

Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом **

Около года назад я имел честь выступить в университете Буэнос-Айреса с несколькими лекциями о конфликте между правовым позитивизмом и юснатурализмом. Данный конфликт часто рассматривается как наиболее значимый вопрос философии права, который разделяет ученых на два враждебных и непримиримых лагеря. Позитивисты характеризуют естественно-правовые доктрины как верования, основанные на метафизических или религиозных идеях и несовместимые с принципами научной мысли. Защитники же теории естественного права обвиняют своих антагонистов в непонимании того, что существует область духовности и ценностей, которая хотя и принадлежит действительно-сти, но не может быть обнаружена или описана с помощью чувственного опыта.¹ Юснатуралисты даже доходят до обвинения позитивистов в нравственном безразличии и в соучастии в преступлениях гитлеровского режима.²

В своих лекциях я ни в коей мере не намеревался принизить важность данного вопроса. Вместе с тем я попытался указать на то, что дискуссия по этому вопросу оказалась несколько запутанной из-за недостаточной ясности термина «правовой позитивизм» — термина, которому едва ли когда-либо было дано точное определение. В особенности я постарался продемонстрировать, что тот аспект, который вызывает наиболее острые споры (а именно критика направления, которое выражено в немецкоязычном лозунге «*Gesetz ist Gesetz*» (закон есть закон) и которое обвиняют в безнравственности и в частичной ответственности за гитлеровский режим), не имеет ничего общего с правовым позитивизмом в истинном значении данного термина. Скорее, речь здесь идет о фактическом споре между двумя разными школами естественного права.

В настоящей работе я хочу вновь обратиться к данному предмету, продолжив его разработку в том направлении, которому я не мог следовать в сво-

* Альф Росс (1899–1979) — датский правовед, профессор Копенгагенского университета, один из лидеров скандинавской школы правового реализма.

** Перевод с английского М. В. Антонова. Оригинал опубликован в: *Ross A. Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law // Revista Juridica de Buenos Aires*, 1961. N 4. P. 46–93.

¹ *Del Vecchio G. Divine Justice and Human Justice // The Juridical Review*, 1956. N 1. P. 148.

² *Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht // Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946. N 1. S. 105–108; *Fuller L. L. Positivism and Fidelity to Law // Harvard Law Review*, 1957–1958. N 71. P. 648–661.

их устных выступлениях. В частности, мои замечания будут касаться значения и роли понятия «валидность» в теории права.

1. Что имеется в виду под «правовым позитивизмом»? Хотя термины «правовой позитивизм» используется достаточно часто, он так и не приобрел общепринятого смысла. Зачастую он используется весьма вольно, без какой-либо четко выраженной смысловой основы. Если данному термину ставится задача служить противосом естественнo-правовой философии, то он должен стать не некоей особой доктриной, а широкой мировоззренческой установкой в вопросах философии и теории права. Соответственно, противостоящий ему термин «естественное право» также должен пониматься широко — как обозначающий некую общую точку зрения или установку.

С учетом того, как термин «позитивизм» используется в общей философии мне кажется разумным использовать термин «правовой позитивизм» в широком смысле — как научную установку или подход к проблемам философии и теории права, основанные на принципах эмпирической, антиметафизической философии. Напротив, термин «естественное право» используется здесь в широком смысле для того, чтобы обозначить ту научную установку или подход к проблемам философии и теории права, которые основаны на вере в то, что право не может быть полностью описано или понято с точки зрения принципов эмпиризма и что оно требует метафизического истолкования, а именно истолкования в свете принципов и идей, заложенных в разумной или божественной природе человека — априорных принципов и идей, трансцендентно заданных в мире смыслов.

Разумеется, и туманный термин «принципы эмпиризма» может быть истолкован по-разному. Под такими принципами я понимаю те, которые ведут к двум фундаментальным тезисам, которые составляют для меня смысловое ядро правового позитивизма.

Первый тезис состоит в том, что вера в естественное право является заблуждением — никакого естественного права не существует, все право позитивно. Конечно, этот тезис имеет отношение к общей сфере нравственной философии или этики, поскольку он отрицает, что этические (нравственные, правовые) принципы или суждения являются выражением неких истин, которые находятся или устанавливаются объективно через процессы познания. Этика (или нравственность в широком смысле) обычно разделяется сторонами с коими когнитивизма на две части: нравственность в узком смысле и естественное право. Общепринято считать, что нравственность занимается вопросами конечного этического назначения и судьбы человека, тогда как естественное право имеет дело с принципами и нормами, которые должны руководить жизнью человека в гражданском обществе (государстве) для того, чтобы обеспечить возможность осуществления его нравственного предназначения.³ Таким образом, этические принципы оказываются принципами либо нравственности, либо естественного права. Отрицание позитивистами естественного права имплицитно заложено в более общей доктрине, отрицающей существование ка-кого-либо этического сознания. И поэтому естественного права не существует, так же как не существует и естественной нравственности.

³ *Verdross A. Abendländische Rechtsphilosophie*. 1 ed. Wien, 1958. S. 248.

Вторым основополагающим тезисом правового позитивизма является доктрина, связанная с теорией или методологией правоведения. Этот тезис исходит из возможности установить существование и описать содержание права определенной страны в определенный период в чисто фактических, эмпирических терминах, основанных на наблюдении и истолковании социальных фактов (человеческого поведения и мысленных установок). А из этого, в частности, следует, что нет никакой пользы в обращении к идеям или принципам, взятым из естественного права или естественной нравственности.⁴ В особенности этот вывод применим к идее валидности. Поскольку термин «валидность» берется для обозначения наличия в праве некоей внутренней нравственной силы («обязывающая сила»), — так что субъекты принуждаются к подчинению за счет обращения к нравственности, к совести, равно как и за счет угрозы санкций, — он не имеет никакого значения и не выполняет никакой функции в правовой доктрине. В таком истолковании валидность оказывается априорной идеей, которая не сводима к эмпирическим терминам, определенным через доступные наблюдения факты.⁵ Если же правоведение (под этим термином я подразумеваю действительность, направленную на описание права, действующего в определенной стране в определенное время) следует понимать как науку эмпирическую, то в нем нет места такого рода понятиям.

