает терминологически необходимая связь между правом и моралью, используя в доказательство множество различных аргументов. Первый из них утверждает, что вопрос о возможности инкорпорации в определенную правовую систему каких-либо принципов относится исключительно к позитивному праву¹¹⁰. Если бы это было верным, то аргумент принципов потерпел бы поражение уже в первом раунде. Но и в этом случае можно было бы утверждать наличие связи между правом и моралью, обоснованной позитивным правом. Данное положение соответствовало бы юридическому позитивизму, поскольку

¹¹⁰См.: *Hoerster N.* Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff // *Juristische Schulung.* 27 (1987). S. 186; *Hoerster N.* Zur Verteidigung des Rechtspositivismus // *Neue Juristische Wochenschrift.* 39 (1986). S. 2481.

III. Критика позитивистских понятий права

позитивизм не отрицает, что позитивное право, как подчеркивает Хёрстер, «может обеспечить учет морали»¹¹¹. Позитивизм настаивает только на том, что позитивное право само решает, должно ли это произойти.

Следовательно, вопрос ставится следующим образом: только ли некоторые правовые системы, основанные на позитивном праве, или все правовые системы обязательно содержат в себе нормы-принципы? Ответ на этот вопрос будет рассмотрен с позиции участника, а именно судьи, который должен вынести решение по сложному делу, то есть случаю юридической практики, который попадает в зону неопределенности правовой системы и, таким образом, не может быть разрешен только на основе установленных предписаний (*autoritatives Material*). В качестве критерия, определяющего, опирается ли судья в своем решении на принципы, используется положение о том, предпринимает ли судья при его вынесении поиск баланса [между различными ценностями]. Примем за основу следующее: если кто-либо осуществляет при вынесении решения поиск баланса [ценностей], он неизбежно опирается на принципы. Причина здесь кроется в том, что поиск баланса необходим именно тогда, когда имеются противоположные основания (ценности), которые по отдельности представляют собой хорошую базу для принятия решения и лишь постольку не ведут к определенному решению напрямую, поскольку существуют другие основания (ценности), требующие иного решения. Такие основания являются либо принципами сами по себе, либо из них вытекают¹¹².

¹¹¹ Hoerster N. Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff // Juristische Schulung. 27 (1987). S. 186.

¹¹² К. Гюнтер утверждает, что различие между правилами и принципами следует понимать не как различие между двумя видами норм, а исключительно как различие между двумя видами применения норм (Günther K. Der Sinn für Angemessenheit. Frankfurt a.M., 1988. S. 272–279). На это следует возразить, что модель, которая отображает различие как на уровне норм, так и на уровне применения, является

Позитивист может согласиться с этим, однако будет отрицать, что из этого следует [вывод], что все правовые системы, в которых судья при разрешении сложных дел прибегает к поиску баланса [ценностей], содержат в себе принципы. Он может утверждать, что сам по себе факт поиска баланса [ценностей] еще не означает, что принципы, вес которых определяется, относятся к правовой системе. Этими принципами могут быть просто моральные либо иные внеправовые принципы, и требование найти между ними баланс является в таком случае не правовым, а внеправовым постулатом. Этому можно противопоставить то, что для участника правовая система является не только системой норм как результат деятельности по их установлению, но и системой процедур, и, исходя из позиции участника основания, которыми он руководствуется в процессе принятия и обоснования решения, являются составной частью процедуры и тем самым правовой системы.

Противник аргумента принципов не должен на этом успокаиваться. Он может возразить, что из простого факта, что судья руководствуется в процессе принятия и обоснования решения определенными основаниями, а именно принципами, еще нельзя сделать вывод о том, что последние являются составной частью правовой системы. Однако это возражение можно легко опровергнуть с помощью аргумента правильности. Как уже было отмечено, решение судьи обязательно содержит в себе притязание на правильность¹¹³. В силу необходи-

более содержательной. Она может объяснить, почему имеет место определенный вид применения. Кроме того, различия между правилами и принципами нельзя игнорировать уже по той причине, что только с их помощью могут быть адекватно реконструированы такие понятия, как ограничение определенного [субъективного] права (см.: *Alexy R. Theorie der Grundrechte. Baden-Baden, 1985. S. 249–293*).

¹¹³См.: глава 2, III, 4.1.

III. Критика позитивистских понятий права

мой связи с судебным решением данное притязание является правовым, а не просто моральным притязанием. Правовому притязанию на правильность соответствует правовая обязанность его выполнить независимо от того, в чем заключаются правовые последствия нарушения этой обязанности. Притязание на правильность требует, чтобы при разрешении сложного судебного дела по возможности всегда предпринималась попытка достижения баланса [ценностей] и, таким образом, осуществлялся учет принципов. Так, притязание на правильность наверняка не будет выполнено, если судья при разрешении сложного дела из двух возможных решений, каждое из которых согласуется с существующими предписаниями (*authoritatives Material*), выберет одно со следующим обоснованием: «Если бы я попытался достигнуть баланса [различных ценностей], я бы пришел к другому решению, но я не пытался его достигнуть». Таким образом, очевидно, что во всех правовых системах, в которых встречаются неординарные случаи юридической практики и при их решении встает вопрос о поиске баланса [ценностей], его достижение и тем самым учет принципов является юридически необходимым. Это означает, что во всех правовых системах подобного типа принципы в силу правовых причин составляют обязательный элемент правовой системы.

Противнику аргумента принципов остается единственный выход. Он может утверждать, что возможно функционирование правовых систем, в которых не найдется ни одного сложного случая юридической практики, и тем самым потребность в достижении баланса [ценностей] вообще не возникнет. Поскольку в таких правовых системах решения могут приниматься без учета принципов, тезис о том, что все правовые системы обязательно содержат в себе нормы-принципы, не соответствует действительности. В связи с этим возникает любопытный эмпирический вопрос: существовали ли правовые системы, в которых

не нашлось ни одного сложного случая юридической практики? И все же здесь рассматривать этот вопрос нет необходимости. Такая система в любом случае не была бы развитой правовой системой даже в минимальной степени. В итоге мы пришли к следующему выводу: начиная с низшей ступени развития все правовые системы обязательно содержат в себе принципы. Этого достаточно, чтобы с помощью аргумента принципов установить необходимую связь между правом и моралью. Поэтому тезис, согласно которому все правовые системы обязательно содержат в себе принципы, можно дополнить положением о том, что он распространяется только на правовые системы, имеющие определенный минимальный уровень развития. Приведенная оговорка не вредит аргументу принципов.

4.3.2. Тезис морали

Из положения о том, что все правовые системы, начиная с определенного минимального уровня развития, обязательно содержат в себе нормы-принципы, еще не следует, что между правом и моралью существует необходимая связь. К примеру, сам по себе факт, что во всех правовых системах государств, утверждающих ценности демократии и правового государства, инкорпорированы основные принципы современной морали права и государства, еще не доказывает неизбежной связи между правом и моралью. Любой позитивист может сказать, что инкорпорация именно этих принципов основывается на позитивном праве. Это позволяет усилить смысл приведенного утверждения, сказав, что вопрос о том, устанавливаются ли принципы правовой системы связь между правом и моралью, остается на усмотрение позитивного права.

Чтобы возразить на это, потребуется сравнить две версии тезиса о необходимой связи между правом и моралью: слабую и сильную. Слабая версия тезиса утверждает, что связь

III. Критика позитивистских понятий права

существует между правом и *какой-либо* моралью. Сильная версия подчеркивает: связь существует между правом и *правильной* моралью. Для начала рассмотрим слабую версию данного тезиса. Речь идет о тезисе, согласно которому обязательное присутствие принципов в правовой системе доказывает необходимую связь между правом и *какой-либо* моралью. Данный тезис можно обозначить как «*тезис морали*».

Тезис морали является верным, если в числе принципов, которые в целях соответствия притязанию на правильность необходимо учитывать при рассмотрении неординарных случаев юридической практики, всегда находятся такие, которые относятся к *какой-либо* морали. Это действительно так. При разрешении сложных судебных дел речь идет о поиске ответа на практический вопрос, ответа, который нельзя с уверенностью вывести из существующих предписаний (*authoritatives Material*). Решить практический вопрос в правовой сфере – это значит сказать, что есть должное. Тот, кто намерен сказать, что есть должное, и не может при этом сослаться исключительно на решения властной инстанции, должен учесть все релевантные принципы, если он хочет соответствовать притязанию на правильность. Среди принципов, значимых для решения практического вопроса, всегда находятся такие, которые относятся к *какой-либо* морали. Указанные принципы не должны быть такими абстрактными, как принцип свободы или принцип правового государства. Часто они относительно конкретны, как, например, принцип защиты доверия [участников правоотношений] или принцип охраны окружающей среды. Также они могут, как, например, принцип расового превосходства, существенно отличаться по содержанию от принципов демократического конституционного государства. Здесь важно только то, что эти принципы всегда одновременно являются принципами *какой-либо* морали, и не имеет значения – правильной или ложной.

Позитивист может возразить, что это согласуется с его теорией. Ведь юридический позитивизм как раз подчеркивает, что при разрешении сложных дел судья должен выносить решения на основе внеправовых критериев, к которым относятся моральные принципы¹¹⁴. Однако при этом он упускает из виду один существенный аспект. Во-первых, согласно тезису инкорпорации принципы составляют обязательную составную часть правовой системы; во-вторых, согласно тезису морали они непременно включают в себя такие принципы, которые относятся к какой-либо морали. Двойное качество принципов – обязательная принадлежность одновременно и к праву, и к морали – означает, что решение судьи по сложному делу должно быть истолковано не так, как это происходит в теории юридического позитивизма. Поскольку моральные принципы по своему содержанию инкорпорированы в право, постольку судья, который руководствуется ими, выносит решение на основе правовых критериев. Используя многозначную дихотомию формы и содержания, можно заключить, что по содержанию он (судья) выносит решение на основе моральных норм, а по форме – на основе правовых.

4.3.3. Тезис правильности

Пока было только показано, что аргумент принципов ведет к необходимой связи между правом и какой-либо моралью. Возражение, что этого недостаточно, лежит на поверхности. Если речь идет о необходимой связи права и морали,

¹¹⁴См.: Hart H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford, 1961. P. 199: «The law of every modern state shows at a thousand points the influence of both the accepted social morality and wider moral ideals». («Право любого современного государства демонстрирует в тысячах проявлений влияние и общепринятой морали, и более широких моральных идеалов» [русское издание: *Харт. ГЛА. Понятие права* / Пер. с англ. СПб., 2007. С. 204]).

то обычно имеется в виду необходимая связь между правом и правильной моралью. Это, в частности, верно применительно к позиции участника. Приведенное возражение действительно поставило бы непозитивиста в затруднительное положение, если бы с помощью аргумента принципов не удалось доказать существования необходимой связи между правом и правильной моралью. То, что это ему удается сделать, составляет содержание *тезиса правильности*. Тезис правильности является результатом применения аргумента правильности в рамках аргумента принципов.

Тезис правильности не встречает трудностей, если содержание принципов позитивного права является с точки зрения морали должным или хотя бы допустимым. В пример можно привести шесть главных принципов Основного закона: принципы достоинства человека, свободы, равенства, правового государства, демократии и социального государства. В качестве предписаний оптимизации данные принципы требуют возможно полной их реализации. В совокупности они требуют наиболее полной реализации правового идеала демократического и социального правового государства¹¹⁵. Если указанные принципы или их многочисленные подпринципы (требования) подлежат применению при разрешении сложного дела, на судью возлагается юридическая обязанность оптимизации [в достижении баланса между ними] в отношении данного конкретного дела. При этом речь идет об ответе на правовой вопрос, который по своему содержанию также относится к вопросам политической морали. По меньшей мере часть аргументов, с помощью которых судья обосновывает свое решение, по содержанию имеет характер моральных аргументов. Из этого следует, что непреложно

¹¹⁵ См.: Dreier R. Rechtsbegriff und Rechtsidee. Frankfurt a.M., 1986. S. 30–31.

связанное с судебным решением притязание на правильность включает в себя притязание на моральную правильность. Таким образом, в правовых системах, позитивно-правовые принципы которых имеют своим содержанием то, что с точки зрения морали является должным или по меньшей мере допустимым, существует необходимая связь между правом и правильной моралью.

Противник аргумента принципов может возразить, что только в морально оправданных правовых системах это ведет к необходимой связи между правом и правильной моралью, но отнюдь не к абсолютно необходимой связи как таковой, которая была бы применимой в отношении всех правовых систем. В этом случае он может сослаться на такую правовую систему, как национал-социализм, с ее принципом расового превосходства и принципом фюрера (вождя)¹¹⁶, которые основаны совсем на иной морали, чем принципы Основного закона. Каким образом, может он спросить, применение аргумента правильности в рамках аргумента принципов может привести здесь к необходимой связи между правом и моралью?

Аргумент принципов пересекается здесь с аргументом несправедливости. И все же это не имеет решающего значения. Определяющим является то, что даже решение судьи, который применяет принцип расового превосходства и принцип вождя, содержит в себе притязание на правильность. Притязание на правильность подразумевает *притязание на обоснованность*.

¹¹⁶См., к примеру: *Stuckart W., Globke H. Kommentare zur deutschen Rassengesetzgebung. Band 1. München, Berlin, 1936. S. 7, 13: «Ответственные руководители государства обязаны проверять расовую чистоту вверенного им народа и предпринимать необходимые меры, чтобы по меньшей мере предотвратить потерю лучших расовых признаков и по возможности укреплять ядро народа». И далее: «Таким образом, из расовой идеи неизбежно вытекает идея фюрера (вождя). Следовательно, народное государство обязательно должно быть государством фюрера».*

Это притязание не только ограничивается тем, что судебное решение может быть обосновано в духе какой-либо морали и потому является правильным, но и распространяется на то, что решение является верным в духе обоснованной – и в силу этого – правильной морали. Необходимая связь между правом и правильной моралью возникает постольку, поскольку притязание на правильность включает в себя притязание на моральную правильность, которое охватывает лежащие в основе решения моральные принципы.

Критик может возразить, что связь между правом и правильной моралью становится настолько расплывчатой, что ни о какой необходимой связи не может быть и речи. Во-первых, здесь говорится лишь о притязании, а не о его выполнении. Во-вторых, имеется в виду только правильная мораль, но ничего не сказано о том, в чем она состоит. Оба замечания корректны, однако они не опровергают соединительного тезиса.

Легко определить, что вне сферы аргумента несправедливости, то есть до определенного порога крайней несправедливости, только притязание, а не его выполнение может установить связь между правом и правильной моралью. Тот, кто решающее значение придает его выполнению, чересчур преувеличивает. Тем самым он утверждает, что право, в том числе каждое судебное решение, обязательно выполняет притязание на моральную правильность, иными словами, право всегда является правильным с моральной точки зрения. Последнее подразумевает: все, что морали не соответствует, правом не является. Уже в дискуссии об аргументе несправедливости было отмечено, что такого избыточно сильного тезиса придерживаться нельзя. Поэтому здесь можно вести разговор не о классифицирующей, а лишь о квалифицирующей связи. До определенного порога крайней несправедливости противоречие с моралью не приводит к тому, что сомнительная норма или спорное решение теряют правовой характер, то есть не

являются правом (классифицирующая связь). Противоречие ведет только к тому, что они представляют собой юридически ошибочную норму или ошибочное решение (квалифицирующая связь). Притязание на правильность, обязательно связанное с правом, включает в себя притязание на моральную правильность. Данный факт является причиной того, что хотя до определенного порога крайней несправедливости противоречие с правильной моралью и не ведет к потере правового качества, однако неизбежно приводит их к юридическим ошибкам. Классифицирующую связь можно назвать «жесткой», а квалифицирующую связь – «мягкой». Мягкие связи также могут быть необходимыми.

