

Спор Р. Алекси и Е. В. Булыгина о необходимости связи между правом и моралью

Вопрос о разграничении права и морали красной нитью проходил через всю историю философии права второй половины XX в.: именно этому вопросу были посвящены, например, известнейшая дискуссия между Гербертом Хартом и Лоном Фуллером, более поздний спор между Джозефом Разом и Рональдом Дворкиным. Важнейший вклад в разработку данной проблематики внесла многолетняя полемика между немецким правоведом Робертом Алекси и русско-аргентинским ученым Евгением Викторовичем Булыгиным.

Минуло уже более двадцати лет после публикации статьи Р. Алекси «О необходимых отношениях между правом и моралью».¹ Эта статья стала сильнейшим полемическим выпадом против правового позитивизма, тезисы которого немецкий ученый попытался опровергнуть путем указания на непрерывное движение правом притязания на правильность.² Алекси исходил из того, что разграничительная линия между позитивизмом и непозитивизмом (термин, который ученый использует вместо понятия «естественное право») проходит именно в вопросе о наличии или отсутствии необходимой связи между моралью и *понятием права*. Мыслитель анализирует данную связь в четырех ракурсах: в зависимости от того, являются ли валидность, процесс правоприменения, правовые идеалы составными частями понятия права, и рассматривается ли право с точки зрения наблюдателя или участника.³ Следуя предложенному Хартом разделению внутренней и внешней перспектив права (перспектив участника и наблюдателя), Алекси утверждает, что строгое разграничение права и морали может быть актуальным только во внешней перспективе — перспективе ученого, старающегося найти четкие критерии отличия одних регуляторов от других, обеспечить ясность и предсказуемость действия правовых норм. Во внутренней перспективе участник правовой жизни, наоборот, не может безразлично

относиться к ценностной составляющей правового дискурса, к правильности (этической, моральной обоснованности) существующих норм и принимаемых на их основе решений. Будут ли такие нормы и решения восприниматься участниками дискурса в качестве правовых, зависит от того, заложено ли в них притязание на правильность. Данное притязание поэтому составляет неотъемлемое онтологическое качество права.

В качестве примера Алекси приводит порядок разбойничьей шайки, захватившей власть в обществе: до тех пор пока разбойники поддерживают порядок воровского обычая с помощью грубой силы, этот порядок не приобретает характерistik правового. Но с того момента, как в его рамках выдвигается притязание на правильность (на то, что данный порядок существует для защиты от врагов, для обеспечения порядка и социальной стабильности, сплочения народа и т. п.), воровской порядок преобразуется в правовой порядок, хотя бы и дефектный, несправедливый.⁴ При этом данный порядок не меняет ни своих правил, ни своих практик (например, нещадная эксплуатация населения в интересах круга правителей, бесконтрольный произвол властей и т. п.); Алекси подчеркивает, что валидность, действительность правового порядка зависит именно от факта выдвигания притязания на правильность, а не от его осуществления на практике.⁵

Через три года на немецком языке появляется статья Евгения Викторовича Булыгина, в которой русско-аргентинский мыслитель с позитивистско-правовых позиций выдвинул убедительные аргументы против концепции Алекси.⁶ В этой статье Булыгин доказывает, что понятие права — самостоятельная интеллектуальная конструкция, которая может быть определена без отсылки к морали, нравам, идеалам и иным внешним по отношению к праву явлениям. Соглашаясь с Алекси в том, что право в практике его создания и применения, как правило, связано со справедливостью и другими ценностями, Булыгин считает, что эта связь «понятно необходимой» не является, что правовые нормы остаются действительными (валидными) вне зависимости от нравственной оценки, даваемой участниками правового общения. Ключевым моментом критики стало указание на независимость понятия права от нравственной оценки норм того или иного правопрядка. Действительно, правовые нормы могут не быть осуществленными в отдельных случаях из-за того, что противоречат моральным убеждениям правоприменителя. Но эта связь права и моральных убеждений, по мнению Булыгина, ситуативна, зависит от ценностных предпочтений правоприменителей и поэтому не носит обязательного характера, не влияет на определение того или иного явления как права.