Если ехать из одной страны в другую, то легко заметить различия в топографии и в климате. Никто не усомнится, что эти факты можно описать без необходимого выхода за пределы принципов эмпиризма. Та же самая ситуация имеет место и применительно к праву той или иной страны, хотя факты здесь более сложные, их труднее фиксировать и описывать. Существует легко распознаваемый факт того, что Швейцария является горной, а Дания — равнинной страной. Не в меньшей мере фактом является то, что по датскому праву женщины имеют право голосовать на выборах членов парламента, тогда как в Швейцарской Федерации это не так. Возможно, окажется достаточно сложным четко указать, на какие факты мы ссылаемся, когда констатируем наличие некоего юридического правила. В конечном счете, объяснение может быть дано различными путями в рамках разных позитивистских доктрин. Общим для них как для позитивистских теорий является убеждение в том, что указание на принадлежность некоего юридического правила праву той или иной страны в определенный период есть указание на некое множество доступных для наблюдения социальных фактов.

Содержащийся в этом втором тезисе правового позитивизма постулат имеет то же самое значение, что и боевой клич Остина: «Существование права — это одно, а его достоинство или дефектность — другое». В точности это означает, что право является фактом независимо от того, нравится ли оно вам или нет, считаете ли вы, что оно находится в гармонии или в конфликте с естественно-правовыми принципами (истинность которых презюмируется).

⁴ Г. Л. А. Харт считает, что правовой позитивизм обозначает «простое утверждение о том, что ни в каком смысле не является необходимой истиной то, что законы воспринимать или удовлетворяют некоторым требованиям морали, хотя фактически они часто это делают». (Hart H. L. A. The Concept of Law. P. 181–182; цит. по: Харт Г. Л. А. Понятие права, СПб., 2007. С. 189). Похоже, что это подходит скорее для моего второго тезиса.

⁵ Castberg F. Problems of Legal Philosophy, 2nd ed. Oslo; London, 1957.

В высшей степени ошибочной является характеристика данной доктрины (а это случается часто) как доктрины разделения права и нравственности. Очевидно, что правовые и нравственные факты множественным способом переплетаются между собой.⁶ Несомненно и то, что нравственные факты являются одним из причинно-следственных факторов, влияющих на эволюцию права, а право в свою очередь оказывает влияние на господствующие нравственные идеи и настроения. Также хорошо известно, что нередко нравственная эволюция находит свое закрепление в праве путем так называемых правовых стандартов. Для позитивиста нет никакого смысла отрицать данную взаимозависимость или иные возможные отношения между правом и нравственностью (позитивной нравственностью, нравственными фактами). Если бы это всегда понималось, можно было бы избежать значительного количества беспочвенных дискуссий и критики.

Мы также были бы избавлены от сомнительных дискуссий, если бы было признано, что правовой позитивист не может нести ответственность за любую точку зрения, высказанную от имени позитивизма, так же как и сторонник естественного права не может отвечать за любую доктрину, выдвигаемую в качестве естественно-правовой. Я хочу специально обозначить свою непричастность к ряду доктрин, выведенных из слишком элементарного понимания образующих правовую систему социальных фактов. Я имею в виду остиновское понимание права как команд, исходящих от властной воли, которая в случае неповиновения принудительно применяет эти команды, используя физическую силу. Я также имею в виду, в частности, различные доктрины, которые выведены из данной модели права, а именно императивную теорию, теорию о силе как основе права, механическую теорию судебного процесса.

Именно последняя теория, отрицающая то, что право имеет какие-либо иные источники помимо законодательства (и обычая), и описывающая деятельность судьи с помощью логико-механических терминов (что не оставляет возможности для разумного усмотрения или для социальных и нравственных оценок), зачастую подвергалась атакам как некая догма позитивизма.⁷ Однако такая теория не следует из предположений эмпиризма. Если при этом она считается позитивистской доктриной, то это является либо заблуждением, либо превращением двусмысленности понятия «позитивизм». «Позитивистскими» могли бы быть названы узкая теория источников права, а также теория судебного толкования права, связанная с анализом словоупотребления, с «логическим» дедукцией и концептуальными конструкциями. Но термин «позитивизм» в данном отношении отсылал бы к «тому, что выражено в определенных фразах, утвержденных в судебных решениях», но не к «тому, что основано на опыте и на наблюдении фактов». Вполне возможно приветствовать развитие теории судебного процесса в сторону более уточненного, ценностно-ориентированного

⁶ Hart H. L. A. The Concept of Law. P. 198–199 (Харт Г. Л. А. Понятие права. С. 210–211).

⁷ Если мы оставим за пределом нашего внимания особые теории права, ассоциируемые с позитивистской философией, я полагаю, мы сможем сказать, что доминирующий вид позитивизма задается страхом целенаправленной интерпретации права и правовых установок или, по меньшей мере, страхом, что такая интерпретация может зайти слишком далеко (Fuller L. L. Positivism and Fidelity to Law. P. 669; цит. по: Фуллер Л. Л. Позитивизм и верность праву: Ответ профессору Харту // Правоведение. 2005. № 6. С. 156).