Остается возражение, что простой отсылки к правильной морали недостаточно. Это возражение нельзя опровергнуть посредством представления развернутой системы моральных правил, которые в каждом отдельном случае позволяют с уверенностью сказать, нарушает ли их определенная правовая норма или определенное решение судьи. В то время как за чертой крайней несправедливости в целом достигается консенсус по поводу того, что является несовместимым с моралью, ниже указанного порога многое продолжает оставаться спорным. Однако это не означает, что в данной сфере вообще отсутствуют критерии, определяющие, что справедливо, а что – нет. Ключ к критериям дает притязание на обоснованность, заключенное в притязании на правильность. Из притязания на обоснованность вытекают требования, которым, как минимум, должна соответствовать мораль, чтобы избежать ее идентификации как ложной морали, а также требования, которые мораль должна выполнить по максимуму, чтобы иметь шанс быть правильной моралью¹¹⁷. Примером

¹¹⁷См.: Alexy R. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt a.M., 1991. S. 233–251.

обоснования принципа, не отвечающего указанным требованиям, служит обоснование принципа расового превосходства в комментариях *Вильгельма Штукарта* и *Ганса Глобке*:

«По самым строгим научным меркам мы сегодня знаем, что человек вплоть до глубочайших бессознательных побуждений своего существа, вплоть до мельчайших клеток мозга действительно и неразрывно принадлежит к своему народу и к своей расе. Раса накладывает свой отпечаток на его дух не меньше, чем на его внешность. Она определяет его мысли и чувства, силы и инстинкты, она определяет его суть»¹¹⁸.

Приведенное обоснование не соответствует минимальным требованиям рационального обоснования. Возьмем, к примеру, содержащееся в нем утверждение, что раса определяет мысли человека. Это утверждение никоим образом не соответствует «самым строгим научным меркам», является эмпирически неправильным, что уже доказано повседневным опытом.

Квалифицирующая или мягкая связь, которая становится очевидной, если с точки зрения участника рассматривать правовую систему как систему процедур в том числе, приводит не к обязательной связи права с определенной – рассматриваемой в качестве правильной по содержанию – моралью, но к необходимой связи права с идеей правильной морали в смысле возможности ее обоснования. Эта идея ни в коем случае не является бессодержательной. Ее связь с правом означает, что составную часть права образуют не только специальные правила юридического обоснования, но и общие

¹¹⁸ *Stuckart W., Globke H. Kommentare zur deutschen Rassengesetzgebung. Band 1. München, Berlin, 1936. S. 10.*

правила моральной аргументации, так как правильность в сфере морали возможна постольку, поскольку она возможна на основе этих правил. Более того, идея правильной морали имеет характер регулятивной идеи в смысле цели, к которой необходимо стремиться¹¹⁹. Таким образом, притязание на правильность ведет к идеальному измерению, неизбежно связанному с правом.

¹¹⁹«Но зато они [трансцендентальные идеи] имеют превосходное и неизбежно необходимое регулятивное применение, а именно они направляют рассудок к определенной цели, ввиду которой линии направления всех его правил сходятся в одной точке». *Kant I. Kritik der reinen Vernunft. 2. Aufl. Riga, 1787. S. 672* [русское издание: *Кант И. Критика чистого разума. 2-е изд. / Пер. с нем. // Кант И. Соч. в 6 т. М., 1964. Т. 3. С. 553*].

Глава 3.

Действительность права

I. Понятия действительности

Трем элементам понятия права: социальной действенности, правильности содержания и надлежащему установлению – соответствуют три понятия действительности: социологическое, этическое и юридическое.

1. Социологическое понятие действительности

Предметом социологического понятия действительности является социальная действительность. Какая-либо норма *социально* действительна, если ее соблюдают, либо если ее несоблюдение влечет за собой применение санкций. Данное определение по ряду причин допускает различные толкования. Первая причина заключается в том, что использованные в нем понятия – «соблюдение» и «санкция» – многозначны. В особенности это относится к понятию «соблюдение нормы». Так, можно спросить, является ли внешнее поведение, которое соответствует определенной норме, достаточным для ее соблюдения, либо предпосылкой для этого выступают определенные знания и мотивы соответствующего лица. Если принять за основу последнее, то возникает проблема, присутствие каких знаний и каких мотивов позволит говорить о соблюдении какой-либо нормы. Вторая причина состоит в том, что определенная норма может соблюдаться в различном объеме, что также верно и в отношении санкций за ее несоблюдение. Вследствие этого социальная действительность и тем самым социальная действительность нормы

может достигать различной степени. Так, например, норма, которой следуют в 80% охваченных ею ситуаций и несоблюдение которой в 95% случаев влечет за собой применение санкций, обладает очень высокой степенью действенности. Напротив, степень действенности нормы окажется весьма низкой, если, предположим, ей следуют только в 5% случаев, а ее несоблюдение влечет за собой применение санкций лишь в 3% случаев. Между такими крайними точками ситуация не столь очевидна. Возьмем, к примеру, норму, уровень соблюдения которой составляет 85%, но только в 1% случаев ее несоблюдение влечет за собой наказание, а также норму, уровень соблюдения которой достигает лишь 20%, однако в 98% случаев ее несоблюдение влечет за собой наказание. На вопрос, какая норма из двух обладает более высокой степенью действенности, невозможно ответить, ограничившись только сравнением количественных показателей. Ответ на этот вопрос определяется значимостью, которую в рамках понятия социальной действительности права, с одной стороны, имеет соблюдение норм, а с другой – наказание при их несоблюдении.

Подробное исследование проблем, связанных с понятием социальной действительности права, осуществляется в сфере социологии права¹²⁰. Эмпирические вопросы, возникающие при исследовании эффективности¹²¹, требуют последующих уточнений. Для целей настоящего исследования достаточно трех выводов. Во-первых, социальная действительность может достигать различной степени. Во-вторых, социальную действительность можно установить с помощью двух критериев: соблюдения [норм] и применения санкций за [их] несоблюдение. Согласно третьему выводу применение санкций за несоблюдение правовых норм включает в себя осуществление

¹²⁰См., например: *Rottleuthner H. Rechtstheorie und Rechtssoziologie. Freiburg i.Br., München, 1981. S. 91–115; Röhl K.F. Rechtssoziologie. Köln etc., 1987. S. 243–251.*

¹²¹См.: *Rottleuthner H. Einführung in die Rechtssoziologie. Darmstadt, 1987. S. 54–77.*

физического принуждения, которое в развитых правовых системах является государственным принуждением¹²².

2. Этическое понятие действительности

Предметом этического понятия действительности является моральная действительность. Норма считается *морально* действительной, если она является морально оправданной. Этическое понятие действительности права лежит в основе теорий естественного права и права разума. Действительность определенной нормы естественного права или права разума основывается не на социальной действительности или надлежащем установлении, а исключительно на ее правильности по содержанию, что должно подтверждаться посредством моральной оправданности.

3. Юридическое понятие действительности

Социологическое и этическое понятия действительности принадлежат к чистым понятиям действительности в том смысле, что они не должны обязательно включать в себя элементы других понятий действительности. Ситуация меняется в случае с юридическим понятием действительности. Его предмет составляет правовая действительность. В случае, когда система норм или отдельная норма абсолютно лишены социальной действительности, иными словами, им не присуща социальная действительность даже в малейшей степени, такая система норм или такая норма не может быть также юридически действительной. Следовательно, понятие правовой действительности обязательно включает в себя также элементы социальной действительности. Если оно включает в себя лишь элементы социальной действительности, речь идет о позитивистском понятии действительности права, но если

¹²²См.: глава 2, II, 1.1.

понятие также охватывает элементы моральной действительности, то имеется в виду непозитивистское понятие правовой действительности.

То обстоятельство, что всеобъемлющее понятие правовой действительности, сформулированное в рамках позитивизма, содержит элементы социальной действительности, а непозитивистское понятие объединяет элементы социальной и моральной действительности, не исключает возможности образования *понятия правовой действительности в узком смысле*. Такое понятие отражает лишь специфические качества правовой действительности, образуя тем самым понятие-противопоставление понятиям социальной и моральной действительности. Такого рода понятие правовой действительности подразумевают в том случае, когда указывают, что определенная норма действует *юридически*, если она издана компетентным органом в предусмотренном порядке, не противоречит высшему по рангу праву, иными словами, установлена надлежащим образом.

Юридическое понятие действительности связано с двумя проблемами: внутренней и внешней. Внутренняя проблема возникает вследствие того, что определение правовой действительности имеет тавтологический характер, то есть предпосылкой для определения правовой действительности служит сама правовая действительность. Иначе как можно объяснить, что понимается под «компетентным органом» или изданием нормы «в предусмотренном порядке»? Эта проблема ведет к проблеме основной нормы. Внешняя проблема заключается в определении соотношения юридического понятия действительности с двумя другими понятиями действительности. Соотношение с этическим понятием действительности уже рассматривалось при анализе юридического позитивизма. Остается исследовать соотношение с социальным понятием действительности. Вначале рассмотрим внешнюю проблему, в рамках которой по причинам систематического характера вновь затрагивается соотношение с этическим понятием действительности права.

II. Коллизии действительности

Экстремальные случаи позволяют выявить то, что в нормальной ситуации едва заметно. В рамках понятий действительности чрезвычайные случаи заключаются в коллизиях действительности. В первую очередь следует рассмотреть коллизию между правовой и социальной действительностью.

1. Правовая и социальная действительность

Как уже было отмечено, то, что действует для системы норм, не всегда должно быть верным для отдельных норм. Поэтому вначале мы обратимся к системе норм.

1.1. Системы норм

Условие правовой действительности системы норм заключается в том, что нормы, которые к ней относятся, *в общем и целом* являются социально действенными, то есть они социально действительны¹²³. Здесь рассматриваются только развитые правовые системы. Правовая действительность норм развитой системы основывается на писаной или неписаной конституции, которая определяет, при наличии каких предпосылок определенная норма составляет часть правовой

¹²³См.: *Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 219* [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 91].

системы и потому считается юридически действительной. Если отдельные нормы, юридически действительные согласно конституционным критериям, утрачивают их социальную действительность, это еще не означает, что конституция, а тем самым и основанная на ней система норм в качестве целого лишается правовой действительности. Это происходит только тогда, когда нормы, принадлежащие к системе норм, в общем и целом социально действенными больше не являются, иными словами, они либо не соблюдаются в общем и целом, либо их нарушение не влечет за собой санкции.

Проблема действительности системы норм в качестве целого обостряется, если две несовместимые системы норм конкурируют между собой. Такая ситуация может сложиться, например, в случае революции, гражданской войны либо отделения части государства. Легко предположить, что будет действовать после окончательной победы одной из сторон. В такой ситуации действует та система норм, которая одержала победу над другой, поскольку данный факт означает, что теперь она становится единственной, в общем и целом социально действенной системой норм. Сложнее выяснить, что действует в период конкуренции между системами норм, то есть в условиях политической борьбы. Известны три возможных варианта. При первом варианте ни одна из двух систем не действует в качестве системы норм, поскольку ни одна из них в общем и целом не является социально действенной. При втором варианте действительна уже та система норм, которая в итоге победит, хотя никому еще неизвестно, какая из них победит. Наконец, третий вариант: старая система норм, не являясь уже в общем и целом действенной, действительна до того момента, пока не утвердится новая система норм, то есть пока она не станет в общем и целом социально действенной. Исследование предложенных вариантов, включая многочисленные промежуточные формы, входит в задачу теории смены правовых систем.

Хёрстер в качестве признака понятия права указывает следующее: система норм только тогда является правовой системой, то есть юридически действительной, когда она «в случае открытого конфликта доминирует над другими нормативными принудительными системами в обществе»¹²⁴. Данный критерий можно назвать «критерием доминанты». Поскольку критерий доминанты содержится в критерии, в соответствии с которым система норм должна быть в общем и целом социально действенной, то он ничего к нему не добавляет. Система норм, которая не доминирует над другими нормативными принудительными системами, не является в общем и целом социально действенной.

1.2. Отдельные нормы

Установленная надлежащим образом норма в общем и целом социально действенной правовой системы не перестает быть юридически действительной лишь потому, что она часто не соблюдается и санкции редко применяются в случае ее несоблюдения. Поэтому в отличие от правовых систем социальная действенность применительно к отдельным нормам в общем и целом не выступает условием их правовой действительности. Причина такого отличия легко устанавливается. Об отдельной норме можно сказать, что она действительна постольку, поскольку принадлежит в общем и целом социально действенной правовой системе. Это не относится к правовой системе, которая не может принадлежать ни к какой другой системе кроме себя самой.

Однако и в случае с отдельными нормами между правовой и социальной действительностью также существует связь, причем коллизия между ними может повлечь за собой

¹²⁴ Hoerster N. Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff // Juristische Schulung. 27 (1987). S. 184.

последствия для правовой действительности. Хотя условием правовой действительности отдельной нормы и не является ее в общем и целом социальная действенность, тем не менее таким условием выступает определенный *минимум социальной действенности или потенциальная возможность социальной действенности*. Этому соответствует феномен дерогации посредством обычного права (*desuetudo*). Дерогация состоит в утрате определенной нормой правовой действительности вследствие падения ее действенности ниже всякого минимума. Указанный минимум, как и в случае социальной действенности правовых систем, не поддается точному определению в качестве общего положения; исключение составляет полное отсутствие действенности. Таким образом, могут возникать случаи, в которых трудно выяснить, утратила ли определенная норма свою правовую действительность вследствие дерогации посредством обычного права или нет.

2. Правовая и моральная действительность

Коллизия между правовой и моральной действительностью уже была рассмотрена в контексте критики позитивистского понятия права¹²⁵. Следовательно, единственным предметом анализа здесь будет сравнение уже полученных результатов в части разрешения коллизии между правовой и социальной действительностью.

2.1. Системы норм

Системы норм, которые прямо или косвенно не содержат в себе притязания на правильность, правовыми системами не

¹²⁵См.: глава 2, III.

являются и потому не могут быть юридически действительными. Данный вывод не имеет широких практических последствий, поскольку фактически существующие правовые системы обычно содержат в себе притязание на правильность, как бы слабо оно ни было обосновано.

