

Г л а в а 8

ЦЕННОСТНЫЙ ДИСКУРС В ВОПРОСЕ О ДЕЙСТВИИ НОРМ ПРАВА¹

8.1. Введение

Разделительный тезис об отсутствии необходимой связи действия² норм права и ценностей выступает в качестве одного из двух основных критериев (наряду с тезисом о социальных источниках) отличия позитивизма от непозитивизма³. В дискуссиях о достоинствах и недостатках юридического позитивизма этот тезис нередко искажается – например, в утверждениях о том, что позитивисты вообще не признают значимости ценностей в сфере права или же проповедуют аморализм⁴. Но дей-

¹ Автор благодарен А. А. Краевскому за комментарии, высказанные применительно к более ранней версии настоящей работы.

² В зависимости от целей различных исследований данный термин может использоваться как синонимичный по отношениям к понятиям «обязывающая сила», «юридическая сила», «действительность», «валидность», «нормативность», либо между ними могут проводиться различия. Вопросы уточнения этого словоупотребления не входят в предмет настоящей работы. См. об этом, напр.: Честнов И. Л. Постклассическая теория права. СПб.: Алеф-Пресс, 2012. С. 298–316.

³ Разделительный тезис касается не только определения условий действия права. В литературе он также используется в спорах о семантических критериях права – может ли понятие «право» быть определено без помощи оценочных суждений. Этот второй, семантический аспект разделительного тезиса в данной работе рассматриваться не будет. См. о типичных ошибках непозитивистов при критике разделительного тезиса: Raz J. The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism // Pavlakos G. (ed.). Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford & Portland: Hart Publishing, 2007. P. 17–36.

⁴ Так, в некоторых отечественных работах можно встретить критику чистого учения Г. Кельзена за предполагаемое «очищение» права от морали, за проповедь аморализма права. В одном из типичных сочинений подобного рода можно прочитать о том, что «всеобщие начала мироздания – добро, истину, красоту – позитивисты игнорируют, отрицая их онтологический статус... Юридический позитивизм индифферентен к духовному, аксиологическому измерению права». Поэтому...

ствительно ли это так, либо дело просто в том, что для большинства вопросов, обсуждаемых в рамках теоретико-правовых споров, оценочные суждения не имеют значения?

В сфере теории права сравнительно немного вопросов, где была бы значима проблематика универсальности или относительности ценностей – большая часть юридико-технических вопросов решается без обращения к аксиологии: конструирование правоотношения, реконструкция нормы права на основании правовых текстов, описание схемы применения норм права и прочие вопросы не требуют ухода в ценностный дискурс.

Тем не менее, есть вопросы, в которых такой дискурс может стать неизбежным. С одной стороны, юристы нередко обращаются к критике норм позитивного права и вынесенных на их основе решений. Применение оценочных суждений при критике норм нередко имеет место, хотя бы такая критика и не влекла бы в правопорядке юридических последствий. С другой стороны, создание и применение норм права, как правило, опирается на набор суждений о целях права, перспективах его развития, реализуемых в рамках этого развития ценностях и их относительной значимости по отношению друг к другу. Эти и схожие вопросы принято обсуждать и критиковать применительно к проблематике правовой политики. Далее, оценочные суждения о целях права, напрямую в правовых нормах не артикулированных, могут использоваться для рассуждений о том, «что хотел, но не смог сказать законодатель».

«социальную вредность такого суждения нельзя недооценивать, ведь на практике это неизменно оборачивается изданием аморальных законов либо несправедливых судебных решений, безнравственностью правоприменителей и формалистическим подходом к чужой беде» (*Сорокин В. В. Позитивистский подход к правопониманию: опыт, перспективы // Юридическое образование и наука. 2006. № 4. С. 3–6*). Подобные беспочвенные оценки пользуются популярностью и кочуют по научным и псевдонаучным работам российских критиков позитивизма. Так, пара тамбовских правоведов, воспроизведя «гениальные» прозрения проф. Сорокина насчет социальной вредности позитивизма (*Баев В. Г., Власова О. И. Позитивизм как господствующая теория правопонимания в современной России // Современное право. 2011. № 8. С. 24*), заключают, что, «принимая позитивизм, юриспруденция отрывается от целого пласта общественной жизни, становится безразличной к духовным ценностям, сводится к юридической логике и юридической технике» (Там же. С. 28).

На практике правоприменители могут столкнуться с тем, что называется «аксиологическими пробелами» – ситуации, в которых нормы дают морально неудовлетворительное решение, которое может показаться противоречащим основам правопорядка¹. Можно без труда найти и другие ситуации, в которых ценностный дискурс может пригодиться юристам².

Нет ничего необычного в том, что недовольство нормами или правоприменительными решениями может подтолкнуть интерпретатора к рассуждениям об ценностях, которые, возможно, были нарушены или неправильно распознаны нормотворческим органом. Эта область поэтому отнюдь не лишена значимости для юриспруденции в целом и для философии права в частности. Если юриспруденцию определять в широком смысле как «искусство добра и справедливости», она не исключает использование ценностного дискурса и даже требует его там, где применение норм ставится в зависимость от оценочных суждений³.

Для позитивиста применительно к критике норм права с перспективы того или ценностного дискурса речь лишь идет о столкновении субъективных оценочных суждений – тех, что были реализованы законодателями или правоприменителями в созданных или примененных ими нормами, с одной стороны, и тех суждений, с позиций которых осуществляется критика этой политики, с другой. Убедительность отдельно взятых суждений может казаться самоочевидной, но проверка их истинности представляется невозможной с позиций классической логики, которая не допускает постановку вопроса об истинности прескриптивных высказываний – ведь они не описывают существующие явления, а предписывают то, какими они должны быть⁴.

¹ См.: Петров А. А. Понимание коллизий в праве: связь концептуального и аксиологического аспектов // Вестник ТГУ. Право. 2019. № 31. С. 33–41.

² См.: Ветютнев Ю. Ю. Аксиология правовой формы. М.: Юрлитинформ, 2013.

³ Луковская Д. И. Действительность права в современном теоретическом дискурсе // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2019. № 2. С. 20–26; Беляев М. А., Денисенко В. В., Кулик А. В., Лаптева Л. Е., Михайлов А. М. Ценностные основания российской правовой системы: проблемы философии, истории и теории права. М., 2019.

⁴ Альчуррон К. Э., Булыгин Е. В. Нормативное знание и истина // Альчуррон К. Э., Булыгин Е. В. «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм. СПб.: ИД СПбГУ, 2013. С. 302–317.