судебного толкования, не разделяя при этом шумные призывы о возврате к естественному праву. «Прочь от формализма» никоим образом не тождественно «назад к естественному праву».⁹

2. Что имеется в виду под «естественным правом»? Думаю, легче будет объяснить, что имеется в виду под «естественным правом». Со времен Аристотеля до наших дней мы наблюдаем непрерывную традицию естественно-правовых теорий, хотя, разумеется, имеются существенные подвижки в теоретической основе и в практической риторике этого направления философии. Иногда естественное право основывалось на теологических понятиях, иногда — на рациональности. Та «природа», из которой выводятся универсальные принципы, была космической, божественной, социальной или исторической природой; хотя чаще всего это была природа человека как разумного существа. Таким образом, мы можем выделять теологическое, социологическое, историческое, рациональное или антропоцентрическое естественное право. С политико-практической точки зрения, естественно-правовые теории были как консервативными, так и эволюционными или революционными. В русле политической философии сторонники естественного права обосновывали любые политические системы — от крайнего абсолютизма до непосредственной демократии.

Несмотря на многочисленные расхождения, есть одна идея, общая для всех школ естественного права, — вера в то, что существуют универсально значимые принципы регулирования жизни человека в обществе, которые не созданы, а открыты человеком, истинные принципы, обязательные для каждого, независимо от тех, кто способен или не желает признать их существование.⁹ Истинность таких законов не может быть установлена методами эмпирических наук — она предполагает метафизическое понимание природы человека.¹⁰ По этой причине *валидность* этих законов и вытекающих из них *обязанностей* не выражается в чем-то доступном для наблюдения. Валидность основанных на естественном праве законов не имеет ничего общего с принятием или признанием этих законов в человеческих умах, а создаваемые такими законами обязательства не имеют ничего общего с чувством ответственности, с требованиями совести или же с каким-то иным опытом. Безусловная валидность этих законов и непереложный логический характер таких обязательств — следствие исходного положения: данные законы являются открытиями, объективными данностями, некой реальностью, иной, чем реальность открытого опыта. Хотя процесс познания, с помощью которых открываются и устанавливаются данные законы, отличается от эмпирического процесса, результат получается тот же самый: анализ, прозрение, истина. «Универсальная» валидность этих законов означает то же самое, что и универсальность истинных, логических или эмпирических утверждений, а именно то, что они независимы от различных субъективных утверждений.

⁹ Ross A. A. *Textbook of International Law*. London, 1947. P. 95; Ago R. *Positive Law and International Law // American Journal of International Law*. 1957. N 51. P. 728.

¹⁰ «С положительной стороны я различаю и разделяю центральную цель, общую для всех школ естественного права — открытие тех принципов социального порядка, которые позволяют людям достигать достойного уровня совместности существования. Мы не признаем возможности "открытия" в сфере нравственности как нечто принципиально отличающее естественное право от противоположных направлений» (Fuller L. L. *Answering to Professor Nagel // Natural Law Forum*. 1958. N 3. P. 84).

¹¹ См., напр.: Del Vecchio G. *Divine Justice and Human Justice*. P. 148–149.

Как отмечено выше, «естественное право» считается частью общей этики, которая изучает принципы, регулирующие совместную жизнь человека с себе подобными в организованном обществе и позволяющие человеку осуществлять свое нравственное предназначение.

3. Каков масштаб столкновения между правовым позитивизмом и естественным правом? Очевидно, что существует антагонизм между естественным правом и тем, что я называю *первым тезисом правового позитивизма*, поскольку этот тезис отрицает существование какого-либо естественного права. Вместе с тем следует отметить, что конфликт происходит не в рамках философии права, а в рамках общей сферы этики или философии нравственности. Естественное право является лишь одной из частей этики, и отрицание позитивистами существования естественного права основывается на общем отрицании возможности этического познания. Хотя каждый имеет право высказывать мнение по этому предмету, равно как и по любому другому, я считаю необходимым исходить из допущения того, что серьезная дискуссия здесь возможна только между теми, кто в достаточной степени знаком с современными философскими спорами о логическом статусе и истинности моральных суждений.¹¹

Интересную проблему образует вопрос о том, существует ли конфликт между естественно-правовой доктриной и вторым тезисом позитивизма о том, что правовая система является социальным фактом и поэтому может быть описана в чисто эмпирических терминах. Общепринято считать, что такой конфликт существует. Я попытаюсь показать, что это не так или, по меньшей мере, что различия мнений отражают всего лишь вопрос классификации и терминологии.

Действительно, естественное право обычно представляется так, как будто оно способно создавать впечатление серьезного конфликта с постулатами эмпиризма. Обычно говорится, что принципы естественного права и в особенности идея справедливости с необходимостью заложены в понятии права. Это означает, что некая система может быть признана правовой, только если она воплощает (по меньшей мере в некоторой степени) эти принципы. Система, которая никак не вдохновляется идеей справедливости и не предпринимает никакой попытки (хотя бы и неадекватной) осуществить принципы естественного права, является системой не права, а грубой силы, преступным режимом. Преступник может успешно установить режим террора, а вы можете быть вынуждены подчиняться его приказам, но режим террора, поскольку он не основан на справедливости, не обладает *валидностью* или *обязывающей силой*. Напротив, правовая система наделена валидностью или *обязывающей силой* именно потому, что она основана на идее справедливости.

Это общая риторика естественно-правовой теории. Кажется, что она очевидно противоречит позициям позитивизма, поскольку обращается к естественному праву и к априорному понятию валидности, заложенному в понятие права, а это понятие является основополагающим для описания правовой системы.

¹¹ Вопрос о возможности морального познания является темой моей книги *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis* («Критика так называемого практического познания») (Copenhagen; Leipzig, 1933). См. также мою статью «On the Logical Nature of Propositions of Value» (*Theoria*. 1945. N 11. P. 172–210).