Значительные проблемы практического характера возникают там, где притязание на правильность присутствует, однако не выполняется в таком объеме, что система норм должна быть определена как несправедливая или противоправная (*Unrechtssystem*). В таком случае возникает вопрос о возможности применения аргумента несправедливости к системе норм в целом. На первый взгляд кажется очевидным использование формулы, аналогичной той, которая применялась при разрешении коллизии между правовой и социальной действительностью. Иными словами, можно сказать, что система норм утрачивает свою правовую действительность, если она в общем и целом является крайне несправедливой. Однако рассмотрение тезисов влияния и краха показало, что о подобном решении не может быть и речи¹²⁶. Сфера применения аргумента несправедливости ограничивается отдельными нормами. Только тогда, когда на основании аргумента несправедливости приходится отказывать в правовом качестве такому количеству отдельных норм, что для функционирования правовой системы уже не остается необходимого минимального количества норм, система перестает существовать как правовая система. Однако это является не следствием применения аргумента несправедливости к правовой системе в целом, а результатом, связанным с последствиями применения аргумента несправедливости к отдельным нормам. Касательно правовых систем остается лишь отметить наличие асимметрии между соотношением правовой

¹²⁶ См.: глава 2, III, 4.2.2.

и социальной действительности, с одной стороны, и правовой и моральной действительности, с другой. Асимметрия состоит в том, что правовая действительность системы в качестве целого зависит от социальной действительности больше, чем от действительности моральной. Правовая система, которая не является в общем и целом социально действенной, терпит крах. Напротив, правовая система может продолжать свое существование в качестве таковой, хотя в общем и целом ее нельзя оправдать с точки зрения морали. Она терпит крах только тогда, когда по причине крайней несправедливости приходится отказываться в правовом качестве и тем самым в правовой действительности такому количеству отдельных норм, что для функционирования правовой системы уже не остается необходимого минимального количества норм.

Адекватное понятие права зависит от соотношения трех элементов: надлежащего установления, социальной действенности и правильности по содержанию¹²⁷. Теперь очевидно, что надлежащее установление должно сопровождаться социальной действенностью и правильностью по содержанию не в общем, равнозначном соотношении, а, скорее, в упорядоченном, иерархическом отношении.

2.2. Отдельные нормы

Отдельные нормы утрачивают свой правовой характер, а вместе с ним и правовую действительность, если они крайне несправедливы. По своей структуре названный критерий соответствует следующей формуле: отдельная норма теряет свою правовую действительность, если она не обладает определенным минимумом социальной действенности или

¹²⁷См.: глава 2, I.

потенциальной возможностью такой действительности¹²⁸. Оба утверждения подразумевают особый случай. Вместо указания, что отдельная норма должна обладать определенным минимумом социальной действительности или потенциальной возможностью социальной действительности, можно также сказать, что она не может быть крайне недейственной и не должна иметь крайне низкую потенциальную возможность [социальной] действительности. Наоборот, формулу: норма теряет правовую действительность, если она крайне несправедлива, можно заменить формулой: предпосылкой правовой действительности отдельной нормы является то, что она обладает минимальной способностью быть морально оправданной¹²⁹. Последняя формула, однако, предлагает ошибочные толкования. Даже если норма не в крайней степени, а просто несправедлива, она уже не обладает минимальной способностью быть морально оправданной, поскольку несправедливая норма в качестве таковой не может быть оправдана и, таким образом, не может быть оправдана даже в минимальной степени. Несмотря на это, просто несправедливая норма может быть юридически действительной. Однако в соответствии с ориентированной на минимум формулой предполагается, что норма обладает минимальной способностью быть морально оправданной. Чтобы разрешить данное противоречие, понятие «минимальная способность морального оправдания» надлежит использовать не в отношении отдельных норм как таковых, а в отношении их правовой действительности. В силу моральных преимуществ функционирования правовой системы правовая действительность отдельной нормы, принадлежащей к данной системе, может обладать минимальной способностью морального

¹²⁸ См.: глава 3, II, 1.2.

¹²⁹ См.: *Dreier R. Recht und Moral // Dreier R. Recht – Moral – Ideologie. Frankfurt a.M., 1981. S. 198.*

оправдания даже в том случае, когда сама норма, будучи несправедливой, ее не имеет. Таким образом, ориентированная на минимум формула предполагает сложные рассуждения, если применить ее к минимальной способности морального оправдания. Поэтому простой критерий крайней несправедливости заслуживает предпочтения.

Итак, в отношении отдельных норм следует сделать вывод, что в рамках понятия правовой действительности роль социальной действительности по своей структуре идентична роли моральной действительности. В обеих ситуациях обсуждается только особый случай. Это отражает тот факт, что надлежащее установление в рамках социально действенной правовой системы является доминирующим критерием действительности отдельных норм, что ежедневно подтверждает юридическая практика.

III. Основная норма

Понятие правовой действительности, которое не включает в себя элементы социальной действительности и правильности по содержанию, было определено как понятие правовой действительности в узком смысле. При этом было отмечено, что указанное понятие содержит в себе две проблемы. Наряду с внешней проблемой, которая заключается в установлении соотношения правовой действительности и социальной и моральной действительности, существует также внутренняя проблема¹³⁰. Внутренняя проблема связана с тавтологическим характером определения правовой действительности. По этому определению норма юридически действительна, если она установлена компетентным органом в предусмотренном порядке и не противоречит высшему по рангу праву, иными словами, если она установлена надлежащим образом. Однако понятия «компетентный орган», «установление нормы в предусмотренном порядке» и «высшее по рангу право» уже обусловлены правовой действительностью. Эти понятия могут только подразумевать «компетентный в силу юридически действительных норм орган», «урегулированный правом порядок установления норм», «юридически действительное вышестоящее право». В противном случае речь не шла бы о понятии правовой действительности в узком смысле.

¹³⁰ См.: глава 3, I, 3.

Главным инструментом разрешения противоречия, которое содержится в понятии правовой действительности в узком смысле, выступает основная норма. Оставляя в стороне многочисленные возможности классификации, попытаемся обозначить три вида основной нормы: аналитическую, нормативную и эмпирическую. Важнейший вариант аналитической основной нормы разработал *Ганс Кельзен*, вариант нормативной основной нормы представил *Иммануил Кант*, наконец, вариант эмпирической нормы предложил *Герберт Харт*.

1. Аналитическая основная норма (Кельзен)

1.1. Понятие основной нормы

Основная норма образует базу действительности всех норм правовой системы, за исключением своей собственной действительности. Чтобы понять основную норму, необходимо лишь несколько раз повторить вопрос «почему?». *Кельзен* сравнивает требование гангстера отдать ему определенную сумму денег с распоряжением налогового инспектора уплатить такую же сумму¹³¹. Почему распоряжение налогового инспектора является юридически действительной индивидуальной нормой¹³² в форме административного акта, а требование гангстера таковой не считается? Ответ гласит, что налоговый инспектор может сослаться на установленные законом полномочия, а гангстер этого сделать не может. Однако почему действительны законы, которые наделяют налогового инспектора такими полномочиями? Ответ: конституция

¹³¹См.: *Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 8* [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 1. М., 1987. С. 17].

¹³²О понятии индивидуальной нормы см.: *Alexy R. Theorie der Grundrechte. Baden-Baden, 1985. S. 73.*

наделяет законодателя полномочием устанавливать такие законы. Но почему действительна конституция? Можно было бы предположить, что конституция имеет силу, поскольку она фактически установлена и является социально действенной, и подкрепить это утверждением, что конечная точка достигнута, и говорить больше не о чем. Если бы это подтвердилось, то положения конституции, наделяющие полномочием устанавливать правовые нормы, сами по себе были бы комплексной основной нормой.

Здесь возникает проблема, поскольку такой подход включает переход от сущего к должному. Сущее состоит из фактического установления и социальной действенности конституции, которые можно выразить в следующем положении.

- (2) Конституция *K* фактически установлена и социально действительна¹³³.

Должным является правовая действительность конституции, которую можно выразить в следующем утверждении.

- (3') Конституция *K* юридически действительна.

Положение (3') выражает должное, поскольку оно заключает в себе следующий тезис.

- (3) Юридически должным является следование конституции *K*¹³⁴.

¹³³Причина такой нумерации, отклоняющейся от внешней последовательности, сразу станет понятной при образовании силлогизма основной нормы.

¹³⁴См.: *Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 196* [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 68].

Однако из сущего, точнее, из любого класса исключительно эмпирических суждений *логически*¹³⁵ никогда не следует даже одно-единственное нормативное правило¹³⁶. Чтобы перейти от положения (2) к положению (3) или (3'), необходима дополнительная посылка [допущение]. Этой дополнительной посылкой является *основная норма*, которую можно сформулировать таким образом, что она обеспечит переход от положения (2) к положению (3') и затем уже (3) можно вывести из (3'); но ее (основную норму) можно сформулировать и таким образом, что она напрямую приведет к (3). Здесь мы рассмотрим второй вариант, который гласит следующее:

¹³⁵ Следует подчеркнуть, что речь здесь идет о логической возможности дедуктивного вывода. Выражение «следовать» часто, хотя и не совсем корректно, применяется, чтобы указать, что нечто является хорошей основой для чего-то иного. Конечно, эмпирические положения могут быть хорошей основой для нормативных правил. Однако в таком случае всегда подразумевается нормативная предпосылка, которая превращает их в хорошую основу.

¹³⁶ Тезис о том, что только из сущего никогда не следует должное, приписывается *Давиду Юму*, поэтому этот тезис также называют «законом Юма». Например: «Я заметил, что в каждой этической теории, с которой мне до сих пор приходилось встречаться, автор в течение некоторого времени рассуждает обычным способом, устанавливает существование Бога или излагает свои наблюдения относительно дел человеческих; и вдруг я, к своему удивлению, нахожу, что вместо обычной связки, употребляемой в предложениях, а именно *есть* или *не есть*, не встречаю ни одного предложения, в котором не было бы в качестве связки *должно* или *не должно*. Подмена эта происходит незаметно, но тем не менее она в высшей степени важна. Раз это *должно* или *не должно* выражает некоторое новое отношение или утверждение, последнее необходимо принять во внимание и объяснить, и в то же время должно быть указано основание того, что кажется совсем непонятным, а именно того, каким образом это новое отношение может быть дедукцией из других, совершенно отличных от него». См.: *Hume D. A Treatise of Human Nature*. Oxford, 1951. P. 469 [русское издание: *Юм Д. Трактат о человеческой природе* / Пер. с англ. Сочинения в 2 томах. М., 1965. Т. 1. С. 618]. Исследование логических вопросов, связанных с проблемой «сущее – должное», см.: *Stuhlmann-Laeisz R. Das Sein-Sollen-Problem*. Stuttgart-Bad Cannstatt, 1983.

- (1) Если конституция фактически установлена и социально действенна, то юридически должным является следование ей.

Положения (1), (2) и (3) можно теперь объединить в *силлогизм основной нормы* следующего вида:

- (1) Если конституция фактически установлена и социально действенна, то юридически должным является следование ей.
- (2) Конституция *K* фактически установлена и социально действенна.
- (3) Юридически должным является следование конституции *K*¹³⁷.

Едва ли какое-либо другое положение правовой теории вызывало споров больше, чем идея основной нормы. Споры

¹³⁷См.: *Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 219* [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 91]. Силлогизм основной нормы *Кельзена* отличается от сформулированного здесь силлогизма по четырем аспектам. Три из них являются несущественными, одно отличие – существенное. Несущественным является то, что *Кельзен* формулирует основную норму в категорической форме: «Должно вести себя в соответствии с фактически установленной и действенной конституцией». Этот тезис можно без изменения его содержания переформулировать в указанную в примере (1) гипотетическую конструкцию «если – то». Также несущественным является то, что вывод (3) у *Кельзена* распространяется не только на конституцию, но и на весь правопорядок. *Кельзен* лишь предпринимает следующий шаг, который здесь не сделан, что также не вызывает никаких проблем. Наконец, несущественным является и то, что *Кельзен* в примерах (1) и (3) вместо формулировки «является должным» (*ist geboten*) использует формулировку «должно» (*man soll*). Напротив, существенное отличие заключается в том, что он говорит только о том, что «должно», в то время как речь здесь идет о том, что нечто является «юридически должным». Мы вернемся к этому позднее.

ведутся главным образом по четырем аспектам: необходимость, возможность, содержание и статус основной нормы.

1.2. Необходимость основной нормы

Харт, возражая против основной нормы, заявил, что она ведет к избыточному дублированию.

«Если конституция, специфицирующая различные источники права, является живой реальностью в том смысле, что суды и официальные лица этой системы действительно идентифицируют закон в согласии с теми критериями, которые они представляют, то конституция является признанной и существующей на самом деле. Но в таком случае предположение существования какого-либо иного правила, гарантирующего, что конституции (или тем, кто ее создал) должно повиноваться, было бы излишним удвоением правила»¹³⁸.

Это возражение приобретает силу благодаря тому, что оно не связывает основную норму с такими обстоятельствами, как волеизъявления, закономерности в поведении и меры принуждения, которые с помощью основной нормы интерпретируются в качестве юридически действительной конституции, а фокусируется непосредственно на институциональном факте практикуемой конституции. В соответствии с этим можно сформулировать следующее положение в ка-

¹³⁸ Hart H.L.A. The Concept of Law. Oxford, 1961. P. 246 [русское издание: Харт Г.Л.А. Понятие права / Пер. с англ. СПб., 2007. С. 255].

честве единственной посылки для обоснования юридически должного.

(2') Участники правовой системы признают и применяют конституцию *K*.

Вопрос в том, следует ли из этой посылки заключение силлогизма основной нормы, а именно:

(3) юридически должным является следование конституции *K*.

На этот вопрос можно ответить положительно, если принять следующую интерпретацию положения (3):

(3'') С точки зрения участника правовой системы *S* верно: юридически должным является следование конституции *K*.

Заключение (3'') следует из положения (2'), поскольку тот факт, что участники правовой системы признают конституцию и следуют ей, означает, что с их точки зрения юридически должным является следование конституции. Доказана ли этим ненужность основной нормы? Прав ли *Альф Росс*, когда говорит:

«однако норма сама по себе, в соответствии с ее непосредственным содержанием, выражает то, что нужно делать определенным лицам. Какой тогда смысл говорить отдельным лицам, что им следует делать то, что им следует делать!»¹³⁹?

¹³⁹ *Ross A. Directives and Norms. London, 1968. P. 156.*

Ответ на этот вопрос гласит: «нет, ненужность основной нормы этим не доказана». Решающим фактором здесь выступает то, что хотя и можно перейти от положения (2') к положению (3'') без использования в обязательном порядке основной нормы, однако предпосылкой самого положения (2') как раз является основная норма. Предпосылку того, что участники правовой системы признают конституцию и следуют ей, образует то, что каждый из них интерпретирует определенные факты как факты, которые служат источником конституции. При этом речь может идти о весьма обширной совокупности фактов. Из множества обстоятельств мы выберем два, а именно: во-первых, конституция была принята конституционным собранием, а во-вторых, другие участники правовой системы признают конституцию и применяют ее на практике.