Но оценочные суждения часто коллимируют друг с другом. В рамках правоведения для решения этих коллизий, вместо дискуссии об истинности или ложности этих суждений, спорящие стороны прибегают к дискуссии об абсолютности или относительности ценностей, к которым отсылают соответствующие суждения. Значимость такой дискуссии для правоведения сама по себе невелика, поскольку даже предположение о наличии абсолютных ценностей не гарантирует того, что то или иное оценочное суждение адекватно раскрывает содержание этих ценностей и исключает противные интерпретации – так что даже опора на объективные ценности не делает само суждение объективным и за счет этого способным служить источником нормативности¹.

В любом случае, обсуждение того, можно ли оценочные суждения той или иной стороны спора назвать «объективными» или вытекающими из абсолютных ценностей, уже не принадлежит области теории права в том виде, в котором эта дисциплина развивается позитивистски настроенными авторами в странах романо-германского права². Такое обсуждение – с позиций юридического позитивизма – должно быть выведено либо в области этики (включая религиозную), либо в области идеологии.

Сторонники непозитивистских подходов с такой постановкой вопроса, как правило, не соглашаются. Основным аргументом тут зачастую выступает тезис о том, что действие норм права – их способность воздействовать на поведение людей, – производно от ценностей и основанных на них суждений. Человек не может повиноваться праву только из страха, его поведение определяется также и ценностным выбором. Поэтому, чтобы норма могла рассматриваться как обязательная, то

¹ На этом эпистемологическом скептицизме касательно познания абсолютных ценностей были построены многие антиметафизические концепции юспозитивистов и правовых реалистов. См.: Васильева Н. С. Проблема действительности права в антиметафизической традиции (концепция Альфа Росса) // Вестник РУДН. Юридические науки. 2017. Т. 21. № 3. С. 396–414.

² Здесь имеется в виду общая теория права или теория права, которая возникла в позитивистской традиции континентальной юриспруденции в XIX веке (напр., Brockmöller A. Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland. Baden-Baden: Nomos, 1997). Другая точка зрения основана на ведении истории теории права со времен античности, равнозначно философии права (напр., Kelly J. M. A Short History of Western Legal Theory. Oxford: OUP, 1992).

есть обязывающая адресата вести себя известным образом, необходимо установить связь этой нормы с теми ценностями, которые являются ориентиром для поведения людей, принадлежащих данному обществу (релятивные ценности), или вообще для всех людей (абсолютные ценности)¹. Отсюда и выводится валидность норм права².

Именно в этом последнем ракурсе проблематика ценностей (точнее, наших суждений о них) может обнаруживать свою значимость для определения действия норм права. Но эта значимость лишь относительна, что будет показано ниже. Во-первых, валидность нормы права имеет несколько аспектов, и не во всех из них связь действия нормы с ценностями является необходимой. Во-вторых, суждения о юридической силе нормы права всегда условны, то есть создают обязанность для адресатов только при условии соблюдения тех или иных требований к форме и/или содержанию норм. Эти требования варьируются от правопорядка к правопорядку, и далеко не все правопорядки рассматривают действие норм как зависимое от их соответствия тем или иным ценностям.

8.2. Действие норм права и его аспекты

Действие норм права заключается в том, что они воздействуют на поведение людей через приписывание нормоадресатам прав и обязанностей и тем самым связывают их поведенческий выбор требованием выполнить известные действия или воздержаться от определенного поведения³. Как будет показано ниже, можно выделить четыре значе-

¹ См. эту постановку вопроса в разделе 11.2 «Естественного права» проф. Финниса: *Финнис Дж. Естественное право и естественные права*. Москва: ИРИСЭН, Мысль, 2012.

² См. обзор соответствующих концептуальных позиций: *Варламова Н. В. Нормативность права: проблемы интерпретации // Труды Института государства и права РАН. 2013. № 4. С. 76–115.*

³ Другое значение термина «юридическая сила» связано с определением места нормы (нормативно-правового акта) в нормативной иерархии правопорядка. Например, в п. 18 ст. 2 Закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах» № 130-З от 17.07.2018 юридическая сила определяется как «характеристика нормативного правового акта, определяющая обязательность его применения к соответствующим общественным отношениям, а также его место в иерархии

ния валидности. В рамках как минимум трех из этих четырех аспектов действие норм права может быть описано как независимое от суждения о том, как эти нормы (или поведенческие акты, на которые эти нормы направлены) относятся к ценностям. Это подтверждает разделительный тезис – ведь того, что действие норм может быть зависимо от оценочных суждений в одном или даже нескольких значениях, недостаточно для того, чтобы утверждать о *необходимой связи* действия норм права и ценностей, поскольку остаются те аспекты, в которой этой *необходимой связи* нет.

Действие нормы характеризуется тем, что она (а) предоставляет одним адресатам субъективное право, (б) на других адресатов возлагает обязанность воздержаться от нарушения этого субъективного права, (в) и вменяет судьям и прочим представителям правопорядка в обязанность предоставить защиту этому субъективному праву в случае его нарушения или возникновения спора¹. Эта техника проявляется как в случаях, когда адресаты нормы определены на обеих сторонах (управомоченной и обязанной), так и в случаях, когда определена только управомоченная сторона. Для позитивистов во всех этих случаях норма права предписывает адресатам правомочия и коррелирующие им обязанности, связывает поведение этих обязанных адресатов за счет предоставления им этих прав и обязанностей².

нормативных правовых актов». Аналогичное определение содержится в абз. 10 ст. 2 Закона Киргизской Республики «О нормативных правовых актах» № 241 от 20.07.2009 (вместо «места в иерархии» в этом положении закона говорится о со-подчиненности другим нормативно-правовым актам). Для обсуждения проблематики настоящей работы это второе значение (место в нормативной иерархии) не имеет значения, поскольку в большинстве правопорядков место нормы в нормативной иерархии не зависит от ее отношения к ценностям, а производно от компетенции издавшего норму органа.

¹ С философской точки зрения, этот механизм действия норм права можно описать в терминах «принуждения к такому дискурсу, где суждение приобретает императивный характер благодаря соблюдению процедуры, в которой происходит становление инстанции как высшей институциональной формы авторитетного суждения» (Пермяков Е. Ю. Философские основания юриспруденции. Самара: СГУ, 2006. С. 110).

² См.: Полсон С. Л. О сущности идеи правового позитивизма // Известия вузов. Правоведение. 2011. № 4. С. 41–49. Это приписывание можно выразить как создание юридических последствий.

С точки зрения экспрессивной концепции норм, право регулирует поведение субъектов за счет того, что им в ответственность вменяется определенный образец поведения, сформулированный во властных предписаниях¹. Эти предписания содержат выражение воли наделенного компетенцией лица (или лиц) по поводу поведения другого лица или множества лиц в обозначенных выше аспектах (а), (б) и (в).