⁴ Ibid. P. 176–177.

⁵ Ibid. P. 178. — В более поздней работе Алекси высказывается однозначно: «Определением является то, что притязание на правильность укоренено в практике властной системы... за счет чего является необходимым элементом понятия права» (Alexy R. The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism. Oxford, 2002. P. 34). См. краткое изложение основных тезисов теории Алекси на русском языке: Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 447–456.

⁶ Булыгин Е. Alexy und das Richtigkeitsargument // Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60 Geburtstag / Eds. A. Aarnio et al. Berlin, 1993.

* Антонов Михаил Валерьевич — кандидат юридических наук, доцент, зав. кафедрой теории и истории права и государства Санкт-Петербургского филиала ГУ — ВШЭ (mantonov@hse.ru).

¹ Alexy R. On Necessary Relation between Law and Morality // Ratio Juris. 1989. N 2. — По сути, в данной статье для англоязычного читателя в сжатой форме приводились основные аргументы более обширной работы Алекси на немецком языке, которая вышла в свет в том же году: Alexy R. Begriff und Geltung des Rechts. Freiburg, 1989.

² В немецком оригинале — *Anspruch auf Richtigkeit*.

³ Alexy R. On Necessary Relation between Law and Morality. P. 170–172.

На эту критическую статью немецкий правовед ответил в 1997 г. возражениями против используемых Булыгиным предпосылок теоретического анализа права, приводя новые доводы в защиту своего тезиса о том, что право невозможно определить без учета идеальной (и онтологической одновременно) связи со справедливостью.⁷ В 1998 г. в рамках конференции «Конституционализм и разделение права и морали» (Феррара, Италия) состоялись очные дебаты Е. В. Булыгина и Р. Алексиса; ученые повторили уже высказанные доводы и окончательно обозначили свои позиции в споре о необходимости связи между правом и моралью. Содержание выступлений Алексиса и Булыгина на упомянутой конференции отражают опубликованные в 2000 г. в журнале «Ratio Juris» статьи,⁸ перевод которых приводится ниже.

Через одиннадцать лет после дебатов в Ферраре полемика была возобновлена. При подготовке XXIV Всемирного конгресса Международной ассоциации философии права и социальной философии (Пекин, 15–20 сентября 2009 г.) в рамках пленарных докладов были заявлены выступления Р. Алексиса «Дуальная природа права» и Е. В. Булыгина «Основана ли философия права (ее часть) на ошибке?». В этих докладах вновь были высказаны взаимоисключающие взгляды обоих ученых на природу «идеального измерения» права и на необходимость отсылки к этому измерению при определении понятия права. Участники Конгресса предвкушали бурные дебаты между двумя учеными, но они, к сожалению, не состоялись, поскольку Е. В. Булыгин не смог прибыть в Пекин и выступить с докладом. Текст этого доклада Е. Булыгин любезно передал в редакцию настоящего Ежегодника. Оба правоведа значительно расширили границы полемики, поместив ее в контекст современных дебатов о перспективах развития правового позитивизма. При этом мыслители не ограничились взаимной критикой позиций друг друга, используя для аргументации также идеи Нила Маккормика, Джозефа Раза, Джулза Кольмана и других мыслителей, присоединившихся к данному спору.⁹ Приводимый ниже перевод доклада Е. Булыгина позволяет получить представление о современных дебатах в этой проблемной сфере (связь морали и права).

Очная полемика между двумя исследователями состоялась год спустя, в рамках прошедшей в Испании международной философско-правовой конференции «Нейтральность и теория права» (Жирона, 20–22 мая 2010 г.). Булыгин и Алексис вернулись к отдельным аспектам спора, изложив новые аргументы соответственно в своих докладах «Алексис между позитивизмом и непозитивизмом» и «Между позитивизмом и непозитивизмом? Третий ответ Евгению Булыгину». Окончательный текст этих докладов еще не опубликован. Краткая

⁷ Alexy R. Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments // Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourron and Eugenio Bulygin / Eds. E. Garzon Valdes et al. Berlin, 1997.