Обратимся к более детальному изучению «валидности» или «обязывающей силы», которые характеризуют идею правовой системы. Говорят, что «обязывающая сила» означает, что вы обязаны повиноваться праву. Какого же рода обязанность имеется здесь в виду?

Кажется очевидным, что обязанность повиноваться праву не может означать здесь правовой обязанности или обязательства в том же самом смысле, в котором данные термины используются для описания юридической ситуации, возникающей при определенных обстоятельствах, на которые распространяется действие правовой нормы. Например, обязательство должника возратить сумму долга. В техническом смысле это обязательство означает, что должник несет риск того, что против него будут применены правовые санкции. Однако за акт «неповиновения праву» в этом случае нет и не может быть никакой санкции, кроме санкции за невозврат долга.

Могу изложить это иначе. Обязанность всегда является обязанностью весить себя определенным образом. В данном случае требуемое поведение — это «повиновение праву». Как же мы можем повиноваться праву? Путем исполнения наших правовых обязанностей, например путем возврата наших долгов. Следовательно, обязанность повиноваться праву не предписывает какого-либо иного поведения, кроме того, что уже предписано самим правом. В свою очередь из этого следует, что если обязанность повиноваться предписаниям правовой системы должна означать что-либо иное, кроме как предписанное этой системой обязательство, тогда различие не может состоять в *требуемом поведении* — в том, что мы обязаны совершить. Такое различие может заключаться лишь в том, каким образом мы обязываемся к этому. Значение заложенной в правовую систему обязывающей силы заключается в том, что соответствующие правилам этой системы правовые обязательства (например, обязанность возратить долг) являются не только правовыми обязательствами, вытекающими из угрозы правовых санкций. Они равным образом являются и нравственными обязательствами, вытекающими из естественно-правовых принципов, которые наделяют данную правовую систему валидностью или обязывающей силой. Обязанность повиноваться праву — нравственная обязанность *перед* правовой системой, а не юридическая обязанность *согласно* этой системе. Обязанность перед системой не может проистекать из самой этой системы, но должна следовать из правил или принципов, находящихся за рамками системы.¹²

Это означает, что валидность или обязывающая сила на самом деле не являются присущими правовой системе качествами, но выводятся из принципов естественного права. Утверждение о том, что правовая система наделена валидностью или обязывающей силой, не означает утверждения о юридических обязательствах или фактах и должно выражать лишь наши нравственные обязательства. Такое утверждение относится к предмету лекции о философии нравственности и не имеет ничего общего с описанием правовой системы.

Я полагаю, что для сторонника естественно-правовой философии нет никакого повода отрицать данный тезис позитивизма и не признавать то, что правовая система является социальным фактом, который можно описать в чисто эмпирических терминах, без отсылки к понятию валидности. Юснатуралист занят

¹² См., напр.: Messner J. Das Naturrecht. 4 Aufl. Innsbruck, 1960. S. 355–356.

вопросом о том, является ли определенная фактическая система также и нравственно обязывающей (в совети людей, если они имеют достаточное знание о том, чего требует истинная нравственность). Но перед ответом на данный вопрос необходимо узнать, что некая фактическая система существует и каково ее содержание. Таким образом, вопрос о валидности с необходимостью предполагает принятие тезиса позитивизма, а именно того, что можно установить существование некой правовой системы и что ее содержание может быть описано независимо от идей нравственности или естественного права.

Едиственный вопрос, который может разделять сторонников естественно-го права и правовых позитивистов, — это классификация и терминология. Следует ли классифицировать в качестве *правовой* некую фактическую систему, находящуюся в полном диссонансе с принципами справедливости (например, нацистский режим при Гитлере)? Либо же данный термин следует сохранить только за теми системами, которые хотя бы в какой-то мере основаны на принципах естественного права?¹³

Важность этого вопроса не может быть недооценена. Если сторонник естественного права хочет использовать термин «право» по отношению к системе, имеющей некую нравственную ценность, то это происходит потому, что он желает терминологически подчеркнуть нравственное различие между разными системами.¹⁴ Если же позитивист предпочитает классифицировать в качестве правовой любую фактическую систему, имеющую ту же самую структуру, что и типично правовая система, независимо от ее нравственной ценности, то это происходит по причине того, что он хочет подчеркнуть (также терминологически) фактическое, структурное сходство между разными системами. Система, подобная нацистскому режиму, может быть описана при помощи тех же самых понятий и той же самой техники, которые используются для описания типично правовых систем.

Лично я предпочитаю использовать для описания концептуальный критерий, основанный на соображениях научного удобства, а не на нравственных рассуждениях, так же как я предпочитаю включать черных лебедей в зоологическое понятие «лебедь», хотя кому-то может показаться, что черные лебеди не имеют эстетической ценности. Если же при этом каждый четко понимает терминологический характер такого спора, то нет никакой причины серьезно воспринимать расхождения во мнениях.

Подводя итог, я утверждаю, что собственно сторонник естественно-правовой философии не имеет никаких оснований для отрицания того, что право является социальным фактом, которому можно дать описание в чисто эмпирических терминах. В качестве философа естественного права такой ученый

¹³ Ross A. On Law and Justice. P. 31–32.

¹⁴ Лон Фуллер требует такого «определения права, которое наполнило бы смыслом обязательство сохранять верность праву» (Fuller L. L. Positivism and Fidelity to Law. P. 635; в работе Фуллера: «Мы нуждаемся в ясности относительно нашей обязанности хранить верность праву» (цит. по: Фуллер Л. Л. Позитивизм и верность праву. С. 128)). Возражение позитивистов состоит в том, что предпочтительнее определять право в терминах, не связанных с нравственностью, и что нужно понимать то, что нравственная идея верности праву является не абсолютной, а зависит от нравственного качества определенного позитивного права.