Само по себе волеизъявление еще не создает нормативной обязанности для адресатов предписания вести себя так, как предписывает автор нормы (нормоотправитель), равно как из волеизъявления не выводима и первичная компетенция нормоотправителей². К этому волеизъявлению должно быть прибавлено что-то такое, что позволяет волеизъявлению, с одной стороны, положить начало нормативному порядку (создать цепочку компетенций), и, с другой, приобрести общеобязательный характер (связывать волю адресатов). Вопрос о том, что же есть это «нечто», что прибавляется к волеизъявлению, и есть вопрос об основании действия норм права. Речь идет о действии в отношении как адресатов индивидуальных норм (в значении, придаваемом этому понятию Г. Кельзеном – обращенных к отдельным лицам предписаний), так и адресатов общих норм, предназначенных для персонально неопределенного круга лиц.

Это «нечто» можно определить через четыре аспекта действия права, из которых может быть выведена юридическая связанность поведения адресатов волей нормоотправителя и обосновано создание нормативного порядка. Проф. Е. В. Булыгин предлагает выделять следующие аспекты³: (1) следовать норме требуется в силу этического или

¹ Альчуррон К. Э., Булыгин Е. В. Экспрессивная концепция норм // Альчуррон К. Э., Булыгин Е. В. «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм. С. 234–261.

² См.: Харт Г. Л. А. Самореферентные законы // Известия вузов. Правоведение. 2012. № 3. С. 44–52; Тимошина Е. В. Право без суверена: проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Право и государство. 2015. № 4. С. 86–93.

³ Булыгин Е. В. Антиномия в чистом учении о праве // Булыгин Е. В. Избранные сочинения по теории и философии права. СПб.: Алеф-Пресс, 2016. С. 233–238. См. о понимании термина «действие» права в соотношении с другими понятиями: Краевский А. А. Проблемы экспликации понятий действительности и единственности права в концепции Е. В. Булыгина // Труды Института государства и права РАН. 2019. № 4. С. 81–107.

религиозного долга, который является обязательным для адресата в силу тех или иных аксиоматических оснований (аксиоматичность); (2) следовать норме требуется, поскольку она принадлежит правопорядку, участником которого является адресат (принадлежность); (3) следовать норме требуется, поскольку она издана лицом или органом, который наделен компетенцией на ее издание (выводимость); (4) следовать норме требуется, поскольку ее применение гарантировано системой юрисдикционных, правоприменительных и иных органов, которые в противном случае могут заставить адресата выполнить предписание нормы или возложить на него неблагоприятные последствия неисполнения предписания нормы (применимость)¹. Эти аспекты нормативно независимы друг от друга – можно представить себе правопорядок, который признает только один из этих аспектов в качестве единственного условия действия норм права и не признает остальные три аспекта в этом качестве. По той же причине нельзя утверждать и того, что эти аспекты расположены в некоем иерархическом порядке друг по отношению к другу, либо того, что один из аспектов необходимо онтологически предшествует другим.

Если следовать терминологии проф. Ежи Врублевского, три аспекта валидности могут быть условно названы как (1) аксиологическая валидность; (2) системная валидность и (3) фактическая валидность².

¹ Что касается оправдания существования нормативного порядка (обоснования того, почему он *должен* существовать), то эту задачу содержательно решает только валидность в значении (1), которая формулирует основанные на ценностях прескриптивные суждения. Валидность в значении (2) предполагает наличие правопорядка, который обосновывается либо внешними причинами, либо через формально-логическое основание – вроде основной нормы Г. Кельзена. Обоснование существования нормативного порядка в рамках валидности в значении (3) практически неизбежно замыкается на проблеме самореферентности. Валидность в значении (4) исходит из факта существования правопорядка и не ищет обоснования этой «нормативной силы фактического», а принимает ее как данность. Эти значения валидности поэтому являются фактическими и не могут служить для обоснования прескриптивных суждений.

² Wroblewski J. Validity of Law and Decision of Validity // Bankowski Z., MacCormick N. (eds.). The Judicial Application of Law. Dordrecht: Springer, 1992. P. 75–86. Нельзя признать удачной терминологию проф. Р. Алекси для обозначения этих трех аспектов. Немецкий правовед описывает их как этическую, юридическую и социальную действительность права (*Алекси Р. Понятие и действи-*

Дополнительно можно выделить четвертый аспект: формальную валидность (или принадлежность) в значении (2) – она, как правило, совпадает с системной валидностью (или выводимостью), но не всегда¹. Если мы примем эту классификацию, то связь норм права с оценочными суждениями не будет иметь значения для валидности в значении выводимости (3), эта связь будет весьма значима для аксиологической валидности в значении (1), тогда как валидность в значениях принадлежности (2) и применимости (4) может косвенно зависеть от оценочных суждений представителей правопорядка, которым в обязанность вменяется применение норм права, но останется независимой от оценочных суждений самих нормоадресатов².

Для пояснения различия между разными аспектами валидности можно взять часто рассматриваемый в теоретической литературе

валидность права (ответ юридическому позитивизму). М.: Инфотропик, 2011. С. 103–108), как если бы «юридическая валидность» существовала *наряду* с этической и социальной, а не включала их в себя. При этом автор признает, что этическая валидность может и должна иметь юридическое значение в смысле обязательных требований к содержанию права, равно как и юридической значимостью обладает и социальная валидность, без которой правовая норма не может долго продолжать свое существование (Там же. С. 99–100). То, что эти три аспекта валидности могут коллизировать между собой (Там же. С. 109–116), не исключает того, что все они могут одновременно быть юридическими, то есть характеризовать юридические условия действия норм. Более того, только тогда будет иметь смысл говорить об их коллизии – в ином случае они бы существовали как характеристики различных нормативных порядков и не сталкивались между собой.

¹ Можно представить себе норму права, которая издана компетентным органом, но при этом не принадлежит к правопорядку. К примеру, если норма закона или другого внутригосударственного нормативно-правового акта вступает в коллизию с нормами или принципами международного права – при условии, что правопорядок содержит условие о приоритете международного права в том смысле, что противоречащая ему норма внутригосударственного права лишается действия в случае такого противоречия. Формально эта противоречащая международному праву норма сохраняет свое действие в значении (3), поскольку издана в рамках цепочки компетенций и не отменена в установленном порядке, но она не будет частью действующего права этого правопорядка (валидность в значении (2)) и не будет юридически применимой (валидность в значении (4)).

² При предположении того, что, согласно нормам правопорядка, исходящие от обычных нормоадресатов (не представителей правопорядка) суждения о принадлежности или применимости нормы права не влекут в правопорядке юридических последствий.