⁸ Bulygin E. Alexy's Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality // Ratio Juris. 2000. N 13. P. 133–137; Alexy R. On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique // Ratio Juris. 2000. N 13. P. 138–147.

⁹ См. статьи этих и других мыслителей, вошедшие в сборник, посвященный правовой теории Алексиса: Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy / Ed. G. Pavlakos. Oxford, 2007.

¹⁰ См. ниже: Нейтральность и теория права (обзор международной конференции), С. 683–703.

характеристика полемики двух ученых на названной конференции приводится в публикуемом ниже обзоре итогов конференции.¹⁰ Спор между Булыгиным и Алексисом далек от завершения — оба ученых уже в ближайшее время планируют продолжить его. Российскому читателю, желающему следовать новейшим тенденциям в развитии современной мировой философии права, будет неслучайно иметь в виду основные моменты данной полемики.

Тезис Алекси о необходимости связи между правом и моралью**

1. Притязание на правильность. Защита своего *Verbindungsthese* (т. е. тезиса о необходимости связи между правом и моралью), которую ведет Алекси, основана на идее о том, что право (если понимать под «правом» как правовые нормы, так и правовые системы в целом) обязательно выдвигает притязание на правильность. Это объясняется тем, что сам по себе акт издания правовой нормы уже предполагает выдвижение такого притязания. Алекси пытается показать это с помощью следующего примера.

Конституционное собрание, которое в качестве части конституции принимает статью следующего содержания: «(1) X является суверенной, федеральной, несправедливой республикой», допускает, по мнению Алекси, перформативное противоречие, поскольку «содержание... конституционного акта отвергает притязание, тогда как (автор конституции) это притязание поддерживает через совершение данного акта».¹ Алекси полагает, что это *перформативное противоречие* является *понятийной ошибкой*.

Идея перформативного противоречия весьма туманна. Разумеется, это не гическое противоречие, поскольку отсутствуют логические отношения между ними. В лучшем случае речь идет о прагматической несовместимости между двумя актами — актом издания нормы и актом отрицания притязания на правильность. Но я не буду обсуждать данный аспект.

Приводимый Алекси пример может быть обобщен. Каждый раз, когда правовой властный орган (конституционное собрание, обычный законодатель или судья) издает некую юридическую норму, то сам акт издания нормы должен непременно содержать притязание на правильность или на справедливость. Если Алекси о природе такого притязания не совсем ясна. С одной стороны, говорит, что это притязание может быть как эксплицитным, так и имплицитным, с другой — Алекси утверждает, что властный орган, который эксплицитно претендует на правильность изданной им нормы (например, конституционное собрание, которое принимает статью следующего содержания: «(2) X является несправедливым государством»), допускает перформативную избыточность, ко-чая, по-видимому, также является и понятийной ошибкой.

* Булыгин Евгений Викторович — профессор юридического факультета университета Буэнос-Айреса (Аргентина) (ebulygin@gmail.com).

** Перевод с английского М. В. Антонова. Оригинал опубликован в: *Bulygin E. Alexy's The- of a Necessary Connection between Law and Morality // Ratio Juris. 2000. N 13. P. 133–137.*

¹ *Alexy R. On Necessary Relation between Law and Morality // Ratio Juris. 1989. N 2.*

Я все же сильно сомневаюсь, что все правовые властные органы выдвигают притязание на то, что их нормы являются морально правильными или справедливыми. По меньшей мере, это весьма сомнительно, если вспомнить случай Калигулы или Нерона, хотя трудно отрицать то, что в годы правления этих императоров правовая система в Древнем Риме существовала. Но даже если мы согласимся с тем, что в этих случаях имеет место такая перформативная импликация, я не вижу, как она может поддержать выдвигаемый Алекси *Verbindungsthese*.

