

позитивизма.<sup>21</sup> Естественное право представляется мыслителю прежде всего этической теорией, в рамках которой выдвигаются три схожих, но тщательно различаемых им требования: нравственный императив, определяющий поведение; метаэтический принцип, определяющий предпосылки морального (практического) знания; и метатеоретический принцип, определяющий понимание природы права.<sup>22</sup> Демонстрируя слабость каждого из этих требований, Бикс утверждает, что юснатуралистические и юспозитивистские варианты понимания взаимодополняемы и могут успешно сотрудничать в изучении права и что естественно-правовой подход позволяет плодотворно расширить перспективы правоведения за счет анализа заложенных в праве моральных установлений, что дает «более полное и тем самым более качественное видение данного социального института».<sup>23</sup> Читатель увидит отголоски этих рассуждений в статье «О разграничительной черте между теорией естественного права и юридическим позитивизмом», где данная проблематика изучается в ракурсе споров о границах двух исследовательских подходов.<sup>24</sup> Особенности занимаемого Биксом подхода заключается в последовательном релятивизме, в отказе от поиска универсальных критериев разграничения юспозитивизма и юснатурализма. В этом плане деление между двумя названными направлениями правовой мысли оказывается условным, зависящим от целевых установок исследователя, который не связан какими-то заранее фиксированными границами того или иного подхода.

<sup>21</sup> Ibid. P. 96–97. — Ср.: Hart H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, 1983; MacCormick N. *Natural Law and the Separation of Law and Morals* // *Natural Law Theory: Contemporary Essays* / Ed. R. P. George. Oxford, 1992. P. 105–133; Finnis J. *The Truth of Legal Positivism*. P. 195–214, 203–205.

<sup>22</sup> Bix B. *Natural Law Theory: The Modern Tradition*. P. 99.

<sup>23</sup> Ibid. P. 100.

<sup>24</sup> По этому предмету см. спор между Р. Алекси и Е. В. Булыгиным, а также статьи А. Росса, Б. Лайтера, Дж. Раза, которые публикуются в настоящем номере Ежегодника.

## Б. Бикс\*

### О границе, разделяющей теорию естественного права и юридический позитивизм\*\*

На протяжении более чем двадцати лет Джон Финнис был одним из наиболее выдающихся и значимых защитников теории естественного права.<sup>1</sup> Эта теория имеет достаточно развитую традицию; в рамках данной традиции Финнис занимает несколько дискуссионную и, можно сказать, постороннюю по отношению к ней позицию.<sup>2</sup> Большинство студентов воспринимают теорию естественного права не в ее обычном, сформированном веками виде как размышления о морали, теологии и политике, а уже в ее более скромном и современном облике — как теорию, соревнующуюся с юридическим позитивизмом за правильное описание и анализ права.<sup>3</sup> И хотя подобное видение естественно-правовой теории может служить лишь причиной заблуждений по поводу более широкого проекта естественного права, та неубывающая значимость, которая придается этому подходу (рассматриваемому естественное право преимущественно как оппонента юридического позитивизма) в юридических институтах и журналах, требует того, чтобы мы не обходили данный «спор» стороной. Разумеется, Финнис не пренебрегает указанной полемикой — напротив, его работа предлужила целый ряд провокационных способов переосмысления и перформулирования границ этого противостояния. В настоящей статье рассматриваются точки согласия и расхождения между теорией естественного права и юридическим позитивизмом, при этом особый акцент делается на предложенном Финнисом видении данной полемики и его вкладе в названный «спор».

Часть I посвящена некоторым предварительным методологическим трудностям, связанным с данным исследованием. В части II будет рассмотрено

\* Брайан Бикс — профессор юридического факультета университета штата Миннесота (США).

\*\* Перевод с английского М. А. Антонова, С. Н. Касаткина. Оригинал опубликован в: Bix B. *On the Dividing Line Between Natural Law Theory and Legal Positivism* // *Notre Dame Law Review*. 2000. Vol. 75. N 5. P. 1613–1624.

<sup>1</sup> Finnis J. *Natural Law and Natural Rights*. New York, 1980.

<sup>2</sup> См., напр.: Hittinger R. 1) *A Critique of the New Natural Law Theory*. Notre Dame, 1987; 2) *Varieties of Minimalist Natural Law Theory* // *American Journal of Jurisprudence*. 1989, Vol. 34. P. 133 ff (в этих работах подход к естественному праву, предложенный Германом Грайзесом и Финнисом, критикуется с точки зрения традиционной естественно-правовой доктрины томизма).

<sup>3</sup> См. обзор теорий естественного права и их места в более широком контексте в: Bix B. *Natural Law Theory: The Modern Tradition* // *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* / Eds. J. L. Coleman, S. Shapiro. New York, 2002. P. 62–103.