пример: приказ отдать деньги со стороны разбойника и такой же приказ со стороны налогового инспектора. Исходящие от того и другого приказы¹ имеют одинаковую экономическую природу и логическую сущность, но приказ налогового инспектора будет также обладать валидностью в смысле, как минимум, одного или нескольких из разобранных выше четырех аспектов.

Как правило, приказ инспектора будет иметь действие в силу утверждения о том, что налоги в данном размере нужно платить, поскольку так установлено нормами, принадлежащими к правопорядку, и эти нормы не отменены (формальная валидность). Полномочия инспектора могут быть обоснованы по цепочке компетенций (системная валидность). При этом приказ налогового инспектора не обязательно будет обладать аксиологической валидностью. Предположим, что все принадлежащие к правопорядку лица знают, что налоги не идут на общеполезные цели, а служат исключительно личному обогащению диктатора и его приближенных. Поэтому налогоплательщики не считают своим этическим долгом платить налоги и, даже наоборот, могут считать своим долгом эти налоги не платить, чтобы не поддерживать преступный политический режим². У этой нормы официального права

¹ В этом примере мы употребляем термин «норма» в общелогическом значении – как высказывание, согласно которому адресату разрешено, запрещено или обязательно сделать что-то. В этом значении Г. Кельзен говорил о различии между общими нормами, обращенных к неперсонифицированному кругу адресатов, и индивидуальными нормами, обращенными к конкретным лицам. Для этого примера «норма» и «приказ» используются как синонимичные, но в других случаях между ними нужно проводить различия. Этот пример можно было бы изложить иначе – так, чтобы он имел дело только с общими нормами, но это сделало бы описание чрезмерно громоздкими. Суть бы от этого не поменялась. Например, можно было бы в качестве примера взять общее распоряжение нормативного характера, изданное налоговым органом (как, к примеру, это описано в Постановлении КС РФ № 6 от 15.03.2015), с одной стороны, и предписание главы мафиозного клана, контролирующего определенную местность, если это предписание обращено ко всем, пребывающим на этой территории, с другой.

² Такое положение дел нередко служило предметом хорошо известных в истории идей споров о праве на сопротивление, которое, в свою очередь, выводилось из религиозной обязанности чтить Божественные заповеди и противится исходящему от дурных правительств злу (Скиннер К. Истоки современной политической мысли. Т. 2. М.: Дело, 2018).

может отсутствовать и валидность в значении (4), если в правопорядке нет механизма судебного взыскания неуплаченных налогов или он перестает применяться. Предположим, что суды систематически отказывают во взыскании налога в установленном нормой размере по той или иной формальной или содержательной причине (например, из-за предположенного выше аксиологического дефекта нормы), так что норма окажется неприменимой.

Приказы разбойника не будут обладать валидностью в значениях (2) и (3) – в противном случае, такого нормоотправителя мы бы называли не «разбойником», а как-то иначе. При определенных условиях эти приказы могли бы претендовать на аксиологическую валидность в значении (1). К примеру, если благородный разбойник, наподобие Робин Гуда, собирает деньги с людей на ту или иную общеполезную цель – на восстание против несправедливых властей, на помочь нуждающимся людям, или какую-то иную морально оправданную цель. Более того, этот разбойник мог бы требовать не платить официальные налоги, поскольку они идут на укрепление несправедливой власти. Такая ситуация вполне может сложиться в обстановке партизанской войны – к примеру, движение карбонариев в Италии в XIX веке. Нельзя исключать того, что приказы такого разбойника даже получат валидность в значении (4) – суды будут давать защиту требованиям, основанным на этих приказах. Это нетрудно себе представить на тех территориях, которые окажутся под фактической властью повстанцев, но где тем не менее продолжат свою деятельность официальные суды действующего правопорядка, которые – наряду с нормами официального права – будут вынуждены принимать во внимание и те распоряжения, которые издают повстанцы.

Для простоты изложения мы рассматривали в данном примере случай официального правопорядка, в рамках которого инспектор наделен правом собирать налоги и это его право закреплено принадлежащей к правопорядку нормой, тогда как за другими, не наделенными соответствующими правомочиями лицами такое право отрицается. Но наряду с официальным может существовать и неофициальный правопорядок, порой не менее эффективный в плане контроля за поведением населения, чем правопорядок официальный. В некоторых случаях неэффективные нормы официального права могут утратить валидность в зна-

чении применимости (если официальные власти контролируют только незначительную часть территории), хотя это само по себе не придаст фактическую и системную валидность эффективным нормам неофициального права¹.

Еще более сложная нормативная ситуация может сложиться в ситуации наложения правопорядков друг на друга, что происходит, например, в случаях завоевания. Допустим, что одно государство захватывает и аннексирует другое государство. В силу правовых норм государства-завоевателя нормы правопорядка завоеванного государства прекращают свое действие, а на территории этого завоеванного государства будут применяться нормы правопорядка государства-завоевателя. Так, у этого правопорядка на территории завоеванного государства может появиться системная и фактическая валидность.

При этом не исключено, что значительная часть населения, включая представителей прежнего правопорядка, которые могут быть назначены на те же должности по праву государства-завоевателя, может быть уверена в том, что прежний правопорядок не утратил действия и должен применяться в той степени, в которой это может быть утаено от представителей оккупационных властей. Также прежний правопорядок может по-прежнему признаваться некоторыми зарубежными странами – той их частью, которая не приняла факт оккупации. С этих двух точек зрения, прежний правопорядок сохранит формальную валид-

¹ Некоторые теоретики употребляют понятие «действие» для описания действенности/эффективности норм права в смысле характеристики реализации нормы в поведении нормоадресатов (напр., Белкин А. А. Юридические акты: Обладание силой и действие // Известия вузов. Правоведение. 1993. № 5. С. 3–14; Поляков А. В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. СПб.: ИД СПбГУ, 2004. С. 624–625). Это словоупотребление основано на полисемантичности понятия «действие» – одновременно и поведенческий акт (*act, Handlung*), и обязывающее свойство нормы (*validity, Geltung*), и результат воздействия нормы на поведенческий акт (*legal effect, Rechtswirkung*), и способность нормы урегулировать поведенческие акты (*efficiency/effectiveness, Wirksamkeit/Effektivität*). См. о разделении действительности и действенности с точки зрения юспозитивизма: Кельзен Г. Чистое учение о праве. СПб.: Алеф-Пресс, 2015. С. 263–270. Современный социологический взгляд на это деление (точнее, на его фактическое отрицание): Честнов И. Л. Субъективное право в постклассической юридической науке // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2019. № 2. С. 27–30.