работает с отраслью философии нравственности. Если же он говорит о том, что философия нравственности является частью философии права, то он уже имеет дело именно с философией права, а не с философией нравственности. И перед ответом на данный вопрос ему необходимо иметь описание этой философии права, а не философии нравственности. Юристы не имеют оснований для отрицания того, что социальные факты, равно как и любые другие факты являются предметом эмпирического познания, осуществляемого при помощи эмпирических методов. При этом не имеет особого значения, что является «правовой система» и используется для обозначения некоей фактической темы, нормы которой воспринимаются как недопустимые с точки зрения справедливости и гуманизма, если структура такой системы схожа со структурой полноценных правовых систем.

4. Квазипозитивизм как тип естественного права. Хочется отметить, что защищаемая в предыдущем разделе точка зрения воспринята некоторыми современными философами естественного права, воспитанными в сфере западной философии. Пример тому — профессор Альфред Фердросс. В своей книге «Западная философия права» он пишет: «Защитник естественного права не может отрицать возможности существования таких норм, которые, несмотря на столкновение с естественным правом, на самом деле являются действительными и по этой причине образуют предмет научного исследования. Защитник естественного права даже оказывается вынужденным предпринять попытку познать все позитивное право как таковое, поскольку он не сможет игнорировать действительность норм до того, как установит их существование и определит их границы и содержание — ведь оценка предполагает первоначальное познание предмета оценки».¹⁵

Этими словами Фердросс принимает второй тезис позитивизма. А когда он признает далее, что, возможно, было бы разумным использовать термин «право» только для систем позитивных норм¹⁶ (а это означает, что «естественное право» не есть «право»), он полностью принимает позитивистскую доктрину, согласно которой все право позитивно. Вместе с тем Фердросс остается защитником естественного права.¹⁷

Кроме того, в работах Фердросса мы встречаемся с недоразумением, проистекающим от двусмысленности слова «позитивизм». С учетом того что данное недоразумение является общераспространенным и влечет последствия для оценки чисто позитивистской установки с точки зрения нравственности, его следует изучить более подробно.

¹⁵ Verdröss A. Abendländische Rechtsphilosophie. S. 254.

¹⁶ Ibid. S. 252 (где в поддержку занятой позиции приводятся слова Папы Пия XII)

¹⁷ Иоганн Месснер, также римско-католический автор, который является сторонником самого современного и внятного изложения естественно-правовой философии, признает независимость позитивного права как предмета правоведения, основанного на чисто эмпирических принципах познания. Согласно Месснеру, правоведение относится к эмпирическим наукам, предметом которых является данная во внешнем опыте действительность. Предмет правоведения составляет определение фактических правил взаимных человеческих отношений (Messner J. Das Naturrecht. S. 370).

Фердросс проводит различие между тем, что он называет *догматическим* (или *крайним*) и *гипотетическим* (или *умеренным*) правовым позитивизмом.¹⁸ Первый термин применяется к тем научным школам, которые отрицают существование особого этического познания, и в частности существование естественного права, составленного из этических принципов, которые могут быть открыты и установлены человеческим разумом. Вторым термином обозначается установка, которая оставляет открытым вопрос о существовании естественного права и ограничивается утверждением, согласно которому ответ на данный вопрос не имеет значения для правоведения. Предметом правоведения являются действительные нормативные системы, существование которых может быть установлено, а границы и содержание определены без обращения к принципам естественного права.

Читатель легко может заметить, что тот вид позитивизма, который я определяю и защищаю в настоящей статье и в моих предшествующих работах, несомненно, должен классифицироваться по терминологии Фердросса как «догматический», или «крайний». Поэтому я считаю своим долгом решительно возразить против неправильного толкования Фердроссом позиций позитивизма.

Фердросс говорит, что с точки зрения догматического правового позитивизма позитивное право обладает абсолютной валидностью или обязывающей силой. Это значит, что сторонник догматического позитивизма некритично признает и принимает нравственный авторитет любой существующей системы как таковой. Такую установку Фердросс обозначает как *Kadavergehorsam* (глубое, слепое повиновение) и делает вывод о том, что сторонники правового позитивизма не могут, не противореча самим себе, занять твердую позицию по отношению к той или иной политической системе, какой бы отвратительной она ни была.¹⁹

Причины, лежащие в основе такого хода мысли, очевидны. Если позитивист отрицает, что валидность позитивного права выводится из естественного права, то он должен признать, что валидность присуща позитивному праву как таковому. Иными словами, валидность имеет безусловный, абсолютный характер.

Это является грубой ошибкой. Следствие отрицания естественного права — в том, что позитивное право обладает валидностью в том же смысле, в котором данный термин используется в естественном праве, где «валидность» обозначает истинно нравственное требование повиновения, независимо от его признания субъектами. Такое требование может быть основано только на этических принципах. Поэтому термин «валидность» не имеет совершенно никакого значения для такой доктрины, которая отрицает все нравственные истины. Ему нет места в словарном запасе позитивиста. Для позитивиста оценка политического режима в терминах нравственности — это вопрос личного и субъективного принятия ценностей и стандартов.

Мне бы доставило удовольствие, если бы мой друг и коллега признал, что вполне возможно отрицать объективность ценностей и нравственных установок, не противореча самому себе, и в то же время оставаться приличным человеком и надежным товарищем в борьбе против режима террора, коррупции

¹⁸ Verdröss A. Abendländische Rechtsphilosophie. S. 251–252.

¹⁹ Ibid. S. 246, 252, 254.