Согласно этому тезису существует понятийная, необходимая связь между правом и моралью. Даже если мы допускаем, что все правовые властные органы (короли, императоры, диктаторы, президенты, законодатели, судьи и т. п.) непременно выдвигают притязание на моральную правильность или справедливость изданных ими норм, то чем гарантируется, что все эти органы одинаково понимают «моральную правильность» или «справедливость»? Неужели Чингисханом, испанским королем Филиппом II, английским королем Генрихом VIII, Хомейни или Пиночетом двигала одна и та же идея справедливости, когда они издавали правовые нормы? Возможно, под моральной правильностью или справедливостью они понимали весьма разные вещи. И все же тезис о необходимости связи между правом и моралью предполагает, что существует понятийная связь между любой правовой системой, с одной стороны, и одной и той же системой морали (а не любой из моральных систем) — с другой. В концепции Алекси это универсальная мораль, основанная на процедурной дискурсивной этике. Принимаемый по умолчанию факт того, что все нормотворческие акты перформативно предполагают притязание на справедливость, не доказывает, что существует некая необходимая связь между всеми правовыми системами и данной специфичной системой морали. Для обоснования этого своего последнего тезиса Алекси следует доказать не только то, что существует объективная мораль, но и то, что эту мораль разделяют все законодатели.

2. Классификация и квалификация связей. Как мы уже видели, согласно Алекси, «индивидуальные правовые нормы и решения, так же как правовые системы в целом, непременно выдвигают притязание на правильность». ² Какого же рода необходимость имеется здесь в виду?

Алекси объясняет это следующим образом: «Нормо-системы, которые ни эксплицитно, ни имплицитно не выдвигают подобного притязания, правовыми системами не являются. Таким образом, теория притязания обладает определенным свойством». Похоже, получается следующий порядок: притязание на правильность является определяющим свойством термина «правовая система», поскольку каждая правовая система непременно выдвигает притязание на правильность. Если же она этого не делает, то это не правовая система (или, скорее, термин «правовая система» неприменим к данной системе).

Далее Алекси поясняет, что он имеет в виду под «квалифицирующей связью»: «Правовая система, которая выдвигает такое притязание, но не соответствует ей, является дефектной правовой системой. В этом отношении теория притязания имеет квалифицирующий характер. Теория притязания играет исключительно квалифицирующую роль применительно к индивидуальным правовым

* *Alexy R. Begriff und Geltung des Rechts. Freiburg, 1989. S. 178.*

нормам и решениям. Они оказываются юридически дефектными, если не выдвигают притязание на правильность или не соответствуют ему».³

Данное объяснение предполагает, что соответствие притязания на правильность не является определяющим свойством «правовой системы», и что выдвигание такого притязания равным образом не является определяющим свойством «правовой нормы». А если это не определяющее свойство, то оно оказывается не обязательным, а факультативным. Так я интерпретирую слова Алексиса в своей работе 1993 г.⁴ В данной интерпретации получается, что Алексис впадает в противоречие, когда говорит о том, что правовая система непременно выдвигает притязание на правильность — ведь если такое притязание не является определяющим для «правовой системы», то оно не является и необходимым.

В своем ответе⁵ Алексис утверждает, что противоречия здесь нет: в случае квалифицирующего свойства также существуют необходимые связи. Такая правовая система, которая не соответствует притязанию на правильность, непременно является дефектной правовой системой, а правовая норма, которая не выдвигает подобного притязания, непременно является дефектной правовой нормой. Но это тривиально: Алексис определяет дефектную правовую систему как такую норму, которая не соответствует притязанию на правильность, а дефектную правовую норму — как норму, которая не выдвигает такого притязания. Тем самым оба названных свойства оказываются *определяющими*. Вместе с тем это определяющие свойства не для «правовой системы» или «правовой нормы», а для «дефектной правовой системы» и «дефектной правовой нормы». Конечно, как только мы принимаем данные определения, становясь аналитически (и тривиально) истинным то, что те правовые нормы, которые не выдвигают притязания на правильность, являются дефектными. Но это то же самое, что сказать, что дефектные правовые нормы являются дефектными.