ность в значении (2) и, возможно, также отчасти валидность в значении (3) – принадлежащие к нему нормы права будут рассматриваться как создающие юридические права и обязательства с точки зрения этого и других правопорядков¹, равно как будут признаваться² компетенции, выводимые из этого правопорядка. В конечном счете, прежний правопорядок может быть восстановлен после деоккупации страны с ретроактивным подтверждением того, что этот правопорядок не утрачивал свою формальную валидность и продолжал существовать также и во время оккупации³ – так что все совершенные согласно его нормам действия являются законными, а действия по праву государства-захватчика будут считаться незаконными полностью или частично.

Итак, ключевое значение связь с ценностями имеет для валидности в значении (1). Аксиологическая валидность исходит из утверждения о том, что человек следует праву не только из страха наказания. Как вы-

¹ Здесь юридическую силу нормам прежнего правопорядка придает не акт некоего повторного «признания» со стороны части лояльного населения и зарубежных стран – действие этих норм связано с тем, что этот прежний порядок не утратил своей действенности в той минимальной степени, за которой прекращается и действие норм правопорядка.

² Лицами, которые состоят под властью органов, подчиняющихся прежнему правопорядку, или находятся на территориях государств, не признавших свержение прежнего правительства и аннексию. При этом вполне возможно, что такие лица одновременно должны будут демонстрировать лояльность как прежнему, так и новому правопорядку (выполнять требования как партизан, так и оккупационных властей).

³ В теоретической юриспруденции существуют разные подходы к определению того, при каких условиях прежний правопорядок утрачивает минимальную действенность. С точки зрения Кельзена, минимальная действенность правопорядка сохраняется только в том случае, если приведшая к оккупации война не завершена и правительство в изгнании продолжает попытки восстановить контроль над территорией оккупированной страны (*Kelsen H. Principles of International Law. New York: Rinehart, 1952. P. 288–291*). С другой точки зрения, непризнание оккупации другим странами само по себе может свидетельствовать о сохранении прежним правопорядком своей действительности. Например, непризнание США аннексии прибалтийских стран СССР (*Mälksoo L. Illegal Annexation and State Continuity: The Case of the Incorporation of the Baltic States by the USSR. Leiden: Brill, 2003*). См. по этой проблематике: *Тихонравов Е. Н. Незаконная аннексия территории государства как основание для прекращения его существования // Вестник ТГУ. Право. 2019. № 32. С. 92–106.*

разил эту идею Цицерон: «закону свойственно также и стремление кое в чем убеждать, а не ко всему принуждать силой и угрозами». С этой точки зрения, правомерное поведение связано с тем, что человек не может не следовать определенным базовым ценностям, не реализовывать их в своем поведении. Если он им не следует, то он разрушает в себе социальное, разумное, этическое начало и идет тем самым против своей «природы» или нарушает некий исходный «общественный договор». В силу признания этих ценностных установок на каждом человеке лежит обязанность признать правовые нормы, соответствующие этим ценностям¹.

Заманчиво было бы сделать из этого вывод, что валидность в этом значении свойственна только непозитивизму, тогда как позитивизм по определению исключает аксиологическую валидность права. Но такое прочтение разделительного тезиса было бы слишком упрощенным. Валидность в значении (1) выступает как исходное положение, из которого выводится моральная обязанность соблюдать нормы права для адресата и моральное право у государства или иного органа правопорядка устанавливать нормы и наказывать их нарушителей. С одной стороны, такая аксиологическая валидность может быть предусмотрена правопорядком как условие действия его норм². С другой, нет никаких

¹ Использование термина «легитимация» у проф. М. Ван Хук (Van Huk M. Право как коммуникация. СПб.: ИД СПбГУ, 2012. С. 250–269) здесь неудачно, поскольку легитимность имеет, как минимум, два разных уровня – мировоззренческий и политический, не говоря о других смысловых значениях этого термина. Такое словоупотребление чревато терминологической путаницей. См.: Антонов М. В. Легитимность и действие права // Труды Института государства и права РАН. 2018. № 3. С. 48–81.

² К примеру, нормы конституции или законодательства государства могут исключать действие несправедливых норм права, либо же их действие может быть исключено на основании прецедентных судебных решений. Так, решением Федерального Конституционного Суда ФРГ от 24.10.1996 по делу стрелков на защите внутри-германской стены (Избранные решения Федерального Конституционного Суда Германии. М.: Инфотропик, 2018. С. 1003–1015) было указано на действительность крайне несправедливых норм (оспариваемая норма расценена как недействительная «ввиду очевидного и непреодолимого нарушения элементарных требований справедливости и защищенных международным правом прав человека» (С. 1014). В этой связи (с учетом нормативного значения решений ФКС в правопорядке Германии) можно говорить, что требование к определенному по-

причин, по которым позитивисты не могли бы предположить наличие таких безусловных оснований для моральной обязанности соблюдать право¹. Жесткая формулировка разделительного тезиса будет характерна только для исключающего (эксклюзивного, жесткого позитивизма), тогда как большинство версий позитивизма, которые принято называть включающим (инклузивными, мягкими), допускают – в разумных пределах – аксиологический аспект валидности².

С эпистемологической точки зрения, рассуждения об обязанности следовать нормам права и ее абсолютных предпосылках выходит за пределы науки о праве – такой, какой она предстает в чистом учении Г. Кельзена и в других позитивистских концепциях права. Разделительный тезис в этом отношении означает не отрижение значения моральных и иных ценностей для права, – в том числе для обоснования долга повиноваться праву и, в некоторых исключительных ситуациях конфликта

рому справедливости норм как условие их действия является частью позитивного права Германии (до решения 1996 г., ФКС ФРГ давал подобную аргументацию и в некоторых послевоенных делах), так что крайне несправедливые нормы в этом правопорядке не подлежат применению и не могут считаться частью правопорядка. Иными словами, дефект валидности в значении (1) может повлечь в силу позитивного права утрату правовой нормой валидности в значениях (2) и (4) – с чем юспозитивистам трудно будет не согласиться в случаях, когда это закреплено в нормах правопорядка.

¹ Здесь речь идет о версиях «умеренного» позитивизма, развитых в XX в. Г. Кельзеном, Г. Хартом и другими классическими представителями юспозитивизма, и которые в современной мировой науке рассматриваются как отражающие основную суть этого методологического подхода (*Полсон С. Л. Сущность идеи правового позитивизма. С. 32–49*). Если вместе с Дж. Остиным и другими представителями «первого позитивизма» видеть в правовых нормах только команды суверена, действие которых связано исключительно с его прямым или косвенным волеизъявлением, то аксиологическая валидность – равно как формальная и фактическая валидность – не являются необходимыми условиями действия права (см. об этом: *Дидикин А. Б. Правовой позитивизм и эмпирические основания юриспруденции: концепции Дж. Остина и Г. Харта // Вестник Новосибирского государственного университета. Право. 2015. № 3 (11). С. 16–22; Михайлов А. М. К вопросу о философско-методологических основаниях английского юридического позитивизма XIX столетия (правовые учения Й. Бентама и Д. Остина) // Право и политика. 2020. № 11. С. 57–73*).