бесчеловечности. Вера в то, что нравственные суждения не являются истинными (или ложными), что они не представляют собой результат когнитивного процесса или интуитивного прозрения, сопоставимого с логическим или эмпирическим познанием, ни в коем случае не является несовместимой с суждением, выводимыми из базовых нравственных установок. Позитивист занимается изучением не нравственности, а логики нравственного дискурса — не этикой, метаэтикой.²⁰

Вместе с тем в позиции Фердросса есть доля правды, на которой нужно сделать акцент для объяснения сложившегося недоразумения. Ряд авторов, обычно причисляемых к «позитивистам», поддержали точку зрения Фердросса о том, что любая существующая система как таковая выдвигает требование обновления. Фердросс цитирует Бергбома, широко известного представителя²¹ той школы юристов позитивистской ориентации, которые отрицают естественное право и вместе с тем разделяют идею о том, что позитивное право обдает «валидностью», выведенной из авторитета государства.

Однако эта установка не имеет ничего общего с эмпиризмом (истинным позитивизмом); это доктрина «валидности», представляющая собой тот вид нравственной философии, для которой характерно выведение валидности не абстрактных принципов, присущих человеческому разуму, а из исторической эволюции и из существующих институтов.²²

Насколько я могу судить, данный вид нравственной философии имеет несколько питательных корней. Думаю, один из них восходит к учению Мартина Хатера, который определил новый объем слов апостола Павла о том, что вся суверенная власть исходит от Бога. Другой корень может быть найден в философии Гегеля, которая сжато сформулирована в знаменитом лозунге «се действительное разумно, все разумное действительно».²³ Заметно соучие и с консервативной идеологией и с ее тезисом о том, что любое удающееся дело обосновано, поскольку так позволил Господь Бог. Кажется, что и различные тенденции приехали, особенно в Германии, к некритическому изложению и подчинению официальной власти, любому одетому в униформу. Именно такая установка обнаруживается в цитированном выше лозунге *«Gesetz ist Gesetz»* (закон есть закон), который означает, что любая правовая система является правом и поэтому ей должно повиноваться, какими бы ни были ее духовные содержание и тенденции. Если и есть гран истины в веро, что «позитивизм» проложил дорогу режиму Гитлера, то тут имеется в виду именно разбираемый вид «позитивизма», который, по сути, является одной из исторической теория в сфере нравственной философии.

²⁰ Никакие нравственные суждения или принципы не могут быть выведены из метафизического положения о том, что нравственные суждения не являются ни истинными, ни ложными (Ross A. *Why Democracy?* Cambridge, Mass., 1952. P. 94).

²¹ Bergbohm K. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Leipzig, 1892.

²² Ross A. 1) *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*. Kap. 12; 2) *On Law and Justice*. P. 149–150.

²³ Ross A. 1) *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*. S. 409–410; 2) *On Law and Justice*. P. 251–252.

Для того чтобы избежать смешения данной школы мысли с истинным позитивизмом, я предлагаю называть его «квазипозитивизмом».

5. Три разных функции и значения «валидности». В целях подготовки почвы для последующих разделов настоящей статьи я хочу указать, что термин «валидность» используется (как минимум) тремя разными способами, т. е. имеет три разных значения и выполняет три различные функции.²⁴

Во-первых, данный термин используется в современных работах по догматике действующего права для того, чтобы установить, достигает ли правовой акт (например, договор, завещание, административное предписание) желаемого юридического эффекта. О правовом акте говорят, что он недействителен или ничтожен, если такой эффект не достигнут. Это внутренняя функция, поскольку установление недействительности или ничтожности правового акта означает установление некоего обстоятельства в соответствии с данной системой норм. Такое установление является юридическим суждением, с помощью которого юридические правила применяются к определенным фактам.

Во-вторых, данный термин используется в общей теории права для обозначения существования нормы или системы норм. Валидность нормы в этом смысле означает ее реальное существование или действительность в противоположность некоему воображаемому правилу или простой психологической проекции. Это внешняя функция, поскольку установление того, существует ли некое правило (система правил), или нет, означает установление неких обстоятельств о данном правиле (системе правил). Такое утверждение является не юридическим суждением, а фактическим допущением касательно некоего множества социальных фактов.

При этом я понимаю, что такое использование термина «валидность» в английском языке может показаться странным. В датском и немецком языках существует разница между *gyldig* (*gültig*) и *gæltende* (*geltend*). Говорится, что договор является *gyldig* или *gyldig* (действительным или действительным, ничтожным), но мы используем другой термин для права, а именно термин *gæltende* для обозначения доминирующего, имеющего силу, действительно существующего права. Стоит отметить, что не существует антонима для термина *gæltende*, который был бы аналогичен термину *ugyldig* (недействительный). Из-за невозможности найти в английском языке эквивалент термину *gæltende* в англоязычных версиях моих работ я использовал термин *valid* для обозначения не только функции *gyldig*, но и функции *gæltende*. Теперь я понимаю, что такой перевод может привести к недоразумению.²⁵

В-третьих, как мы видели, «валидность» в этике и естественном праве берется для обозначения особого нравственного априорного качества, называемого также «обязывающей силой» права, которая дает начало соответствующей нравственной обязанности.

6. Кельзен как квазипозитивист. Как следует из вышесказанного, термин «валидный» (*gæltende* в датском языке) используется для указания на то, что некое правило (система правил) является реальным (а не чем-то проецируемым или воображаемым). Поэтому согласно принципам эмпиризма данный термин

²⁴ Verdross A. *Abendländische Rechtsphilosophie*. S. 246.

²⁵ Это я понял по критике Г. Л. А. Харта, о которой речь пойдет ниже, в п. 7.