Участник может попытаться уклониться от указанного вопроса, заявив, что он не имеет смысла. Вместе с *Хартом* он может заявить, что о правилах конституции, определяющих, что является действительным правом (*Харт* называет их совокупность «правилом признания» [*rule of recognition*]), нельзя, в свою очередь, сказать, что они юридически действительны: они предполагаются существующими, а их существование является фактом (*a matter of fact*)¹⁴⁰. Однако на такое заявление можно возразить, что вопрос о правовой действительности конституции относится к числу рутинных и возможных. Необычной и надуманной выглядит ситуация, в которой судья, отвечая на вопрос, почему он следует конституции, скажет: «Я следую конституции не потому, что она юридически действительна, а исключительно потому, что мои коллеги и я признаем ее и применяем на практике. Это – факт, и больше не о чем говорить». Поэтому следует предположить, что вопрос о правовой

¹⁴⁰ Hart H.L.A. The Concept of Law. Oxford, 1961. P. 107 [русское издание: *Харт Г.Л.А.* Понятие права / Пер. с англ. СПб, 2007. С. 114].

действительности конституции участник не станет отвергать как бессмысленный. Его ответ мог бы быть следующим:

(2'') Конституция *K* была принята конституционным собранием, и другие участники правовой системы признают ее и применяют на практике.

Данное высказывание является не чем иным, как конкретизацией второй посылки силлогизма основной нормы *Кельзена*:

(2) конституция *K* фактически установлена и социально действенна.

Но из приведенного положения не следует ни вывод:

(3') конституция *K* юридически действительна,

ни вывод:

(3) юридически должным является следование конституции *K*.

Чтобы перейти от положения (2) или (2'') к положению (3') или (3), необходимо использовать основную норму типа (1). Просто перейти от положения (2) или (2'') к положению (3') или (3) так же невозможно, как из положения о том, что

(5) Петер хочет, чтобы я дал ему 100 марок,

вывести заключение:

(6) я обязан дать Петеру 100 марок.

В первом случае необходима основная норма, чтобы такой переход стал возможным, во втором случае – норма:

(4) Я обязан сделать то, что хочет Петер.

Избыточное дублирование не возникает даже тогда, когда законодатель (издатель нормативных актов) не только выражает свою волю, но и четко формулирует норму. Предположим, Петер, опираясь на собственный авторитет, то есть не ссылаясь на право, мораль или социальные конвенции, говорит по отношению ко мне, что я обязан дать ему сто марок. Из положения:

(5') Петер сказал мне: «Ты обязан дать мне сто марок» –

само по себе не следует:

(6) я обязан дать Петеру сто марок.

Если бы это было так, то слова сами по себе были бы в состоянии создавать любые обязательства для любых лиц. Чтобы перейти от положения (5') к положению (6), необходима норма:

(4') я обязан сделать то, о чем Петер говорит, что я обязан это сделать.

Это дублирование, но это не избыточное дублирование.

Итак, в качестве результата надлежит сформулировать два тезиса. Во-первых, участник правовой системы тогда, когда он хочет сказать о конституции, что она юридически действительна или что юридически должным является следование ей, должен подразумевать существование основной нормы. Во-вторых, тогда, когда вопрос о правовой действительности

конституции не будет преднамеренно отвергнут, участник должен иметь возможность сказать, что конституция юридически действительна или что юридически должным является следование ей, предпосылкой чего является основная норма.

1.3. Возможность основной нормы

Противник основной нормы не только может привести отвергнутый аргумент о том, что основная норма является излишней, он также может возразить, что действительность или существование основной нормы невозможны. Так, например, *Рональд Дворкин* заметил по поводу основной нормы *Герберта Харта* (правило признания, *rule of recognition*), что право нельзя идентифицировать на основе правила, предметом которого являются надлежащее установление и социальная действительность¹⁴¹. Это возражение соответствует рассмотренному ранее аргументу принципов¹⁴². Согласно названному аргументу к праву относится также совокупность стандартов, которые должны быть учтены, чтобы выполнить непреложно связанное с правом притязание на правильность. На самом деле эти стандарты невозможно полностью определить на основе одного правила, предметом которого являются надлежащее установление и социальная действительность.

Тем не менее аргумент принципов не исключает возможности существования основной нормы. Он всего лишь указывает, что основная норма, предметом которой являются эмпирически устанавливаемые факты (установление, действительность), не может полностью идентифицировать право. Такая основная норма может, однако, идентифицировать надлежаще

¹⁴¹ *Dworkin R. Taking Rights Seriously. Cambridge, Mass., 1977. P. 39–45, 64–68* [русское издание: *Дворкин Р. О правах всерьез / Пер. с англ. М., 2004. С. 68–92*].

¹⁴² См.: глава 2, III, 4.3.

установленное и социально действенное право. Поэтому ее следует интерпретировать таким образом, что надлежащее установление совместно с социальной действенностью – всего лишь достаточное, но не необходимое условие принадлежности к праву. Следовательно, на основании аргумента принципов действует не тезис:

- (1) к праву относится *все и только то*, что установлено надлежащим образом и является социально действенным,

а ослабленный тезис:

- (2) к праву относится *все*, что установлено надлежащим образом и является социально действенным,

причем этот тезис, как будет показано в следующем разделе, требует дальнейшего ослабления, чтобы соответствовать аргументу несправедливости¹⁴³. В рамках тезиса (2) основная норма считается не только возможной, но и необходимой, чтобы осуществить переход от эмпирически устанавливаемых фактов к правовой действительности.

Недостаток основной нормы, ограниченной надлежащим образом установленным и социально действенным правом, состоит в том, что она больше не является полным и высшим критерием идентификации права. Тем не менее эта роль может быть признана за ней, хотя и не в полном, а лишь в ограниченном объеме. Для реализации этой цели потребуется оговорка, которая учитывает аргумент несправедливости и аргумент принципов. Здесь нас интересует только аргумент принципов. Если в основную норму включить результат данного аргумента,

¹⁴³См.: глава 2, III, 4.2.

то мы получим непозитивистскую основную норму, имеющую следующую структуру:

Если конституция фактически установлена и социально действенна, то юридически должным является следование данной конституции в той мере, в какой это соответствует притязанию на правильность.

Приведенная формулировка демонстрирует, что непозитивистская основная норма подходит для идентификации права только в ограниченном объеме. Оговорка «в той мере, в какой это соответствует притязанию на правильность» отсылает к моральным стандартам, не называя их и не указывая на критерий, с помощью которого их можно однозначно определить. Подобная неопределенность неизбежна. Она может быть приемлема лишь постольку, поскольку существуют правила юридической техники, которые позволяют исключить произвол¹⁴⁴. В частности, правила препятствуют тому, чтобы установленные и действенные нормы были произвольно отвергнуты со ссылкой на притязание на правильность¹⁴⁵. Они должны это выполнять уже постольку, поскольку правовая определенность и стабильность – существенный элемент юридической правильности.

1.4. Содержание основной нормы

Согласно *Кельзену* основная норма абсолютно нейтральна по содержанию.

¹⁴⁴См.: *Alexy R. Theorie der juristischen Argumentation. 2. Aufl. Frankfurt a.M., 1991. S. 273–338.*

¹⁴⁵*Ibid.* S. 305.

«При этом не имеет значения содержание самой конституции и созданный на ее основе государственный порядок: неважно, справедливый он или нет, обеспечивает ли он состояние относительного мира в рамках конституируемого им сообщества или нет. При постулировании основной нормы не утверждается никаких (трансцендентных) ценностей, внеположных позитивному праву»¹⁴⁶. «Следовательно, всякое произвольное содержание может быть правом»¹⁴⁷.

Приведенное положение противоречит аргументу несправедливости, согласно которому крайне несправедливые нормы не могут обладать качеством правовых норм¹⁴⁸. Однако и это не приводит к отказу от идеи основной нормы. В текст основной нормы можно ввести оговорку, которая учитывает аргумент несправедливости. Положение, соответствующее как аргументу принципов, так и аргументу несправедливости, формулируется следующим образом:

Если конституция фактически установлена и социально действенна, то, если и поскольку нормы этой конституции не являются крайне несправедливыми, юридически должным является следование данной конституции в той мере, в какой это соответствует притязанию на правильность.

Эта формулировка относится только к конституции. Нормы, установленные в соответствии с конституцией, будут рассмотрены при определении права.

¹⁴⁶*Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 204* [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 78].

¹⁴⁷*Ibid. S. 201* [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 74].

¹⁴⁸См.: глава 2, III, 4.2.1.

1.5. Статус и функции основной нормы

1.5.1. Функции

Определение статуса основной нормы осложняется тем, что она должна выполнять три совершенно разные функции.

1.5.1.1. Трансформация категорий

Первая функция состоит в том, чтобы сделать возможным переход от сущего к должному. Сущее и должное представляют собой категории разного вида. Поэтому первую функцию можно назвать «*трансформацией категорий*»¹⁴⁹. Переход в царство права совершается посредством интерпретации определенных фактов как фактов правоустанавливающих.

1.5.1.2. Установление критериев

Переход в царство права был бы невозможен, если бы основная норма позволяла любые факты (например, каждое возможное волеизъявление) интерпретировать как правоустанавливающие факты. Поэтому основная норма должна нести и вторую функцию: она должна указывать, какие факты подлежат рассмотрению в качестве правоустанавливающих. Таким способом норма определяет критерии того, что есть право. Поэтому вторую функцию можно обозначить как «*установление критериев*». Как уже было отмечено, критерий *Кельзена* – это критерий «фактически установленной, в общем

¹⁴⁹См.: *Aarnio A., Alexy R., Peczenik A. Grundlagen der juristischen Argumentation // Krawietz W., Alexy R. (Hrsg.), Metatheorie juristischer Argumentation. Berlin, 1983. S. 19–23; Peczenik A. Grundlagen der juristischen Argumentation. Wien, New York, 1983. S. 23.*

и целом действенной конституции»¹⁵⁰. Кельзен предлагает и другой вариант – критерий «исторически первой конституции [государства]»¹⁵¹. Критерии такого вида содержат в себе отсылку. Они указывают, что критериями того, что называется действующим правом, выступают критерии [действительности] конституции. Следовательно, Кельзен может сформулировать свою основную норму таким образом: она, во-первых, является очень простой, а во-вторых, применима ко всем развитым правовым системам. Напротив, в теории Харта основная норма (правило признания, *rule of recognition*) идентифицируется с правилами конституции, которые устанавливают, что является правом. Таким образом, основная норма Харта становится очень сложной и действует только по отношению к соответствующей правовой системе. Общее в них только то, что каждая развитая правовая система должна содержать норму такого вида. Как критерии Кельзена, так и критерии Харта – критерии позитивистского типа. Ранее уже отмечалось, что аргумент несправедливости требует ограничения позитивистских критериев, а аргумент принципов – их дополнения.

1.5.1.3. Создание единообразия

Третья функция [основной нормы] заключается в создании единообразия.

«Все нормы, действительность которых можно вывести из одной и той же основной нормы, образуют систему норм, нормативный порядок. Основная норма – это общий источник действительности всех норм, принадлежащих к одному порядку,

¹⁵⁰Kelsen H. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 219 [русское издание: Чистое учение о праве Ганса Кельзена / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 91].

¹⁵¹Ibid. S. 203 [русское издание: Чистое учение о праве Ганса Кельзена / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 76].

их общее основание действительности. Принадлежность определенной нормы к определенному порядку обусловлена тем, что последнее основание действительности этой нормы есть основная норма этого порядка. Именно основная норма конституирует единство некоего множества норм, так как она представляет собой основание действительности всех норм, принадлежащих к этому порядку»¹⁵².

Можно усмотреть проблему в том, что основные нормы развитых правовых систем по своему содержанию и статусу являются идентичными. Это та же самая основная норма, которая образует единство различных правовых систем? Как это возможно? Или все-таки конституция ведет к единству? Эти вопросы остаются открытыми.

1.5.2. Статус

Проблема статуса основной нормы преимущественно касается первой ее функции – трансформации категорий. В качестве нормы, которая обосновывает действительность всего позитивного права, основная норма («исходный пункт процедуры создания позитивного права») не может, в свою очередь, быть нормой позитивного права¹⁵³. Однако какого вида нормой она тогда является? Можно было бы предположить, что в таком случае она может быть только непозитивной нормой и в качестве таковой должна быть нормой естественного права или права разума. Но *Кельзен* отвергает такое решение¹⁵⁴.

¹⁵²*Kelsen H.* Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 197 [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 69].

¹⁵³*Ibid.* S. 201–202 [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 74–75].

¹⁵⁴*Ibid.* S. 223–227 [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 97–102].

Так что представляет собой основная норма, если она не является ни нормой позитивного права, ни нормой надпозитивного права, то есть естественного права или права разума?

Это непростой вопрос, о чем свидетельствует не только необъятное море литературы по данной тематике, но и тот факт, что в конце своей жизни *Кельзен* сам высказал сомнения¹⁵⁵. Его принципиально значимый ответ содержится во втором издании «Чистого учения о праве» (1960 г.). Статус основной нормы определяется здесь четырьмя признаками.

1.5.2.1. Необходимая предпосылка

Первый признак состоит в том, что основная норма должна быть *обязательно постулирована*, если речь идет о правовой действительности или юридически должном¹⁵⁶. Уже при исследовании понятия основной нормы выясняется, что с этим тезисом придется согласиться в том, что *какая-либо* основная норма должна быть постулирована, если вы хотите перейти от констатации факта, что нечто является установленным и действительным, к заключению, что нечто является юридически действительным или является юридически должным. При анализе возможности и содержания основной нормы было отмечено, что такая основная норма хотя и должна содержать в себе элементы основной нормы *Кельзена*, однако она нуждается в дополнении непозитивистскими элементами.

Следуя терминологии *Канта*, *Кельзен* называет свою основную норму «трансцендентально-логической предпосылкой» познания права, поскольку она является необходимым

¹⁵⁵ *Kelsen H.* Diskussionsbeitrag // Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht. N.F. [Neue Folge]. 13 (1963–1964). S. 119–120.

¹⁵⁶ *Kelsen H.* Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 204 [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 78].

условием возможности познания правовой действительности и юридически должного. Эта характеристика является верной, поскольку трансцендентальным, с точки зрения *Канта*, является то, что необходимо для возможности познания, основанного на опыте¹⁵⁷. Вместе с тем между трансцендентальным *Кельзена* и трансцендентальным *Канта* существует важное различие. Указанное различие проявляется во втором признаке основной нормы.

1.5.2.2. Возможная предпосылка

Второй признак основной нормы состоит в том, что хотя она и должна быть обязательно постулирована, *если* мы хотим истолковать право как порядок должного (нормативный порядок, систему норм), однако сама интерпретация считается только *возможной интерпретацией*¹⁵⁸. Как утверждают социологические и психологические теории права, возможно, хотя для многих целей и не продуктивно¹⁵⁹, описать и объяснить право как чисто социальную и/или психологическую связь

¹⁵⁷ «Слово *трансцендентальное* ... означает не то, что выходит за пределы всякого опыта, а то, что опыту (*a priori*) хотя и предшествует, но предназначено лишь для того, чтобы сделать возможным опытное познание». См.: *Kant I. Prolegomena ...* // Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), *Kant's gesammelte Schriften*. Band IV. Berlin, 1903. S. 373 [русское издание: *Кант И. Прологомены ...* / Пер. с нем. // Кант И. Сочинения в 6 томах. М., 1965. Т. 4. Ч. 1. С. 199].