² См. рассуждения на этот счет у проф. Рaza: *Raz J. The Authority of Law. Essays on Law and Morality. Oxford: OUP, 1979. P. 40–52*.

с моральными, религиозными и иными ценностями, для обоснования отказа повиноваться праву¹, – а всего лишь выведение рассуждений об аксиологической валидности права за пределы правовой теории².

8.3. Условный характер суждений о валидности

В нормальной ситуации эти четыре аспекта валидности, как правило, совпадают, и тогда юрист может с достаточной степенью уверенности говорить о норме права, что она действует. Но юристы могут достаточно часто встречаться с исключениями из такой нормальной ситуации – нетрудно представить себе случаи норм, у которых нет одного из этих аспектов³.

Поскольку суждение о действии любой нормы зависит от суждения о компетенции ее создателя и от наличия у нее иных аспектов валидности, то при квалификации нормы, как обладающей силой, интерпретатор всегда осуществляет условное суждение о том, является ли норма действующей⁴. Это суждение можно реконструировать либо по цепочке компетенций («при условии, что создавшее норму лицо имело правомочие, ...»), либо по содержанию («при условии, что норма не противоречит конституции, требованиям справедливости, ...»), либо по форме («при условии, что норма принята и издана в установленном порядке и ее действие не прекращено другой нормой, ...»), либо по иным условиям, с которыми правопорядок связывает обязывающую силу норм по отношению к нормоадресатам.

¹ Ср.: Краевский А. А. Чистое учение о праве и современный юридический позитивизм // Известия вузов. Правоведение. 2015. № 2. С. 88–125.

² Противную точку зрения, согласно которой задачей теории права является рассуждение о «неких априорных ценностных оснований» (вроде принципа взаимного признания), лежащих в основе действия норм правопорядка (Поляков А. В. Коммуникативный смысл действительности права, его признания и идеи справедливости // Беляев М. А., Денисенко В. В. (ред.). Правовая коммуникация государства и общества: отечественный и зарубежный опыт. Воронеж: Наука-Юнипресс, 2020. С. 9–18).

³ См., напр.: Антонов М. В. Теория государства и права. М.: Юрайт, 2018. С. 352–372.

⁴ Как правило, это суждение остается имплицитным и становится предметом анализа только в сложных случаях отсутствия у нормы одного или нескольких аспектов валидности.

В общем, утверждение о юридической силе той или иной нормы права включает в себя нескольких подобных суждений. Эти суждения носят условный характер, их основание – применительно к значениям (2), (3) и (4) – связано с теми фактами, которые даны в социальной действительности: наличие правопорядка, наличие в этом правопорядке соответствующих правил, определяющих компетенцию, применимость, принадлежность норм. Применительно к значению (1), суждение о валидности нормы может также опираться на факты, если оно поставлено в зависимость от соблюдения содержательных требований к норме, установленных в правопорядке¹. Для непозитивистов и сторонников умеренного позитивизма проверка нормы на наличие всех четырех аспектов валидности², – включая аксиологическую валидность, – будет одинаково значим, если валидность в значении (1) признается условием действия нормы в правопорядке.

Суждение об обязывающей силе правовой нормы применительно к этим аспектам валидности может быть сформулировано примерно следующим образом: при условии, что (i) лицо имело правомочие на издание этой нормы, (ii) что норма была издана в установленном порядке, (iii) что норма не противоречит вышестоящим нормам, а если такое противоречие имеет место, то правила правопорядка не лишают норму ее действия, (iv) что норма не отменена в установленном порядке, включая ее замену другой нормой, (v) что нет обстоятельств, которые в силу правил правопорядка исключают ее применение (крайняя несправедливость и другие обстоятельства, которые нормы правопорядка предусматривают как основание для утраты нормой валидности). В это описание могут быть включены иные условия, с которыми правопорядок может связывать действие норм права.

Действие норм права отличается от действия норм морали, которые сконструированы по образцу «Каждый должен...». Нормы права

¹ Это будет не внешней критикой права (со стороны морали, религии или других нормативных регуляторов, либо с точки зрения философских доктрин, не наделенных в правопорядке обязывающей силой), а проверкой нормы права на валидность в перспективе процедур или условий, позитивированных в самом праве.

² Как справедливо отметил проф. Алекси, «Ни один серьезный непозитивист не исключает из понятия права такие элементы, как надлежащее установление и социальная действенность» (Алекси Р. Понятие и действительность права. С. 4).

всегда условны, то есть их обязывающая сила зависит от наличия или отсутствия известных условий, с которыми правопорядок связывает их действие (см. выше), тогда как нормы морали безусловны – они действуют для всех, везде и всегда, и в этом смысле обладают объективным действием.

С позиций непозитивизма может предполагаться, что некоторые нормы права обладают действием, аналогичным безусловному действию норм морали. Например, универсальные естественно-правовые принципы: воздавай каждому свое, держи обещания, не посягай на чужое, признай правосубъектность каждого человека и проч. Очевидно, что некоторые сторонники непозитивизма, вслед за Г. Гроцием, будут готовы утверждать, что такие «предписания здравого разума» действуют в зависимости от «противоречия или соответствия самой разумной природе», и поэтому действие этих предписаний независимо от их позитивации.

С точки зрения юспозитивизма, такие претендующие на универсальность предписания могут быть закреплены в нормах действующего права в допустимых правопорядком формах (включая прецеденты, священные книги, доктрину, если таковые являются источниками в конкретном правопорядке), и тогда они будут частью правопорядка – в виде норм, принципов, аксиом или иных нормативных элементов. Но, оставаясь только на уровне «морального убеждения», без позитивации в правопорядке¹, такие предписания будут иметь только характер моральных императивов, у которых не будет юридической силы в значениях (2) и (3), и, скорее всего, в аспекте (4), а насчет их обязательности в значении (1) между принадлежащими к правопорядку лицами могут иметь место бесконечные споры и разногласия, чему свидетельством служит многовековая история естественно-правовой доктрины.

¹ Некоторые нормы правопорядка могут быть сконструированы как безусловные – например, нормы *ius cogens* в международном праве или права человека. Но применительно к этим нормам их действие (юридическое существование) определяется источниками позитивного права – так, права человека позитивируются в конституционных и международно-правовых актах, нормы *ius cogens* определяются в обычне, доктрине, договоре и других источниках международного права. Поэтому их действие не является безусловным в смысле его независимости от позитивации.