Похоже, что Алексис осознает данную трудность. Он говорит: «Можно подумать, что квалифицирующая связь ведет к некоей тривиальности, которая может быть выражена в следующем высказывании: «Дефектные правовые системы являются дефектными». Это высказывание фактически выражает очевидную истину. Вместе с тем такая тавтология не может отразить суть притязания на правильность. Данное притязание непременно связывает с правом правильность как идеальное измерение и как основной критерий для его критики. Дефектность, таким образом, оказывается более чем просто печальным негативным свойством. Это нечто такое, чего не должно было быть в соответствии с понятием права».⁶

Все это звучит весьма загадочно, и я должен признать, что это выходит за границы моего понимания. Я не могу понять, из чего состоит названное «идеальное измерение» права и почему указанная дефектность является чем-то

³ Ibid.

⁴ Bulygin E. Alexy und das Richtigkeitsargument // Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60 Geburtstag / Eds. A. Aarnio et al. Berlin, 1993.

⁵ Alexy R. Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments // Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourron and Eugenio Bulygin / Eds. E. Garzon Valdes et al. Berlin, 1997.

⁶ Ibid. S. 240.

большим, чем просто негативным свойством. Я склонен полагать, что приводимая Алексисом тавтология прекрасно отражает то, что он на самом деле говорит о туманном понятии необходимости квалифицирующих связей. К сожалению, того, о чем он говорит, нет — необходимыми являются только определяющие свойства; и хоть упоминаемые Алексисом квалифицирующие свойства действительно выступают определяющими, но они определяют не «правовую систему» или «правовую норму», а «дефектность».

Используя аргументацию Алексиса, мы могли бы, например, утверждать, что существует квалифицирующая необходимая связь между женщинами и красотой, т. е. что женщины непременно выдвигают притязание на красоту. Если женщина не соответствует данному притязанию, т. е. если она некрасива, она тем не менее остается женщиной, хотя и уродливой; уродливость составляет здесь понятийную ошибку. Недостаточная красота не является просто печальным негативным свойством для некоторых женщин, поскольку притязание на красоту наделяет женщин идеальным измерением и тем самым необходимым образом связывает женщин с красотой. Я вполне согласен с заключительным положением данного аргумента — ведь красота действительно наделяет женщин идеальным измерением; но данный аргумент кажется мне логически дефектным.

Возможно, Алексис мог бы сказать, что необходимость квалифицирующих свойств является иным родом необходимости — это не логическая, а *нормативная необходимость*. Такое умозаключение вытекает из его фразы: «Это не то такое, чего не должно было быть в соответствии с понятием права». Но существует ли нормативная необходимость?

Алексис признает, что под «нормативной необходимостью» он понимает обязательность: «Быть нормативно необходимым означает не что иное, как быть обязательным».⁷

Мне кажется, что использование термина «необходимый» в связи с этим не очень удачно. Согласно стандартному определению необходимости, суждение *р* является необходимым, если и только если оно истинно при всех обстоятельствах и во всех возможных мирах. Но если *р* является обязательным, то оно должно быть ложным, по меньшей мере, в одном из возможных миров — ведь если данное суждение всегда было бы истинным, то не было никакого смысла делать его обязательным. Явно бессмысленными являются нормы с аналитическим содержанием (например, «закрой дверь или оставь ее открытой!»), поскольку должно быть возможным неповиновение или неисполнение нормы. Тем самым говорить о «нормативной необходимости» означает использовать весьма туманную метафору. Речь здесь не идет ни о логической, ни об эмпирической необходимости. К сожалению, Алексис не поясняет, какого рода необходимостью подразумевается в данном любопытном выражении.

⁷ Alexy R. On Necessary Relation between Law and Morality. P. 169.