¹⁵⁸ См.: *Kelsen H. Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 218, 224, 443 [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 98 (В русском издании «Чистого учения о праве» *Кельзена* отсутствует как сноска, содержащаяся на стр. 218 немецкого издания, так и приложение «Естественно-правовое учение», напечатанное, в частности, на стр. 443 немецкого оригинала. – *Прим. пер.*)].

¹⁵⁹ О том, что даже специалисту в области социологии права не рекомендуется толкование права как системы простых фактов, см.: *Rottleuthner H. Rechtstheorie und Rechtssoziologie*. Freiburg i.Br., München, 1981. S. 31–61, 91–97.

действий¹⁶⁰. Кельзен подчеркивает это, отмечая, что в качестве альтернативы юридической интерпретации возможна социологическая интерпретация в том случае, когда право понимается как система «властных отношений»¹⁶¹. Поэтому можно сказать, что основная норма является просто возможной или просто гипотетически необходимой предпосылкой.

Это имеет последствия для ее [основной нормы] трансцендентального характера¹⁶². В области эмпирического опыта, согласно Канту, не существует альтернатив, например, формам восприятия пространства и времени. Таким образом, эмпирическое познание возможно только в пространстве и времени¹⁶³. Напротив, познание правовых феноменов, как правило, возможно и без применения категории должного. Однако это полностью не исключает трансцендентального характера аргумента Кельзена. Хотя его аргумент и не может показать безусловную необходимость основной нормы, а тем самым и категорию должного, но вполне доказывает относительную необходимость. Юридическая точка зрения или точка зрения участника правовой системы определяется тем, что право понимается как действующая система норм или порядок долж-

¹⁶⁰См.: Dreier R. Bemerkungen zur Rechtserkenntnistheorie // Rechtstheorie. Beiheft 2 (1979). S. 95.

¹⁶¹Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 224 [русское издание: Чистое учение о праве Ганса Кельзена / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 98].

¹⁶²См.: Paulson S.L. Lässt sich die Reine Rechtslehre transzendental begründen? // Rechtstheorie. 21 (1990). S. 173–179.

¹⁶³«Пространство есть необходимое априорное представление, лежащее в основе всех внешних созерцаний». См.: Kant I. Kritik der reinen Vernunft. 2. Aufl. Riga, 1787. S. 38 [русское издание: Кант И. Критика чистого разума. 2-е изд. / Пер. с нем. // Кант И. Сочинения в 6 томах. М., 1964. Т. 3. С. 130]. «Время есть необходимое представление, лежащее в основе всех созерцаний». См.: Kant I. Kritik der reinen Vernunft. 2. Aufl. Riga, 1787. S. 46 [русское издание: Кант И. Критика чистого разума. 2-е изд. / Пер. с нем. // Кант И. Сочинения в 6 томах. М., 1964. Т. 3. С. 135].

ного. Хотя и существует возможность не только в поведении, но и в мыслях отказаться от участия в (чрезвычайно реальной) игре права. Но если принять участие в этой игре, а серьезные причины говорят в пользу того, чтобы по крайней мере на практике делать это, то альтернативы категории должного, а тем самым и основной норме не существует. Поэтому аргумент *Кельзена* можно назвать «слабым трансцендентальным аргументом». Он показывает, что основная норма (не обязательно его [*Кельзена*]), которая вводит категорию должного, является ключом в царство права.

1.5.2.3. Мыслимая норма

Третий признак предложенного *Кельзенем* варианта основной нормы состоит в том, что эта норма должна быть только *мыслимой*¹⁶⁴. Она должна быть таковой постольку, поскольку в качестве желаемой нормы она должна была бы предполагать существование еще одной, другой нормы, которая изначально трансформирует содержание желаемого в содержание должного, так как из простого желаемого должное не следует. Однако в таком случае основная норма не была бы основной нормой.

Первый и второй признаки основной нормы можно принять. Но уже здесь начинаются проблемы. Первая проблема – понятие мыслимой нормы. От тезиса, согласно которому основная норма является лишь «содержанием акта мышления»¹⁶⁵, *Кельзен* отказался в одном из своих

¹⁶⁴См.: *Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 206–207* [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 80–81].

¹⁶⁵*Ibid. S. 206* [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 80].

последующих трудов¹⁶⁶. По его мнению, «не существует должного без желаемого»¹⁶⁷. Поэтому «вместе с мыслимой основной нормой необходимо представить воображаемый авторитет..., чей – фиктивный – волевой акт имеет основную норму своим содержанием»¹⁶⁸. Кельзен сам называет эту идею «противоречивой в самой себе», поскольку в соответствии с нею высший авторитет уполномочивается еще одним, более высоким, хотя и фиктивным, авторитетом¹⁶⁹. Однако это означает, что высший авторитет не является высшим авторитетом. Также нужно было бы изобрести еще одну основную норму, чтобы наделить фиктивный авторитет полномочиями на установление основной нормы. Но это, во-первых, лишило бы первоначальную основную норму ее качества основной, а во-вторых, – в силу того, что дополнительная основная норма может быть исключительно содержанием волевого акта – *ad infinitum*, предполагало бы последующие фиктивные авторитеты и основные нормы, наделяющие их полномочиями. Тезис Кельзена, полагающий, что речь при этом идет о «чистой воды фикции», которая именно тем и характеризуется, что является внутренне противоречивой¹⁷⁰, не решает эту проблему.

Решение можно найти, лишь отказавшись от представления, что всякое должное непреложно проистекает из

¹⁶⁶«В моих предыдущих трудах ... все мое учение об основной норме я представлял как норму, которая не является содержанием волеизъявления, а мысленно предполагается. К сожалению, теперь я должен признаться, уважаемые господа, что я больше не могу поддерживать это учение, что я должен был от него отказаться». См.: *Kelsen H. Diskussionsbeitrag // Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht. N.F. [Neue Folge]. 13 (1963–1964). S. 119.*

¹⁶⁷*Kelsen H. Die Funktion der Verfassung // Verhandlungen des Zweiten Österreichischen Juristentages. Wien 1964. Band II. 7. Teil. Wien, S. a. [1964]. S. 74.*

¹⁶⁸*Ibid.* S. 70.

¹⁶⁹См.: *Kelsen H. Allgemeine Theorie der Normen. Wien, 1979. S. 207.*

¹⁷⁰*Ibid.* S. 206.

желаемого. Для этого существуют серьезные причины. В большинстве случаев должное идет с желаемым рука об руку, однако существует и должное без желаемого. Так, например, кто-нибудь, размышляя о порядочности или справедливости, может прийти к заключению, что по моральным соображениям он обязан платить налоги; но одновременно он по-прежнему стремится не вносить их и будет действовать вопреки своему убеждению о том, что является должным с точки зрения морали. Осознание должного не связано неизбежно ни со своим собственным, ни с чужим волевым актом¹⁷¹. Если это так, то идея о том, что основная норма – лишь мыслимая норма, не содержит в себе проблем.

Вторую проблему составляет нормативный или предписывающий характер мыслимой основной нормы. *Кельзен* формулирует мыслимую основную норму таким образом, чтобы она гласила, что нечто следует делать: «Должно вести себя так, как предписывает конституция»¹⁷². Это одна сторона медали. Другая сторона заключается в том, что юридическая наука, если она исследует право, базируясь на данной основной норме, по мнению *Кельзена*, ничего не предписывает. «Правоведение не предписывает: „Должно исполнять приказания создателя конституции“»¹⁷³. Как это может быть: с одной стороны, ученый-юрист при формулировке положения о том, что является юридически должным, обязан исходить из того, что вести себя необходимо так, как предписывает конституция, а тем самым и право; но, с другой стороны, формулировка

¹⁷¹ Основу этого тезиса образует семантическое понятие нормы. См. об этом: *Alexy R. Theorie der Grundrechte. Baden-Baden, 1985. S. 42–46.*

¹⁷² *Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 204* [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 79].

¹⁷³ *Ibid. S. 208* [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 81].

такого тезиса не предписывает, что поведение должно соответствовать конституции, а тем самым и праву? Решение кроется в понятии предписания. Лицо *A* предписывает лицу *B* нечто, если *A* требует от *B*, чтобы *B* что-то сделал. Согласно *Кельзену*, ученый-юрист как таковой ни от кого не требует, чтобы он вел себя в соответствии с конституцией и правом. Как ученый-юрист он вполне может информировать о правовой обязанности и одновременно как человек – требовать, по моральным соображениям, не следовать ей. Это ведет к гипотетическому или относительному характеру нормативности права. Ученый-юрист, который дает консультацию об определенной юридической обязанности, не говорит: «Ты должен совершить действие *X*». Напротив, его консультация информирует: «Если ты займешь позицию права, ты обязан совершить действие *X*». Чтобы иметь возможность это сказать и только для этого, необходимо основная норма *Кельзена* следующего содержания: «Должно вести себя так, как предписывает конституция». Таким образом, на самом деле ученый-юрист ничего не предписывает. Решение о том, встать на точку зрения права или нет, в полной мере остается на усмотрение адресата такого высказывания. Прежде всего ему никто не предписывает становиться на точку зрения права. По отношению к праву выбирается полностью нейтральная позиция. Правовая обязанность существует только для того, кто по каким-то причинам участвует в игре права. Для того, кто этого не делает, возникает лишь риск подвергнуться принудительным мерам. В этом отношении право ни к чему не обязывает. Не вызывает сомнений, что такое толкование возможно. Вопрос заключается лишь в том, адекватно ли оно.

Гипотетический или относительный характер нормативности права во многих высказываниях *Кельзена* выражен лишь поверхностно. Так, согласно *Кельзену*, заключение силлогизма основной нормы должно указывать, что необходимо

вести себя определенным образом¹⁷⁴. Это создает впечатление, будто основная норма ведет к категоричной обязанности, независимой от чьей-либо точки зрения, и это может подтолкнуть к ошибочной интерпретации, что посредством своей основной нормы *Кельзен* обосновывает общую обязанность подчиняться любым правовым нормам. Поэтому в связи с основной нормой лучше говорить не просто о должном, а о юридически должном. Однако и в этом случае остается открытым вопрос, является ли толкование *Кельзена* такого должного адекватным.

1.5.2.4. Способность обоснования

Четвертый признак основной нормы должен состоять в том, что она *не может быть обоснована*: «об основании ее действительности уже более не может возникнуть вопроса»¹⁷⁵. На первый взгляд этот тезис убедителен. Основная норма в качестве таковой является наивысшей нормой. Если бы ее потребовалось обосновать, то нужно было бы постулировать еще одну – более высокую – норму. Но в таком случае основная норма уже не была бы наивысшей нормой и в силу этого – основной нормой. При внимательном рассмотрении, однако, становится ясно, что данный аргумент можно легко опровергнуть. Основная норма, речь о которой здесь идет, считается только основной нормой права. В качестве основной нормы права она действительно не может быть обоснована посредством какой-либо другой нормы права. Однако это не исключает ее обоснования

¹⁷⁴ *Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 205* [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 79].

¹⁷⁵ *Ibid. S. 197* [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 69]; *Kelsen H. Die Funktion der Verfassung // Verhandlungen des Zweiten Österreichischen Juristentages. Wien 1964. Band II. 7. Teil. Wien, S. a. [1964]. S. 66.*

посредством норм или нормативных точек зрения иного вида, например, посредством моральных норм или соображений целесообразности. *Кельзен* мог бы возразить, что в таком случае указанные нормы были бы основной нормой права либо эти соображения потребовалось бы переформулировать в основную норму права. Однако это не обязательно должно быть так. Можно сказать, что с помощью основной нормы совершается переход в царство права, и чтобы совершить такой переход, существуют моральные или иные неправовые основания.

Чтобы понять ошибочность тезиса *Кельзена* о том, что о действительности его основной нормы «уже более не может возникнуть вопроса»¹⁷⁶, нужно лишь спросить, почему любой, в общем и целом действенный принудительный порядок следует понимать как правопорядок. *Кельзен* прав, когда говорит, что любой, в общем и целом действенный принудительный порядок можно истолковать в качестве правопорядка только в том случае, если постулировать его (*Кельзена*) основную норму. Но почему любой, в общем и целом действенный принудительный порядок необходимо понимать как правопорядок? Ссылка на основную норму для обоснования недостаточна, поскольку предположение о существовании основной нормы как раз означает, что любой действенный принудительный порядок понимается как правопорядок. В силу того, что понимание в качестве правопорядка и постулирование основной нормы составляют две стороны одной медали, одно из этих положений нельзя использовать для обоснования другого.

На вопрос, почему любой, в общем и целом действенный принудительный порядок понимается как правопорядок, иными словами, почему необходимо постулировать основную норму *Кельзена*, возможны разные ответы. Согласно первому ответу

¹⁷⁶ *Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 197* [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 69].

это является предметом простого решения. Но это не обоснование. По второму ответу это является целесообразным. Отдельные индивиды и коллективы (например, государства) могли бы лучше ориентироваться и потому действовать более успешно, если бы они приняли такое толкование. Это можно считать обоснованием, остается лишь открытым вопрос, является ли основная норма *Кельзена* наилучшим условием успеха из всех возможных альтернатив. Согласно третьему ответу моральные основания, к примеру, необходимость предотвращения гражданской войны, требуют основную норму. Но здесь решающий вопрос ставится так: действительно ли наилучшее моральное обоснование ведет к версии основной нормы *Кельзена*. Аргумент несправедливости, исследованный в рамках критики юридического позитивизма, показал, что существуют серьезные моральные основания к тому, чтобы не за всем, что установлено и является действенным, признавать правовое качество; а аргумент принципов привел к выводу, что правом является не только то, что установлено и действенно. Мы вернемся к этому положению при рассмотрении основной нормы *Канта*. Четвертый ответ гласит, что основная норма *Кельзена* выражает то, что уже изначально лежит в основе юридической практики. Это – эмпирически-реконструктивное обоснование. *Кельзен* приближается к указанному обоснованию, когда утверждает: «Она [основная норма] лишь выводит на сознательный уровень то, что делают все юристы (в основном бессознательно)». Однако затем он вновь немедленно отстраняется от него, добавляя: «когда под правом они понимают исключительно позитивное право»¹⁷⁷. Понимают ли юристы право исключительно как позитивное право, является эмпирическим вопросом. Однако для *Кельзена* этот вопрос не имеет значения. Поэтому его тезис, что

¹⁷⁷ *Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 209* [русское издание: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 81–82].

основная норма поднимает на сознательный уровень только то, что юристы делают, если они понимают право исключительно как позитивное право, не является эмпирическим утверждением. Указанный тезис не содержит в себе эмпирической реконструкции юридической практики, а только объясняет или определяет позицию юридического позитивиста. Остается открытым не только вопрос о правильности этой позиции, но при этом также не затрагивается вопрос, верно ли отражается фактически существующая юридическая практика.