Из вышесказанного следует, что, с одной стороны, оценочные суждения можно встроить в правопорядок как его составную часть. Они могут выступать в качестве принципов права и к суждению о действии нормы права добавлено еще одно условие: «при условии, что норма права не противоречит входящим в правопорядок оценочным суждениям, а именно ...». Входящие в этот список принципы и иные нормативные элементы правопорядка могут позитивироваться по-разному: некоторые из них могут быть упомянуты в нормативно-правовых актах, другие могут быть установлены в судебной практике, третьи могут вытекать из международных обязательств государства, некоторые правопорядки могут допускать их установление в доктрине, священных текстах или обычаяе, и т. д. Такое нормативное положение дел часто встречается на практике и для позитивизма никаких проблем не создает – здесь оценочные суждения позитивированы и не претендуют на роль параллельной системы источников права, существующей параллельно с системой источников позитивного права.

С другой стороны, оценочные суждения могут существовать в непозитивированной форме, то есть их перечень и содержание не будет установлено согласно правилам правопорядка, а будет иметь действие непосредственно в силу содержания этих суждений. Дополнительно такие суждения могут поддерживаться силой общественного мнения, либо существовать на страницах юридико-философских трактатов или в иных формах, нерелевантных с точки зрения позитивного права. Если, с точки зрения правопорядка, давление общественного мнения или содержание оценочных суждений не порождают нормативные следствия для участников правопорядка, то именно нормоадресат будет в конечном итоге решать, считать себя связанным этими суждениями или нет. Подобное субъективное суждение о валидности нормы права будет звучать примерно так: «при условии, что норма права не противоречит оценочным суждениям, которые нормоадресат считает универсальными (общеобязательными, абсолютными, очевидными каждому разумному и порядочному человеку и т. п.) и поэтому обязательными для себя, ...».

Это изменение структуры суждения меняет и нормативный механизм действия права – из полностью гетерономного правовое регулирование стало бы автономным (как минимум, частично), поскольку одним

из условий валидности становится признание обязывающей силы нормы ее адресатом¹. Результатом этого изменения будет то, что — наряду с позитивно установленным гетерономным правовым порядком — появляется множество автономных нормативных систем², который из которых будет состоять (i) из суждений отдельных нормоадресатов об условиях аксиологической валидности права для каждого из них и (ii) из тех норм позитивного права, которые каждый из этих нормоадресатов отобрал в качестве обязательных для себя на основании данных условий³.

На практике юристы нередко встречаются с ситуациями, когда отдельно взятый человек или несколько человек могут по тем или иным причинам исключать для себя обязанность повиноваться тем или иным нормам права, поскольку их содержание неразумно, несправедливо и проч. Разделительный тезис позитивизма вовсе не исключает такой возможности. Речь идет о другом: стоит ли те критерии, по которым делаются такие суждения, считать критериями собственно юридической силы норм, либо все же стоит оставить эти суждения в сфере нравственного сознания человека, где принимается решение — следовать ли плохой правовой норме или предпочесть ей норму морали, несмотря на грозящую санкцию⁴.

¹ Здесь речь идет только о структуре суждения о валидности нормы и не рассматривается вопрос о том, какие социокультурные условия могут быть необходимы для постановки самого вопроса о валидности — что люди, принадлежащие к тому или иному обществу, находятся на известной стадии социального развития и способны ограничивать свое поведение, понимать значение обязывания, которое исходит от норм правопорядка, и проч. См. об этом: Честнов И. Л. Постклассическая теория права.

² Их будет столько же, сколько в правопорядке лиц, обладающих нравственным сознанием. Таково следствие применения субъективно-психологических элементов для описания условий действия норм права — в этом можно убедиться по теориям Э. Р. Бирлинга и Л. И. Петражицкого. См. иную точку зрения: Тимошина Е. В. Концепция нормативности Л. И. Петражицкого и проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Известия вузов. Правоведение. 2011. № 5. С. 46–71.

³ Что не исключает того, что эти автономные субъективные правопорядки будут частично совпадать между собой, хотя их полное совпадение (у всех участников правопорядка) будет маловероятным.

⁴ См. поучительную полемику на этот счет двух ведущих представителей позитивизма и непозитивизма: Булыгин Е. В. Тезис Алекси о необходимой свя-

Несомненно, есть сложные ситуации, в которых этические убеждения нормоадресата могут потребовать от него поведения вопреки позитивной норме. Если это представить как конфликт этического долга и правовой обязанности, то такой нормативный конфликт будет нетрудно решить. Если же признать за оценочными суждениями, лежащими в основе этического долга повиноваться праву, правовой характер и считать их частью действующего права, то это приводит к вышеописанному субъективизму при определении обязывающего характера норм.

Из этого субъективизма можно было бы выйти, только предположив, что есть некое надиндивидуальное средоточие «всеобщего морального убеждения». Тогда источником суждений об универсальных ценностях, лежащих в основе права и являющихся условием его действия, будетmnится не субъективное мировоззрение, а некое коллективное сознание (Э. Дюркгейм). Но и этот выход не решает проблему, поскольку по поводу определения того, что является юридически обязательным с точки зрения «коллективного сознания», «народного духа» и подобных надиндивидуальных духовных сущностей, могут иметь место и зачастую имеют место споры. Причина этих споров в том, что исходный принцип, из которого выводится обязанность следовать праву, может иметь различное содержание. Такой принцип может требовать соблюдать право во имя порядка, либо наоборот – стремиться к справедливости любой ценой: *fiat iustitia, et pereat mundus*. Конец спорам о том, в чем конкретно заключаются нормативные предписания этих коллективно-духовных сущностей, могут быть положены только общеобязательной идеологией – церковной, политической или какой-то иной.

Если исключить обращение к таким коллективно-духовным сущностям, то неизбежен будет ценностный релятивизм. Ведь, в конечном счете, обоснование этического долга следования нормам права зависит от правовой культуры общества и от той идеологии, которую защищает правопорядок (коллективизм или индивидуализм, секулярные или религиозные ценности, равенство или неравенство людей и т.п.), что

зи между правом и моралью // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. С. 38–41; Алекси Р. По поводу тезиса о необходимой связи между правом и моралью: критика со стороны Булыгина // Там же. С. 42–52; Булыгин Е. В. Основана ли философия права (ее часть) на ошибке? Там же. С. 53–62.