должен использоваться для обозначения доступных наблюдению социальных фактов и ни для чего более. Может оказаться затруднительным указать на то, какие факты и наблюдения подходят для проверки истинности утверждения о существовании некоего правила, хотя в широком смысле существование (валидность) нормы означает то же самое, что и ее эффективность. Утверждать, что существует некое правило (система правил), — это то же самое, что утверждать, что имеется некий комплекс социальных фактов (если понимать термин «социальные факты» в широком смысле, включая и психологические условия). В данном контексте термин «валидность» не имеет ничего общего с нормативным утверждением об обязанности (в моральном смысле) повиноваться праву. Идея обязанности характерна для квазипозитивизма и естественного права, и ей нет места в теории права, основанной на принципах эмпиризма.

Термин «валидность» в нормативном смысле не предназначен для описания и объяснения действительности. Его функция состоит в укреплении правовой системы через провозглашение того, что содержится в этой системе правовые обязательства опираются не только на санкции, но и на нравственные обязанности. Нормативное понятие валидности — это идеологический инструмент поддержки авторитета государства. Когда данное понятие употребляется квазипозитивистом, то такая поддержка оказывается безусловной; если же оно применяется сторонником естественного права, то поддержка будет обусловлена определенной степенью гармонизации с предустановленными стандартами естественного права.

В данном отношении «чистая теория права» Кельзена является развитием квазипозитивистского подхода. Кельзену так никогда и не удалось преодолеть идею о том, что существующая правовая система сама по себе обладает валидностью в нормативном смысле этого слова. По Кельзену, существование нормы означает ее «валидность». Сказать, что некая норма обладает валидностью, значит сказать, что «индивидам следует вести себя так, как предписывает норма». ²⁶ Но если норма сама выражает в своем непосредственном содержании то, что индивидам следует сделать, то мы можем задать вопрос о том, каков же смысл говорить, что индивидам следует делать то, что им следует делать. Эту идею я проанализировал выше, в п. 3. Мы видели, что идея обязанности повиноваться праву (выполнять юридические обязательства) имеет смысл только при предположении, что данная обязанность является чисто моральной, соответствующей заложенной в праве «обязывающей силе».

Хотя такое толкование не гармонирует с программой «чистой теории права», провозглашенной эмпирической, оно оказывается неизбежным — его должно принять, чтобы естественно-правовая философия квазипозитивистского толка продолжила свое существование.

Такое толкование подтверждается и тем, как Кельзен пытается объяснить значение неоднократно повторяемого увещевания вести себя так, как того требует норма. Он говорит, что субъективное значение нормы одновременно является и объективным. ²⁷ В то же время утверждается, что норма выражает некое

²⁶ Kelsen H. Value Judgements in the Science of Law // Journal of Social Philosophy and Jurisprudence. 1942. N 7. P. 317.

²⁷ Kelsen H. Why Should the Law be Obeyed? // Kelsen H. What is Justice? P. 257.

истинное обязательство — индивидам не только «приказывают» вести себя определенным образом, но им также «действительно», «истинно», «объективно» должно вести себя так, как предписывает норма. Однако идея истинной нормы или объективной обязанности является именно той идеей, которая действует в естественно-правовой философии. Значение этой идеи заключается в допущении объективных, априорных нравственных принципов, из которых выводятся истинные обязанности.

Озабоченность Кельзена традиционной проблемой определения того нравственного качества, которое отличает правовую систему от преступного режима, становится очевидной из того, как он иллюстрирует объективное, нормативное значение идеи валидности. Кельзен пишет: «Не каждый акт, чье субъективное значение образует некую норму, создает норму и в объективном смысле. Например, команда грабителя отдать кошелек не должна толковаться как обязательная или валидная норма». ²⁸

Уже само по себе подобное толкование позволяет понять характерную для Кельзена мысль о том, что логически невозможно рассматривать отдельно взятое юридическое правило как валидное и в то же самое время принимать в качестве нравственно обязывающего некое моральное правило, которое запрещает то поведение, которого требует юридическое правило. ²⁹ В данном аспекте позиция Кельзена, выходящая странной с точки зрения принципов эмпиризма, получает основу, если правовую валидность понимать как нравственное качество, заложенное в существующую систему. Следует отметить, что Кельзен приписывает тому, что он называет «юридическим мышлением», исходное положение о том, что основная норма наделяет валидностью фактически существующую систему. Такое исходное положение попросту открытается и принимается правоведем. ³⁰ Я полагаю, что в этом отношении «юридическое мышление» просто отсылает к общепризнанным юристами идеям и верованиям, хотя при этом оно оказывается ненадежным поводом в логическом анализе. И в праве, и в нравственности оказывается возможным и весьма вероятным, что обычное «мышление» будет насыщено идеологическими понятиями, отражающими эмоциональный опыт, но не предназначенными для описания действительности (что является задачей правоведедения). В таком случае правоведе следует не принять, а отвергнуть идею валидности. ³¹

7. Комментарий к идеям Харта. Ниже я суммирую свои тезисы о значении и функции понятия «валидность», вытекающие из предшествующих разделов настоящей статьи.

1. Если термин «валидность» берется в том смысле, который используется в естественном праве (включая квазипозитивизм), т. е. для обозначения нравственного качества правовой системы, наделяющего обязывающей

²⁰ Ibid.

²⁰ Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 373–375.

³⁰ Kelsen H. 1) Ibid. P. 116; 2) Value Judgements in the Science of Law. P. 324, 326–327.

³¹ Схожую критику идей Кельзена я изложил в рецензии на его работу «What is Justice?» (California Law Review. 1957. N 45. P. 564–570). Со своей стороны Кельзен предложил содержательный анализ моих взглядов в статье «Eine „realistische“ und die Feine Rechtslehre» (Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht. 1959. N 10. S. 1–25).

силой включенные в эту систему обязательства, тогда такому термину нет места в правоведении, основанном на принципах эмпиризма.