Подводя итог, о теории основной нормы *Кельзена* можно сказать следующее. *Кельзен* прав в том, что основная норма должна быть постулирована, чтобы перейти от констатации, что нечто установлено и действительно, к констатации, что нечто юридически действительно или является юридически должным. Однако такая основная норма не должна иметь содержанием основную норму *Кельзена*. Так, она может содержать в себе моральные элементы, которые учитывают аргумент несправедливости. Далее, *Кельзен* прав в том, что хотя постулирование основной нормы является необходимостью при истолковании права как порядка должного, однако от такого толкования права можно и отказаться. Поэтому основная норма имеет лишь слабо выраженный трансцендентальный характер. Наконец, верно и то, что основная норма является всего лишь мыслимой нормой. В то же время нельзя согласиться с утверждением *Кельзена*, что основная норма не может быть обоснована. Напротив, она требует обоснования. Это ведет к проблеме нормативной основной нормы.

2. Нормативная основная норма (Кант)

Кант не говорит об «основной норме» и, в отличие от *Кельзена*, не отводит ей центральное место в своей философии права. Тем не менее идея основной нормы четко сформулирована в его трудах.

«Итак, можно мыслить внешнее законодательство, которое содержало бы исключительно положительные законы; но в этом случае им должен был бы предшествовать естественный закон, который обосновывал бы авторитет законодателя (т.е. правомочие обязывать других исключительно по своему произволу)»¹⁷⁸.

Таким образом, названы существенные признаки основной нормы. Речь идет о норме, которая предшествует позитивным законам и обосновывает полномочие законодателя на их установление, а тем самым и их действие. Главное отличие от теории *Кельзена* заключается в том, что основная норма *Канта* – не просто предпосылка теории познания, а «естественный закон». Естественный закон, согласно *Канту*, есть закон, «обязательность» которого «может быть познана разумом *a priori* без внешнего законодательства»¹⁷⁹. Следовательно, основная норма *Канта* является нормой права разума или – в дефинициях старой терминологии – естественного права¹⁸⁰. Итак, речь идет о разумно-правовом или естественно-правовом обосновании действительности позитивного права. Такое обоснование превращается в прямую противоположность морально индифферентному характеру права в теории *Кельзена*. Оно ведет к моральной обязанности подчиняться праву.

Теория основной нормы *Канта* встроена в контекст его философии права, которая, в свою очередь, тесно связана с его

¹⁷⁸ *Kant I. Metaphysik der Sitten // Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant's gesammelte Schriften. Band VI. Berlin, 1907. S. 224 [русское издание: Кант И. Метафизика нравов / Пер. с нем. // Кант И. Сочинения в 6 томах. М., 1965. Т. 4. Ч. 2. С. 133].*

¹⁷⁹ *Ibid. S. 224 [русское издание: Кант И. Метафизика нравов / Пер. с нем. // Кант И. Сочинения в 6 томах. М., 1965. Т. 4. Ч. 2. С. 133].*

¹⁸⁰ *Ibid. S. 237. [русское издание: Кант И. Метафизика нравов / Пер. с нем. // Кант И. Сочинения в 6 томах. М., 1965. Т. 4. Ч. 2. С. 147].*

философией морали¹⁸¹. Как первую, так и вторую здесь невозможно рассмотреть даже поверхностно. Мы кратко изложим только основания, которые приводит *Кант* в пользу своей основной нормы, а также ее содержание.

Обоснование *Кантом* своей основной нормы составляет часть его обоснования необходимости позитивного права, выполненного в традициях теорий общественного договора. Основопологающим для этих теорий выступает различие между естественным состоянием (*status naturalis*) и правовым или государственным – *Кант* называет его «гражданским» – состоянием (*status civilis*). Различия в теориях общественного договора проистекают, в числе прочего, из интерпретации естественного состояния. По мнению *Канта*, уже здесь существуют права, обоснованные разумом; однако в естественном состоянии они не гарантированы. Следовательно, должно существовать требование разума, чтобы в целях обеспечения этих прав перейти в гражданское или государственное состояние:

«... в порожденной разумом идее такого (неправового) состояния *a priori* заложено то, что, до того как [будет] создано основывающееся на публичных законах состояние, отдельные лица, народы и государства никогда не могут иметь гарантии от насилия друг над другом, притом каждый делает на основе своего собственного права то, что ему кажется *правым* и *благим*, не завися в этом от мнения других; стало быть, первое, что такой человек обязан решить, если он не хочет отказаться от всех правовых понятий, – это следующее основоположение: надо выйти из естественного состояния, в котором каждый поступает по собственному разумению, и объединиться со всеми

¹⁸¹См.: Dreier R. Zur Einheit der praktischen Philosophie Kants // Dreier R. Recht – Moral – Ideologie. Frankfurt a.M., 1981. S. 286–315.

остальными (а он не может избежать взаимодействия с ними), с тем чтобы подчиниться внешнему, опирающемуся на публичное право принуждению, т.е. вступить в состояние, в котором каждому будет *по закону* определено и достаточно сильной *властью* (не его собственной, а внешней) предоставлено то, что должно быть признано *своим*, т.е. он прежде всего должен вступить в гражданское состояние»¹⁸².

Теперь можно было бы предположить, что данное обоснование необходимости позитивного права ведет к тому, что естественные права, обеспечению которых должно служить позитивное право, каким-то образом включаются в понятие основной нормы. Однако это не так. Основная норма *Канта* ориентирована исключительно на правовую устойчивость и гражданский мир*. На содержание позитивного права, которое она [основная норма] наделяет действием, это оказывает так же мало влияния, как и в теории *Кельзена*. *Кант* четко излагает указанную позицию при формулировке своей основной нормы как «принципа практического разума», который выражает следующее требование: «надо повиноваться ныне существующей [законодательной] власти, каково бы ни было ее происхождение»¹⁸³. Это ведет к базирующемуся на праве разума безоговорочному приоритету позитивного права над

¹⁸² *Kant I. Metaphysik der Sitten // Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant's gesammelte Schriften. Band VI. Berlin, 1907. S. 312 [русское издание: Кант И. Метафизика нравов / Пер. с нем. // Кант И. Сочинения в 6 томах. М., 1965. Т. 4. Ч. 2. С. 232].*

* Ср. с *Радбрухом*, который в «Философии права» рассматривает как первейшую задачу права, всеми одобренную, «правовую стабильность, мир, порядок» (С. 99). – *Прим. ред.*

¹⁸³ *Ibid.* S. 319 [русское издание: *Кант И. Метафизика нравов / Пер. с нем. // Кант И. Сочинения в 6 томах. М., 1965. Т. 4. Ч. 2. С. 241].*

правом разума. Высказывания *Канта* о праве на сопротивление и о задаче юристов служат тому примером. Право на сопротивление при этом отвергается:

«Итак, против законодательствующего главы государства нет правомерного сопротивления народа, ведь правовое состояние возможно лишь через подчинение его устанавливающей всеобщие законы воле»¹⁸⁴.

По поводу задачи юристов *Кант* отмечает следующее:

«Юрист-законник ищет законы, гарантирующие *мое* и *твое* (когда он действует – как и надлежит – в качестве должностного лица правительства) не в своем разуме, а в обнародованном и утвержденном высшими властями своде законов. От него нельзя по справедливости требовать доказательства истинности и правомерности этих законов, так же как и защиты от высказываемых разумом возражений против них. В самом деле, только повеления указывают, что соответствует праву, и вопрос о том, соответствуют ли праву сами повеления, юрист должен отвергнуть как нелепый. Было бы смешно уклоняться от подчинения внешней и высшей воле на том основании, что она будто бы не согласуется с разумом. Ведь престиж правительства заключается именно в том, что оно предоставляет своим подданным свободу судить о правом и неправом не по их собственным понятиям, а согласно предписаниям законодательной власти»¹⁸⁵.

¹⁸⁴Ibid. S. 320 [русское издание: *Кант И. Метафизика нравов* / Пер. с нем. // Кант И. Сочинения в 6 томах. Т. 4. Ч. 2. М., 1965. С. 242].

¹⁸⁵*Kant I. Der Streit der Fakultäten* // Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), *Kant's gesammelte Schriften. Band VII*. Berlin: Reimer, 1907. S. 24–25 [русское из-

Безоговорочный приоритет позитивного права над правом разума, обоснованный *Кантом* с помощью права разума, постоянно подвергался критике¹⁸⁶. Эту критику можно подкрепить тезисами *Канта*, несовместимыми или с трудом совместимыми с безоговорочным приоритетом любого, в том числе и крайне несправедливого позитивного закона над правом разума. К примеру, *Кант* бросает упрек правоведам, ориентированному лишь на эмпирические методы познания:

«Что следует по праву (*quid sit iuris*), т.е. что говорят или говорили законы в том или ином месте в то или другое время, он еще может указать; но право (*recht*) ли то, чего они требуют, и каков всеобщий критерий, на основании которого можно вообще различать правое и неправое (*iustum et iniustum*), – это остается для него тайной ... Чисто эмпирическое учение о праве – это голова (подобно деревянной голове в басне Федра), которая может быть прекрасна, но, увы, не имеет мозга»¹⁸⁷.

Как это согласуется с приведенным выше положением *Канта* о том, что вопрос о правильности или справедливости государственных законов «юрист должен отвергнуть как

дание: *Кант И.* Спор факультетов / Пер. с нем. // Кант И. Сочинения в 6 томах. М., 1966. Т. 6. С. 321].

¹⁸⁶ См.: *Dreier R.* Rechtsgehorsam und Widerstandsrecht // Broda Ch. etc. (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann. Neuwied, Darmstadt, 1985. S. 302–304 (с последующими ссылками).

¹⁸⁷ *Kant I.* Metaphysik der Sitten // Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant's gesammelte Schriften. Band VI. Berlin, 1907. S. 229–230 [русское издание: *Кант И.* Метафизика нравов / Пер. с нем. // Кант И. Сочинения в 6 томах. М., 1965. Т. 4. Ч. 2. С. 139].

нелепый»¹⁸⁸? Сомнения во внутренней согласованности теории *Канта* вызывает также его «...пробный камень правомерности всякого публичного закона»¹⁸⁹, который указывает:

«чего народ не может решить относительно самого себя, того и законодатель не может решить относительно народа»¹⁹⁰.

Действительно ли этот критерий не может никогда, даже в случаях тиранического произвола, ограничить обязанность подчиняться законам? Так ли это на самом деле, что правовая устойчивость и гражданский мир требуют подчинения всякому государственному закону, даже крайне несправедливому, полностью пренебрегающему тем, что *Кант* называет свободой, которая и есть то «единственное первоначальное право, присущее каждому человеку в силу его принадлежности к человеческому роду»?¹⁹¹ Исследование аргумента несправедливости показало, что такой неограниченный приоритет позитивного права должен быть отвергнут: крайне несправедливым законам в правовом качестве должно быть отказано¹⁹².

Возникает вопрос: что это означает применительно к оценке основной нормы *Канта*? Существуют две возможно-

¹⁸⁸См.: Dreier R. Rechtsbegriff und Rechtsidee. Frankfurt a.M., 1986. S. 10.

¹⁸⁹*Kant I. Über den Gemeinspruch ... // Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant's gesammelte Schriften. Band VIII. Berlin, 1912. S. 297 [русское издание: Кант И. О поговорке ... / Пер. с нем. // Кант И. Сочинения в 6 томах. М., 1965. Т. 4. Ч. 2. С. 87].*

¹⁹⁰*Ibid. S. 304 [русское издание: Кант И. О поговорке ... / Пер. с нем. // Кант И. Сочинения в 6 томах. М., 1965. Т. 4. Ч. 2. С. 96].*

¹⁹¹*Kant I. Metaphysik der Sitten // Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant's gesammelte Schriften. Band VI. Berlin, 1907. S. 237 [русское издание: Кант И. Метафизика нравов / Пер. с нем. // Кант И. Сочинения в 6 томах. М., 1965. Т. 4. Ч. 2. С. 147].*

¹⁹²См.: глава 2, III, 4.2.1.

сти. Первую выбирают те, кто утверждает, что основная норма *Канта* наилучшим образом соответствует основным принципам его философии. В этом случае основную норму следовало бы подвергнуть критике, базирующейся на взглядах и мнениях, которые выходят за рамки системы *Канта*. Второй вариант выбирают те, кто говорит, что основная норма *Канта* не является ни необходимым, ни лучшим выводом из основных принципов его философии. К названному тезису можно добавить утверждение о том, что обязанность подчиняться, требуемая основной нормой *Канта*, лучше согласуется с системой *Канта* в том случае, если эта обязанность ограничена посредством такого критерия, как формула *Радбруха*, чем в случае, если она не ограничена, как в представленной *Кантом* категоричной версии. Этому соответствовало бы положение теории толкования о том, что даже великий философ не всегда делает правильные выводы из своих собственных основных принципов. Здесь невозможно вдаваться в детали, какому из двух вариантов следует отдать предпочтение. Поэтому выскажем лишь предположение, что *Кант*, категорично формулируя свою основную норму, не сделал вывода, который неизбежно предопределен в его системе, а стал жертвой обусловленных тем временем авторитарных государственно-властных представлений¹⁹³. Если данное предположение является верным, то основная норма *Канта* должна быть модифицирована в свете аргумента несправедливости. Если это предположение ошибочно, то обоснованная с позиций права разума основная норма *Канта* в своих последствиях является еще более позитивистской, чем основная норма *Кельзена*. Основная норма *Кельзена* лишь указывает, что любую установленную и действенную норму при желании можно истолковать как норму юридически

¹⁹³См.: Dreier R. Bemerkungen zur Rechtserkenntnistheorie // Rechtstheorie. Beiheft 2 (1979). S. 93.

действительную и без возникновения при этом каких-либо моральных обязательств. Напротив, основная норма *Канта*, если ее не ограничить, означала бы, что каждую установленную и действенную норму независимо от чьего-либо желания нужно толковать как юридически действительную норму, и более того, существует моральная обязанность подчиняться каждой такой норме. Подобный морально обоснованный радикальный позитивизм еще менее приемлем, чем скептический, обоснованный с позиций теории познания вариант *Кельзена*.

3. Эмпирическая основная норма (*Харт*)

Существенные моменты критики основной нормы *Харта* уже были отмечены при анализе основной нормы *Кельзена*. Вместе с тем огромная роль, которую она играет в литературе, и тот факт, что наряду с основной нормой предложенного *Кантом* типа она выступает важнейшей альтернативой основной норме *Кельзена*, требуют ее глубокого систематического анализа.

Харт именует свою основную норму не «основной нормой» («*basic norm*»), а «правилом признания» («*rule of recognition*»). При этом он допускает, что его теория правила признания в некоторых аспектах схожа с концепцией основной нормы *Кельзена*¹⁹⁴. *Терминологические различия Харт* объясняет иным статусом своей основной нормы¹⁹⁵.

Терминологические совпадения несомненны. Правило признания содержит критерии идентификации правил (*Харт* говорит о «правилах» вместо «норм») в качестве действующего пра-

¹⁹⁴*Hart H.L.A.* The Concept of Law. Oxford, 1961. P. 245 [русское издание: *Харт Г.Л.А.* Понятие права / Пер. с англ. СПб., 2007. С. 253–255].

¹⁹⁵*Ibid.* P. 245 [русское издание: *Харт Г.Л.А.* Понятие права / Пер. с англ. СПб., 2007. С. 254–255].