означает релятивизацию ценностей – включая и те, которые считаются определяющими валидность норм права. Этот факт, как известно, привел к интеллектуальному крушению классического юснатурализма в XIX в. и вызвал к жизни его паллиативы (вроде возрожденного естественного права), которые вынуждены были признать относительность лежащих в основе права ценностей.

Сказанное выше позволяет предположить, что вопрос об абсолютных, безусловных ценностях применительно к аксиологической валидности права не является необходимым как для позитивизма, так и для непозитивизма. Вопрос же о ценностях относительных особой значимости для вопроса о валидности норм права не имеет, поскольку такие ценности могут создавать обязанности только для тех, кто их признает – так что они служат для автономного самоопределения субъекта и не способны служить источником общеобязательности, если только они не позитивированы в правопорядке.

Вопрос об абсолютных ценностях, которые нарушает некая норма права, может быть поставлен, но в нем не будет ни понятийной, ни нормативной необходимости – как правило, речь пойдет о риторических ссылках в духе Цицерона на самоочевидные истины, которые интуитивно должны быть понятны каждому, так что несогласие с этими истинами означает, что несогласный субъект утратил свою человеческую природу. Для обсуждения логической сути проблемы пределов и условий действия норм права эта риторика дает очень мало, несмотря на свою эмоциональную нагруженность.

8.4. Заключение

Правовые нормы и моральные ценности, несомненно, взаимосвязаны. Но эта взаимосвязь не обязательно должна влечь их понятийную или нормативную взаимозависимость – в этом заключается разделятельный тезис позитивизма. Критика этого тезиса со стороны непозитивистов строится на утверждении о необходимой зависимости действия норм права от соответствия этих норм ценностям, которые определяют поведение человека. Утверждение о том, что поведение человека определяется ценностями, является тривиально истинным – в этом можно

убедиться, наблюдая за поведением большинства живущих в обществе людей. Также очевидно, что это утверждение будет ложным, если его абсолютизировать и утверждать, что поведение *каждого* человека *всегда* определяется ценностями – в социальной реальности будет нетрудно найти тому немалое количество исключений. Эта реальность предоставляет достаточное количество доказательств противоположной подобному ценностному абсолютизму точки зрения: теории «плохого человека» Оливера Холмса о том, что есть люди, и их немало, которые подчиняются нормам права не из своих ценностных убеждений, а из страха установленных правом санкций.

В свете этой последней точки зрения нет ничего удивительного в том, что действие (валидность) норм права отчасти зависит от условий, не связанных с ценностями и оценочными суждениями. Как было показано выше, валидность в значении применимости опирается на факт существования эффективного механизма применения санкций; валидность в значении принадлежности исходит из мысленного допущения того, что принудительный порядок может быть объяснен как правовой порядок (основная норма, правило признания), и что из этого допущения можно вывести обязательный характер принадлежащих к этому порядку норм; валидность в значении выводимости обосновывает правовой характер компетенции лиц, создающих нормы, самими этими нормами. В этих трех значениях увязывание валидности с оценочными суждениями не является необходимым. В свою очередь, позитивизм не исключает применения оценочных суждений (аксиологической валидности) для определения действия норм права, поскольку такой «тест на корректность» норм может быть установлен правопорядком.

Действие норм права зависит от тех условий, которые правопорядок предъявляет для установления юридической силы норм. Как было указано выше, среди этих условий могут быть не только надлежащее установление, но и «содержательная правильность» нормы. В таких случаях ценностный дискурс о содержании нормы может быть юридически релевантным и даже привести к исключению нормы из правопорядка (например, если норма оспаривается в порядке конституционного или наднационального судопроизводства по основаниям ее содержательных дефектов). В случаях, когда правопорядок не содержит содер-

жательных требований к норме права в качестве условия ее действия, оценочные суждения не будут иметь для юспозитивиста юридического значения для определения действия правовых норм. Выведение позитивистами ценностного дискурса из пределов науки о праве связано не с «аморализмом» позитивизма, а с опасением того, что такой дискурс может привести к построению нормативной системы, параллельной по отношению к системе позитивного права. Смешение правового регулирования и морального дискурса может иметь пагубные последствия для правопорядка.

Между нормой права и той социальной средой, в которой эта норма регулирует поведение людей, всегда существует неизбежный разрыв – нормативный порядок указывает на то, каким должны быть общественные отношения или ценностные установки, а не просто «отражает» или описывает эти отношения и установки. Независимо от того, предполагаются ли эти последние существующими на индивидуальном или надиндивидуальном уровне, право не «отражает» моральные ценности индивида или социальной группы. Право устанавливает, какими эти ценности должны быть, закрепляя этот ценностный выбор в правопорядке.

Тезис о том, что нормы права действуют, только поскольку они соответствуют признаваемым в обществе ценностям, может способствовать легитимистским нарративам, которые повиновение нормам права ставят в зависимость от соответствия этих норм тому, что в официальном идеологическом дискурсе объявляется традиционными ценностями¹. В этом аспекте обращение к ценностным нарративам в

¹ Например, применительно к ст. 18 Конституции РФ нельзя не заметить, что *фактически* права и свободы человека в России не только *не* определяют смысл и основные направления деятельности госорганов, но и не вызывают широкого признания и понимания в российском обществе в силу пресловутого правового нигилизма россиян, которые не стесняются признавать и политические лидеры российского государства. Это открывает дорогу для обоснования «незрелости» народа для пользования правами, для необходимости сначала «взять барьер» правовой культуры и проч., прежде чем права человека в силу ст. 18 стали бы по-настоящему действующей нормой (принципом) права в российском правопорядке. Сторонники легитимирующего дискурса в современной российской теории права не способны или, скорее, не хотят замечать этой опасности.

вопросах валидности норм права предстает не только как безобидная метафизика, но и может косвенно способствовать разрушению правопорядка, если начать его перестраивать под моральные установки «невидимого большинства»¹.

¹ Нередко эти установки могут опираться и на негативные ценности (напр.: Арендт Х. Банальность зла. Эйхман в Иерусалиме. М.: Европа, 2008). В ставшей классической для современной немецкой теории права работе «Безграничное толкование» проф. Бернд Рютерс на примере эволюции подходов к толкованию права в первой пол. XX века убедительно показывает, как широкое использование оценочных суждений для фактического изменения нормативного содержания права в 1910–1920-х гг. подготовило почву для последующих учений нацистских правоведов о том, что нормы права обязательны для правоприменителя только в той степени, в которой они соответствуют истинным ценностям Германского Рейха. Это учение о роли оценочных суждений для оценки действия норм права обосновало избирательное применение норм Веймарской Республики в нацистской Германии, а также возможность для правоприменителей «подстраивать» старое право под новую идеологию (*Rüthers B. Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus.* 8 Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017).