2. Если термин «валидный» (датск. *gæltende*, нем. *geltend*) используется для обозначения существования (реальности, наличия) некоей нормы или системы норм, то необходимо воспринимать его как сокращенную отсылку к некоему комплексу социальных фактов, а именно к тем социальным фактам, которые в правоведении считаются необходимыми и достаточными для проверки истинности утверждения о существовании правила или системы правил. В своей книге «О праве и справедливости»³² я развиваю данную идею и пытаюсь показать, что, в конечном счете, проверка истинности связана с будущим поведением судей (или других правоприменительных органов) при определенных обстоятельствах. Поэтому утверждение «D (некая директива или правило) валидно по датскому праву» эквивалентно предикативному утверждению о том, что при определенных обстоятельствах суды будут основывать свои решения (также) и на директиве D. Подобное предсказание возможно только на основе целого комплекса социальных фактов (включая психологические факты поведения и установок).

В своей статье «Скандинавский реализм» профессор Г. Л. А. Харт развивает критику моего анализа термина «валидность».³³ Возможно, было бы интересно удостовериться, насколько Харт расходится с взглядами, которые я изложил в данной статье, и есть ли вообще здесь расхождение.

Насколько я могу судить, практически никакого расхождения нет. Выдвигаемые Хартom возражения основываются на неправильном толковании моих намерений, что вызвано частично тем лингвистическим фактом (это я понял лишь недавно), что «*valid*» в английском языке вряд ли может использоваться также как «*gæltende*» в датском.

Термин «валидный» используется Хартom в первом³⁴ и в третьем³⁵ значении этого термина, как они были обозначены выше, в п. 5. Но поскольку он использует данный термин в третьем значении (как некое нравственное качество) только для изложения положений естественного права, а не для характеристики своих собственных взглядов, мы вынуждены ограничиться здесь тем, как Харт анализирует данный термин в том виде, в каком он встречается и действует в современной правовой мысли.

Анализируемое Хартom понятие валидности — это понятие в том виде, в котором оно используется в случаях, когда говорят, что определенный договор, волеизъявление или другой правовой акт является действительным или недействительным (ничтожным). Говорится, что некий правовой акт действителен, если он совершен так, что отвечает установленным в правовой норме условиям, которые необходимы для того, чтобы подобный правовой акт имел искомый юридический эффект.

³² Ross A. On Law and Justice. P. 29–50.

³³ Hart H. L. A. Scandinavian Realism // Cambridge Law Journal. 1959. N 17. P. 233–240.

³⁴ Hart H. L. A. The Concept of Law. P. 22, 28–31, 68, 70–71, 100–102 (в русском переводе использован термин «действительный». Ср.: Харт Г. Л. А. Понятие права. С. 108 и сл. — Прим. пер.).

³⁵ Ibid. P. 152, 182, 195–207.

Подобное понятие валидности хорошо известно любому юристу, и мой анализ данного понятия полностью согласуется с взглядами Харта.³⁶ И если в работе «О праве и справедливости» я довольно долго дискутирую о значении положения «D валидно по датскому праву», то меня беспокоит не то, чтобы данное понятие выполняло описанную выше функцию. Вид поднимаемой и исследуемой мною проблемы не оставляет никакого сомнения в том, что речь идет именно о том, что Харт изучает под заголовком «существование юридического правила или правовой системы».³⁷ Как отмечено выше, теперь я понимаю, что датское выражение «*gæltende ret*» не следует переводить на английский язык как «*valid law*». Мне жаль, что мои знания о словоупотреблении в английском языке были недостаточными, но в то же время, как мне кажется, если бы Харт был немного внимательнее, он заметил бы, что та проблема, которую я разбираю в связи с термином «валидность», полностью отлична от той проблемы, которую он изучает в связи с тем же термином. Если бы Харт понял это, то у него не было бы никакой почвы для критики — предположения о правовой валидности не имеют ничего общего с предсказанием поведения судей.

Интересно отметить, что, если избавиться от данных недоразумений, между нашими взглядами не было бы никакой несогласованности в том, что следует исследовать применительно к вопросу о существовании правовой системы. Четко дистанцируясь от Кельзена, Харт отвергает идею о том, что существование правовой системы означает ее валидность, выраженную в некоей основной норме, которая призывает индивидов повиноваться праву. Харт правильно называет минимализмом разговоры о некоем правиле, которое предписывает, что должно повиноваться другому правилу.³⁸ Собственная позиция Харта со всей мыслимой четкостью выражена в следующем утверждении: «Вопрос о том, существует ли правило признания и каково его содержание, т. е. какие критерии валидности существуют в данной правовой системе, рассматривается на всем протяжении настоящей книги как эмпирический, хотя и сложный, вопрос факта».³⁹

Любой, кто знаком со специальной терминологией, употребляемой Хартom, легко увидит, что здесь он занят вопросом существования верховной нормы или правовой системы как единого целого. Мнение Харта о том, что данный вопрос следует рассматривать как вопрос об эмпирическом факте, полностью гармонизирует с основной идеей моей книги «О праве и справедливости». Далее Харт пишет: если мы допускаем, что существует некая правовая система, то «фактически мы отсылаем к некоему набору гетерогенных социальных фактов, даже в осятой, гибридной словесной форме». «Истинность данного положения, как указывает Харт, может быть «доказана через отсылку к сложившейся практике к тому способу, которым суды ustanавливают, что считать правом, и к общему принятию или к молчаливому согласию с такими установлениями».⁴¹ Сомнительно моей и хартовской позиций оказывается просто поразительным.

³⁶ Ross A. On Law and Justice. P. 32, 79, 204.

³⁷ Hart H. L. A. The Concept of Law. P. 106, 109, 117, 245 (Fn.).

³⁸ Ibid. P. 246 (Fn.).

³⁹ Ibid. P. 245 (Fn.).

⁴⁰ Ibid. P. 109.

⁴¹ Ibid. P. 105.