ва¹⁹⁶. Это – высшее правило («*ultimate rule*») правовой системы¹⁹⁷. Как таковое оно содержит критерии, тем самым определяя основу действительности всех других правил правовой системы (кроме себя самого)¹⁹⁸. Как и в теории *Кельзена*, добраться до сути правила признания *Харта* можно, вновь и вновь задавая себе вопрос об основе действительности внутри иерархической структуры правовой системы. *Харт* демонстрирует это на примере, в котором последний ответ, а вместе с ним и формулировка соответствующего правила признания гласит: «то, что Королева постановляет в Парламенте, является законом»¹⁹⁹.

Однако более чем очевидны и различия двух теорий. Основное различие состоит в том, что вопрос о существовании правила признания, как и вопрос о его содержании, относится к эмпирическим вопросам²⁰⁰:

«...правило признания существует только в качестве сложной, но обычно согласованной деятельности судов, официальных и частных лиц по идентификации закона посредством обращения к некоторым критериям. Его существование – это вопрос факта»²⁰¹.

¹⁹⁶ *Hart H.L.A. The Concept of Law. Oxford, 1961. P. 97* [русское издание: *Харт Г.Л.А. Понятие права / Пер. с англ. СПб., 2007. С. 105–106*].

¹⁹⁷ *Ibid. P. 102* [русское издание: *Харт Г.Л.А. Понятие права / Пер. с англ. СПб., 2007. С. 110*].

¹⁹⁸ *Ibid. P. 104* [русское издание: *Харт Г.Л.А. Понятие права / Пер. с англ. СПб., 2007. С. 112*].

¹⁹⁹ *Ibid. P. 104* [русское издание: *Харт Г.Л.А. Понятие права / Пер. с англ. СПб., 2007. С. 106, 111, 114*].

²⁰⁰ *Ibid. P. 245* [русское издание: *Харт Г.Л.А. Понятие права / Пер. с англ. СПб., 2007. С. 254*].

²⁰¹ *Hart H.L.A. The Concept of Law. Oxford, 1961. P. 107* [русское издание: *Харт Г.Л.А. Понятие права / Пер. с англ. СПб., 2007. С. 114*].

Это должно служить причиной тому, что можно говорить только о существовании, но не о действительности правила признания. Хотя оно и является критерием действительности всех других правил, но в качестве высшего критерия действительности оно не может, в свою очередь, само быть действительным²⁰². Его существование *демонстрируется* тем, как участники правовой системы идентифицируют конкретные правила в качестве действующего права²⁰³.

Вначале это кажется простейшим из существующих решений проблемы основной нормы. При анализе основной нормы *Кельзена* выяснилось, однако, что это решение является слишком простым. Исходя из принятия (*Akzeptanz*) правила признания, которое находит свое выражение в юридической практике, *Харт* делает вывод о его существовании, а затем использует его существование как основу действительности всех других норм права. Главная проблема заключена в понятии принятия (*Akzeptanz*). Принять правило, которое находит выражение в общей практике, означает переход от факта, что такая практика существует, к заключению, что в своих действиях надлежит руководствоваться этой практикой. Преимущество теории основной нормы *Кельзена* состоит в том, что данный переход от сущего к должному не прячется за такими терминами, как принятие и существование определенной практики, а выводится на свет и подвергается анализу. Эмпирическая теория основной нормы в конечном итоге должна потерпеть крах в силу того, что она не может адекватно объяснить важнейшую проблему любой теории основной нормы – переход от сущего к должному²⁰⁴.

²⁰²Ibid. P. 105–106 [русское издание: *Харт Г.Л.А.* Понятие права / Пер. с англ. СПб., 2007. С. 113–115].

²⁰³Ibid. P. 98 [русское издание: *Харт Г.Л.А.* Понятие права / Пер. с англ. СПб., 2007. С. 106].

²⁰⁴См.: *Dreier R.* Sein und Sollen // *Dreier R.* Recht – Moral – Ideologie. Frankfurt a.M., 1981. S. 223.

Глава 4.

Определение

Выводы, обоснованные представленными здесь аргументами, можно выразить в следующем определении:

Право – это система норм, которая 1) содержит в себе притязание на правильность; 2) состоит из совокупности норм, которые принадлежат к в общем и целом социально действенной конституции и не являются крайне несправедливыми, а также из совокупности установленных в соответствии с этой конституцией норм, которые обладают определенным минимумом социальной действенности или потенциальной возможности такой действенности и не являются крайне несправедливыми; и, наконец, 3) включает в себя принципы и иные нормативные аргументы, на которых основывается и/или должна основываться процедура правоприменения, чтобы соответствовать притязанию на правильность.

Приведенное определение дается исходя из позиции участника [правовой системы]²⁰⁵ и, таким образом, является юридическим определением права. Определяемое понятие права включает в себя понятие действительности²⁰⁶. Три части определения соответствуют аргументу правильности, аргументу несправедливости и аргументу принципов.

Первая часть определения содержит в качестве элемента дефиниции притязание на правильность²⁰⁷. Система норм, которая ни напрямую, ни косвенно не содержит в себе притязание на правильность, правовой системой не является²⁰⁸. Таким

²⁰⁵ См.: глава 2, III, 2.3.

²⁰⁶ См.: глава 2, III, 2.1.

²⁰⁷ См.: глава 2, III, 4.1.

²⁰⁸ См.: глава 2, III, 3.2.

образом, притязание на правильность имеет классифицирующее значение²⁰⁹. Серьезных практических последствий это не влечет. Фактически существующие правовые системы обычно содержат в себе притязание на правильность, как бы слабо оно ни было обосновано. С практической точки зрения более важным считается квалифицирующее значение²¹⁰ притязания на правильность. Оно состоит в том, что простое невыполнение притязания на правильность хотя и не лишает правовые системы и отдельные нормы правового качества или правовой действительности, однако превращает их в юридически ошибочные²¹¹. Это отражает тот факт, что право обладает необходимым идеальным измерением.

Во *второй* части определения устанавливается соотношение между тремя классическими элементами дефиниции: надлежащим установлением, социальной действительностью и правильностью содержания. Указанное соотношение закрепляется на двух уровнях: на уровне конституции и на уровне норм, принятых в соответствии с конституцией. Тем самым подчеркивается ограниченная сфера действия данного определения. Оно применяется только в отношении развитых правовых систем, имеющих иерархическую структуру. Для неразвитых правовых систем можно было бы разработать упрощенный вариант определения, но здесь в этом нет необходимости.

Предпосылку действительности конституции составляет то, что она в общем и целом является социально действенной. Данная формула фиксирует социальную действительность правовой системы в качестве целого, так как конституция является в общем и целом социально действенной лишь тогда,

²⁰⁹См.: глава 2, III, 2.4.

²¹⁰См.: глава 2, III, 2.5.

²¹¹См.: глава 2, III, 4.1.

когда установленная в соответствии с ней правовая система в качестве целого в общем и целом социально действенна²¹². Понятие социальной действенности в общем и целом также включает в себя указанные во многих определениях права признаки принуждения и доминирования по отношению к конкурирующим системам норм. Признак принуждения содержит это понятие постольку, поскольку социальная действенность определенной нормы состоит в том, что она либо соблюдается, либо несоблюдение ее влечет за собой применение санкций, что включает осуществление физического принуждения, которым в развитых правовых системах является государственное принуждение²¹³. Признак доминирования по отношению к конкурирующим системам норм содержится в понятии социальной действенности в общем и целом в силу того, что система норм, не преобладающая в случае конфликта с другими системами норм, социально действенной в общем и целом не является²¹⁴.

Все сказанное до сего момента о действительности конституции, то есть в отношении первого уровня второй части определения, также верно и для позитивистских понятий права. Непозитивистский характер этот компонент определения приобретает вследствие того, что критерий в общем и целом социально действенной конституции ограничивается негативным признаком определения – крайней несправедливостью. Основой такого ограничения служит аргумент несправедливости²¹⁵. Здесь следует подчеркнуть, что признак крайней несправедливости, в отличие от социальной действенности,

²¹²См.: глава 2, III, 2.3.

²¹³См.: глава 3, I.

²¹⁴См.: глава 3, II, 1.1.

²¹⁵См.: глава 2, III, 4.2.

относится не к конституции в целом, а лишь к отдельным ее нормам²¹⁶. В этом проявляется тот факт, что правовая действительность системы права как целого в большей мере зависит от социальной действительности, чем от действительности моральной²¹⁷.

На втором уровне второй части определения речь идет об отдельных нормах, установленных в соответствии с конституцией. Второй уровень необходим постольку, поскольку применительно к отдельным нормам, в отличие от правовых систем, в общем и целом социальная действенность не является условием их правовой действительности. Данный критерий в иерархически выстроенной правовой системе заменяется критерием надлежащего установления согласно в общем и целом социально действенной конституции²¹⁸. В отношении этого критерия применяются два ограничения. Установленные надлежащим образом отдельные нормы теряют свою правовую действительность, если они не обладают определенным минимумом социальной действенности или потенциальной возможностью социальной действенности, и/или в том случае, если они являются крайне несправедливыми²¹⁹. Последнее положение вновь проявляет непозитивистский характер предложенного здесь понятия права.

В то время как вторая часть определения ограничивает позитивистское понятие права с помощью признака крайней несправедливости, *третья* часть определения расширяет сферу принадлежности к праву, включая в понятие права

²¹⁶См.: глава 2, III, 4.2.2.

²¹⁷См.: глава 3, II, 2.1.

²¹⁸См.: глава 3, II, 1.2.

²¹⁹См.: глава 2, III, 4.2.1; глава 3, II, 1.2.

процедуру правоприменения²²⁰. Все, чем обосновывает и/или должен обосновывать свое решение правоприменитель в зоне неопределенности права, чтобы выполнить притязание на правильность, относится к праву²²¹. Таким образом, принципы, даже если их невозможно идентифицировать в качестве правовых принципов на основе критериев действительности конституции, а также иные нормативные аргументы, которые служат обоснованию решения, становятся составной частью права. Оговорка «обосновывает и/или должен обосновывать» отражает взаимодействие реального и идеального измерения правоприменения. Право включает в себя как те аргументы, с помощью которых правоприменители фактически обосновывают свои решения, даже если они не соответствуют притязанию на правильность, так и те аргументы, которые должны были бы лежать в основе решения, чтобы выполнить притязание на правильность. Таким образом, критика юридической практики принятия решений с точки зрения права обретает реальную возможность.

²²⁰ См.: глава 2, III, 2.2.

²²¹ См.: глава 2, III, 4.3.

Приложения

Основной закон Федеративной Республики Германия от 23 мая 1949 г. по состоянию на 2007 г. (Извлечение)²²²

Статья 1

- (1) Достоинство человека неприкосновенно. Уважать и защищать его – обязанность всей государственной власти.
- (2) Посему немецкий народ признает неприкосновенные и неотчуждаемые права человека в качестве основы всякого человеческого сообщества, мира и справедливости на земле.
- (3) Нижеследующие основные права обязательны для законодательной, исполнительной и судебной власти как непосредственно действующее право.

Статья 2

- (1) Каждый имеет право на свободное развитие своей личности в той мере, в какой он не нарушает прав других и не посягает на конституционный строй или нравственные нормы.
- (2) Каждый имеет право на жизнь и физическую неприкосновенность. Свобода личности ненарушима. Вмешательство в эти права допустимо только на основании закона.

²²²Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 11 Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2007. Русский текст дан по «Основному закону Федеративной Республики Германия», изданному Ведомством печати и информации Федерального правительства. Берлин, 1998. Текст актуализирован по 2011 г. – *Прим. ред.*

Статья 3

- (1) Все люди равны перед законом.
- (2) Мужчины и женщины равноправны. Государство способствует действительному осуществлению равноправия мужчин и женщин и содействует устранению возникающих вредных последствий его нарушения.
- (3) Никому не может быть причинен ущерб или оказано предпочтение по признакам его пола, происхождения, расы, языка, его отечества и места рождения, его вероисповедания, религиозных или политических взглядов. Никто не должен ущемляться из-за своих недостатков (физических или умственных).

Статья 20

- (1) Федеративная Республика Германия является демократическим и социальным федеративным государством.
- (2) Вся государственная власть исходит от народа. Она осуществляется народом путем выборов и голосований, а также через специальные органы законодательной, исполнительной и судебной власти.
- (3) Законодательная власть связана конституционным строем, исполнительная и судебная власть – законом и правом.
- (4) Всякому, кто попытается устранить этот строй, все немцы имеют право оказывать сопротивление, если не могут быть использованы иные средства.

Статья 28

- (1) Конституционный строй в землях должен соответствовать принципам республиканского, демократического и

социального правового государства в духе настоящего Основного закона. В землях, районах и общинах народ должен иметь представительство, созданное путем всеобщих, прямых, свободных, равных и тайных выборов. <...>

Статья 79

- (1) Основной закон может быть изменен только законом, который специально изменяет или дополняет текст Основного закона. В отношении международно-правовых договоров, предметом которых является мирное урегулирование, его подготовка или постепенная отмена оккупационно-правового режима, а также договоров, которые предназначены служить обороне Федеративной Республики Германия, для подтверждения того, что положения Основного закона не препятствуют заключению и вступлению в силу таких договоров, достаточно дополнения текста Основного закона, ограничивающегося таким подтверждением.
- (2) Такой закон требует одобрения большинством в две трети голосов членов Бундестага и в две трети голосов Бундесрата.
- (3) Изменение настоящего Основного закона, затрагивающее разделение Федерации на земли, принципы участия земель в законодательстве или принципы, закрепленные статьями 1 и 20, не допускается.

Статья 100

- (1) Если суд посчитает неконституционным закон, от признания которого действующим зависит решение, то процесс подлежит приостановлению и, если речь идет о нарушении конституции земли, должно быть получено решение компетентного в разрешении конституционных споров суда земли, а если речь идет о нарушении настоящего Основного закона – решение Федерального конституционного

суда. Это положение действует и тогда, когда речь идет о нарушении настоящего Основного закона правом земли или о несовместимости закона земли с федеральным законом.

- (2) Если в судебном деле возникает сомнение, является ли норма международного права составной частью федерального права и порождает ли она непосредственно права и обязанности для отдельного лица (статья 25), то суд должен получить решение Федерального конституционного суда.
- (3) Если конституционный суд земли расходится в толковании Основного закона с решением Федерального конституционного суда или конституционного суда другой земли, он должен обратиться за решением в Федеральный конституционный суд.

Статья 116

- (1) Если законом не определено иное, немцем по смыслу настоящего Основного закона является каждый, кто обладает германским гражданством, или в качестве беженца или перемещенного лица немецкой национальности, его супруга или потомка нашел убежище на территории Германии в границах, существовавших на 31 декабря 1937 года.
- (2) Бывшие граждане Германии, лишённые гражданства в период между 30 января 1933 года и 8 мая 1945 года по политическим, расовым и религиозным мотивам, и их потомки подлежат восстановлению в гражданстве по их ходатайству. Они считаются не утратившими гражданства, если после 8 мая 1945 года поселились в Германии и не выразили иной воли.

Латинские юридические изречения

Ad infinitum – до бесконечности

Contra legem – против законов

Desuetudo – утрата правовой нормой юридической силы в результате ее длительного несоблюдения

Nulla poena sine lege – нет наказания без закона

Nullum crimen, nulla poena sine lege – без закона нет ни преступления, ни наказания

Nullum crimen sine poena, nulla poena sine lege – нет преступления без наказания, нет наказания без закона

Prima facie – на первый взгляд; относящийся к доказательствам, представляющимся достаточными, если они не опровергнуты или не оспорены

Указатель литературы

1. Литература на русском языке

- Августин Блаженный.* О граде Божием / Пер. с лат. М.: АСТ, 2000.
- Дворкин Р.* О правах всерьез / Пер. с англ. М. Д. Лахути, Л. Б. Макеевой; ред. Л. Б. Макеева. М.: Российская политическая энциклопедия, 2004.
- Кант И.* Критика чистого разума. 2-е изд. / Пер. с нем. Н. Лосского, Ц. Г. Арзаканьяна, М. И. Иткина // Кант И. Сочинения в 6 томах. М.: Мысль, 1964. Т. 3. С. 68–756.
- Кант И.* Метафизика нравов / Пер. с нем. С. Я. Шейнман-Топштейн, Ц. Г. Арзаканьяна // Кант И. Сочинения в 6 томах. М.: Мысль, 1965. Т. 4. Ч. 2. С. 107–438.
- Кант И.* Прологомены ко всякой будущей метафизики, могущей появиться как наука / Пер. с нем. Вл. Соловьева // Кант И. Сочинения в 6 томах. М.: Мысль, 1965. Т. 4. Ч. 1. С. 67–209.
- Кант И.* Спор факультетов / Пер. с нем. Ц. Г. Арзаканьяна // Кант И. Сочинения в 6 томах. М.: Мысль, 1966. Т. 6. С. 311–348.
- Кант И.* О поговорке «Может быть, это и верно в теории, но не годится для практики» / Пер. с нем. Н. Вальденберга // Кант И. Сочинения в 6 томах. М.: Мысль, 1965. Т. 4. Ч. 2. С. 59–105.
- Ксенофонт.* Воспоминания о Сократе / Пер. с греч. С. И. Соболевского. М.: Наука, 1993.
- Остин Дж. Л.* Значение слова / Пер. с англ. А. Л. Золоткина // Остин Дж. Л. Избранное. М.: Идея-Пресс, Дом интеллектуальной книги, 1999. С. 308–326.
- Остин Дж. Л.* Как совершать действия при помощи слов? / Пер. с англ. В. П. Руднева // Остин Дж. Л. Избранное. М.: Идея-Пресс, Дом интеллектуальной книги, 1999. С. 11–135.
- Радбрух Г.* Законное неправое и надзаконное право / Пер. с нем. Ю. М. Юмашева // Радбрух Г. Философия права. М.: Международные отношения, 2004. С. 228–238.

- Радбрух Г.* Пять минут философии права / Пер. с нем. Ю.М. Юмашева // Радбрух Г. Философия права. М.: Международные отношения, 2004. С. 225–227.
- Радбрух Г.* Философия права / Пер. с нем. Ю.М. Юмашева. М.: Международные отношения, 2004.
- Фуллер Л.Л.* Мораль права / Пер. с англ. Т. Даниловой, под ред. А. Кудряева. М.: ИРИСЭН, 2007.
- Харт Г.Л.А.* Позитивизм и разграничение права и морали / Пер. с англ. В.В. Архипова, под ред. И.В. Мироновой, Н.С. Лосева // Правоведение. 2005. № 5. С. 102–136.
- Харт Г.Л.А.* Понятие права / Пер. с англ. Е.В. Афонасина, М.В. Бабака, А.Б. Дидикина и С.В. Моисеева; под общ. ред. Е.В. Афонасина и С.В. Моисеева. СПб.: Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2007.
- Хёффе О.* Политика, право, справедливость / Пер. с нем. В.С. Малахова. при участии Е.В. Малаховой. М.: Гнозис, 1994.
- Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Пер. с нем. С.В. Лёзова, Ю.С. Пивоварова, под ред. В.Н. Кудрявцева, Н.Н. Разумович. Вып. 1. М.: Изд-во ИНИОН АН СССР, 1987.
- Чистое учение о праве *Ганса Кельзена* / Сборник переводов. Перевод с нем. С.В. Лёзова, под ред. В.Н. Кудрявцева, Н.Н. Разумович. Вып. 2. М.: Изд-во ИНИОН АН СССР, 1988.
- Юм Д.* Трактат о человеческой природе / Пер. с англ. С.И. Церетели, под общ. ред. И.С. Нарского // Юм Д. Сочинения в 2 томах. М.: Мысль, 1965. Т. 1.

II. Литература на иностранных языках

- Aarnio A., Alexy R., Peczenik A.* Grundlagen der juristischen Argumentation // Kra-wietz W., Alexy R. (Hrsg.), Metatheorie juristischer Argumentation. Berlin: Duncker & Humblot, 1983. S. 9–87.
- Alexy R.* Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation // Rechtstheorie. Beiheft 2 (1981). S. 177–188.
- Alexy R.* Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft 51 (1993). S. 11–29.
- Alexy R.* Theorie der Grundrechte. Baden-Baden: Suhrkamp, 1985.

Приложения

- Alexy R.* Theorie der juristischen Argumentation. 2. Aufl. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991.
- Alexy R.* Zur Kritik des Rechtspositivismus // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft 37 (1990). S. 9–26.
- Augustinus A.* De civitate dei (Der Gottesstaat) / hrsg. und übers. von C.J. Perl. 2 Bände. Paderborn etc.: Schöningh, 1979.
- Austin J.* Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. 5th edn. 2 Vols. London: John Murray, 1885.
- Austin J.L.* How to Do Things with Words. Oxford: Clarendon Press, 1962.
- Austin J.L.* The Meaning of a Word // *Austin J.L.* Philosophical Papers. 2nd edn. Oxford: Clarendon Press, 1970. P. 55–75.
- Bierling E.R.* Juristische Prinzipienlehre. Band 1. Freiburg i. Br., Leipzig: J.C.B. Mohr, 1894.
- Bittner C.* Recht als interpretative Praxis. Berlin: Duncker & Humblot, 1988.
- Bydlinski F.* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff. Wien, New York: Springer, 1982.
- Dreier H.* Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis? // Mayer H. etc. (Hrsg.), Festschrift für Robert Walter. Wien: Manz, 1991. S. 117–135.
- Dreier R.* Bemerkungen zur Rechtserkenntnistheorie // Rechtstheorie. Beiheft 2 (1979). S. 89–105.
- Dreier R.* Der Begriff des Rechts // Dreier R. Recht – Staat – Vernunft. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991. S. 95–119.
- Dreier R.* Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus? // Rechtstheorie. 18 (1987). S. 368–385.
- Dreier R.* Recht und Moral // Dreier R. Recht – Moral – Ideologie. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1981. S. 180–216.
- Dreier R.* Rechtsbegriff und Rechtsidee. Frankfurt a.M.: Alfred Metzner, 1986.
- Dreier R.* Rechtsgehorsam und Widerstandsrecht // Broda Ch. etc. (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1985. S. 299–316.
- Dreier R.* Sein und Sollen // Dreier R. Recht – Moral – Ideologie. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1981. S. 217–240.
- Dreier R.* Zur Einheit der praktischen Philosophie Kants // Dreier R. Recht – Moral – Ideologie. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1981. S. 286–315.

- Dworkin R.* Law's Empire. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986.
- Dworkin R.* Taking Rights Seriously. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.
- Fuller L.L.* The Morality of Law / rev. edn. New Haven, London: Yale University Press, 1969.
- Geiger Th.* Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts. 4. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1987.
- Günther K.* Der Sinn für Angemessenheit. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1988.
- Hamlyn D.W.* Analytic and Synthetic Statements // *Edwards P.* (ed.), The Encyclopedia of Philosophy. Vol. 1. New York: Macmillan and Free Press, 1967. P. 105–109.
- Hart H.L.A.* The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 1961.
- Hart H.L.A.* Positivism and the Separation of Law and Morals // Harvard Law Review. Vol. 71 (1958). P. 593–629.
- Hoerster N.* Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff // Juristische Schulung. 27 (1987). S. 181–188.
- Hoerster N.* Zur Verteidigung der rechtspositivistischen Trennungsthese // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft 37 (1990). S. 27–32.
- Hoerster N.* Zur Verteidigung des Rechtspositivismus // Neue Juristische Wochenschrift. 39 (1986). S. 2480–2482.
- Höffe O.* Politische Gerechtigkeit. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1987.
- Holmes O.W.* The Path of the Law // Harvard Law Review. 10 (1896–1897). P. 457–478.
- Hume D.* A Treatise of Human Nature. Oxford: Oxford University Press, 1951.
- Ipsen K.* (Hrsg.), Völkerrecht. München: C. H. Beck, 1990.
- Kant I.* Der Streit der Fakultäten // Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant's gesammelte Schriften. Band VII. Berlin: Reimer, 1907. S. 1–116.
- Kant I.* Kritik der reinen Vernunft. 2. Aufl. Riga: J. F. Hartknoch, 1787.
- Kant I.* Metaphysik der Sitten // Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant's gesammelte Schriften. Band VI. Berlin: Reimer, 1907. S. 203–494.
- Kant I.* Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können // Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant's gesammelte Schriften. Band IV. Berlin: Reimer, 1903. S. 253–383.

Приложения

- Kant I.* Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis // Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant's gesammelte Schriften. Band VIII. Berlin: Reimer, 1912. S. 273–313.
- Kantorowicz H.* Der Begriff des Rechts. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, S. a. [1957].
- Kantorowicz H.* The Definition of Law. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.
- Kaufmann A.* Rechtsphilosophie. 2. Aufl. München: C. H. Beck, 1997.
- Kelsen H.* Allgemeine Theorie der Normen. Wien: Manz, 1979.
- Kelsen H.* Die Funktion der Verfassung // Verhandlungen des Zweiten Österreichischen Juristentages. Wien 1964. Band II. 7. Teil. Wien: Manz, S. a. [1964]. S. 65–76.
- Kelsen H.* Diskussionsbeitrag // Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht. N.F. [Neue Folge]. 13 (1963–1964). S. 119–120.
- Kelsen H.* Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960.
- Koch H.-J., Rüßmann H.* Juristische Begründungslehre. München: C. H. Beck, 1982.
- Kriele M.* Recht und praktische Vernunft. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1979.
- Loos F.* Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1970.
- Luhmann N.* Rechtssoziologie. 2 Bände. Reinbek bei Hamburg: Rowohlt, 1972.
- MacCormick N.* Law, Morality and Positivism // MacCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law. Dordrecht: Reidel, 1986. P. 127–144.
- MacCormick N.* Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford: Clarendon Press, 1978.
- Maus I.* Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts // Rechtstheorie. 20 (1989). S. 191–210.
- Müller F.* «Richterrecht». Berlin: Duncker & Humblot, 1986.
- Neumann U.* Juristische Argumentationslehre. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986.
- Ott W.* Der Euthanasie-Befehl Hitlers vom 1. September 1939 im Lichte der rechtspositivistischen Theorien // Mayer H. etc. (Hrsg.), Festschrift für Robert Walter. Wien: Manz, 1991. S. 519–533.
- Ott W.* Der Rechtspositivismus. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

- Ott W.* Die Radbruch'sche Formel. Pro und Contra // Zeitschrift für Schweizerisches Recht N.F. [Neue Folge]. 107 (1988). S. 335–357.
- Paulson S.L.* Lässt sich die Reine Rechtslehre transzendental begründen? // Rechtstheorie. 21 (1990). S. 155–179.
- Peszenik A.* Grundlagen der juristischen Argumentation. Wien, New York: Springer, 1983.
- Radbruch G.* Fünf Minuten Rechtsphilosophie [впервые опубликовано в 1945 г.] // Radbruch G. Rechtsphilosophie. 8. Aufl. Stuttgart: Koehler, 1973. S. 327–329.
- Radbruch G.* Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht [впервые опубликовано в 1946 г.] // Radbruch G. Rechtsphilosophie. 8. Aufl. Stuttgart: Koehler, 1973. S. 339–350.
- Radbruch G.* Rechtsphilosophie. 8. Aufl. Stuttgart: Koehler, 1973.
- Röhl K.F.* Rechtssoziologie. Köln etc.: Carl Heymanns, 1987.
- Ross A.* Directives and Norms. London: Routledge & Kegan Paul, 1968.
- Ross A.* On Law and Justice. London: Stevens, 1958.
- Rottleuthner H.* Einführung in die Rechtssoziologie. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1987.
- Rottleuthner H.* Rechtstheorie und Rechtssoziologie. Freiburg i.Br., München: Alber, 1981.
- Sieckmann J.-R.* Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems. Baden-Baden: Nomos, 1990.
- Strolz M.M.* Ronald Dworkins These der Rechte im Vergleich zur gesetzgeberischen Methode nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB. Zürich: Schulthess Polygraph, 1991.
- Stuckart W., Globke H.* Kommentare zur deutschen Rassengesetzgebung. Band 1. München, Berlin: C.H. Beck, 1936.
- Stuhlmann-Laeisz R.* Das Sein-Sollen-Problem. Stuttgart-Bad Cannstatt: Frommann-Holzboog, 1983.
- Summers R.S.* Instrumentalism and American Legal Theory. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1982.
- Weber M.* Wirtschaft und Gesellschaft. 5. Aufl. Tübingen: Mohr, 1976.
- Xenophon,* Memorabilien oder Erinnerungen an Sokrates / übers. von A. Zeising. 5. Aufl. Berlin: Langenscheidt, 1917.

Научное издание

Серия «Германская юридическая литература: современный подход». Книга 1

Роберт Алекси

Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) = Begriff und Geltung des Rechts

Перевод с немецкого

Перевод: А. Лаптев, Ф. Кальшойер

Научный редактор: Т.Ф. Яковлева

Корректор: В.В. Кожуткина

Верстка: Г.А. Никифорова

Ваши отзывы об издании присылайте, пожалуйста, по e-mail:

svetlana.parshina@infotropic.ru

Издательский номер 30

Год издания 2011

ISBN 978-5-9998-0030-5

Подписано в печать 12.08.2011

Формат 60x90/16

Печать офсетная

Бумага офсетная

Усл. печ. л. 12,0

Уч.-изд. л. 10,0

Авт. л. 7,0

Гарнитура Orbi. Использованы лицензионные шрифты

Тираж 1000 экз.

ПОЛЬЗОВАТЕЛЬ
ParaType
In Legal Use



101000, г Москва, ул. Мясницкая, д. 42, строение 3

Тел.: (495) 621 25 27; (495) 621 37 12; Факс: (495) 621 76 80

Заказ книг: (495) 621 25 27; 8 903 106 73 38 (моб.); info@infotropic.ru

www.infotropic.ru

Am Sandwerder 37, D-14109 Berlin, Germany

Tel.: +49 (30) 889 28 88-0; Fax: +49 (30) 889 28 88-10

Все права защищены. Любое копирование, воспроизведение, хранение в информационных системах или передача в любой форме и любыми средствами – электронными, механическими, посредством фотокопирования, записями или иными – любой части этой книги запрещено без письменного разрешения ООО «Инфотропик Медиа».