двух.<sup>6</sup> Как представляется, большинство ученых в рамках естественно-правовой традиции придерживаются идеи, согласно которой моральные истины должны быть выведены из истин о человеческой природе. Позиция меньшинства (представленного, в частности, Финнисом, Германом Грайзесом и Робертом Джорджем) заключается в том, что моральные истины должны быть открыты или выведены иными способами: хотя они и связаны с истинами о человеческой природе, они из таких истин не выводятся.<sup>6</sup> Данное различие может быть решающим для тех, кто пытается избежать полагаемого ненадлежащим выведения «должного» из «сущего».<sup>7</sup> Естественно-правовые дискуссии о человеческом позитивном праве зачастую сосредоточиваются на моральных обязанностях: какие законы следует принять (хорошему) законодателю и когда у (добропорядочного) гражданина появляется моральная обязанность соблюдать закон.<sup>8</sup>

Юридический позитивизм представляет собой убеждение, согласно которому является и обоснованным (*tenable*), и значимым предлагать чисто понятийную и/или чисто описательную правовую теорию,<sup>9</sup> где анализ права строго отделен от его оценки.<sup>10</sup> Современный юридический позитивизм развивался как реакция на определенные (менее утонченные) версии естественно-правовой

<sup>6</sup> См., напр.: *Simon Y. R. The Tradition of Natural Law: A Philosopher's Reflections* / Ed. V. Kulis, New York, 1965. P. 41–66; *Weinreb L. L. Natural Law and Justice*. Cambridge, Mass., 1987. P. 1–2 (в этой работе обсуждаются связи между природой, правом и моралью в классической теории естественного права); *Bix B. Natural Law Theory: The Modern Tradition*.  
<sup>7</sup> *George R. P. In Defence of Natural Law*. 1999. P. 83–87 (где подводятся итоги данного спора).

<sup>8</sup> *Finns J. Natural Law and Natural Rights*. P. 33–36 (здесь автор отвечает на вызов, касающийся разделения сущего и должного).

<sup>9</sup> См., напр.: *Aquinas Saint Thomas. The Treatise on Law* / Ed. & trans. R. J. Henle, Notre Dame, 1993 (здесь дается перевод тех разделов «Суммы теологии», где идет речь о праве); *Finns J. Natural Law and Natural Rights*. P. 260–296.

<sup>10</sup> Некоторые представители юридического позитивизма трактуют (совместимые с тем же подходом) теории права как понятийные и неэмоциональные, но не как описательные (в наиболее узком значении данного термина). Яркий пример этого — позиция Джозефа Раза: «Поскольку [в рамках практической деятельности по принятию решений] право относится к стадии исполнения, его можно определить без обращения к моральным аргументам, которые по определению относятся к стадии обсуждения. Учение о природе права порождает такой критерий его идентификации, который не требует обращения к моральным или каким-либо иным оценочным соображениям. Но из этого вовсе не следует, что можно отставлять учение о природе права без использования при этом оценочных (пусть и не обязательно моральных) аргументов. Обоснование такой доктрины связано с оценочным суждением об относительной важности тех или иных черт социальной организации, которые и отражают наши моральные и интеллектуальные интересы и заботы» (*Raz J. Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford, 1994. P. 209). См. также: *Raz J. Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison* // *Legal Theory*. 1998. N 4. P. 249, 267–268 (здесь обобщаются расхождения Раза с Г. Л. А. Хартом относительно того, является ли юридико-позитивистская теория права Харта описательной или оценочной). — Но ср. также с позицией Харта: «Моя цель в данной книге состояла в том, чтобы предложить теорию права, которая одновременно являлась бы и общей, и описательной» (*Hart H. L. A. The Concept of Law*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford, 1994. P. 239).

<sup>11</sup> *Bix B. Jurisprudence: Theory and Context*. 2<sup>nd</sup> ed. London, 1999. P. 31–49 (где содержится обсуждение Харта и юридического позитивизма); *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* / Ed. R. P. George. New York, 1996; *Coleman J. L., Leiter B. Legal Positivism* // *Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* / Ed. D. Patterson. Cambridge, 1996. P. 241–260.

традиционное понимание границ между теорией естественного права и юридическим позитивизмом, будет обращено внимание на разделяемый многими современными авторами, включая Финниса, вывод о возможной совместимости двух этих школ мысли, по крайней мере в отношении данного вопроса. Часть III следует за недавней работой Финниса и ищет существенные различия между названными школами в другой сфере — в возможной дискуссии о ценности или жизнеспособности самого проекта юридического позитивизма.

### I. Опасности, связанные с обсуждением школ мысли

Приступая к исследованию, нужно учитывать одну проблему. На нее указывал Джозеф Раз, когда описывал опасности, связанные с рассмотрением конкретной школы мысли: «Одна из непривлекательных тенденций современной философии права и политики [состоит в том, что комментатор] разбирает не идеи какого-то конкретного ученого, а некую группу идей. Это позволяет ему создавать объект своего рассмотрения путем отбора отдельных моментов из сочинений разных авторов. В результате подобная объединенная картина фактически не отражает чьих-либо взглядов, а все те, кто цитировался в данном исследовании в качестве приверженцев той или иной точки зрения, будут с ней не согласны».<sup>4</sup>

Такие опасности возрастают вдвое, если речь идет о сопоставлении двух школ мысли, здесь — естественно-правовой теории и юридического позитивизма. Однако большинство ученых продолжают рассуждать о «школах мысли» или «движениях» отчасти потому, что нас побуждают к этому сами теоретики, многие из которых прямо заявляют о своей принадлежности к тому или иному направлению, а отчасти потому, что жизнь просто становится слишком сложной, если нет возможности обсуждать отдельные взгляды или события как частный случай более широкой совокупности. Тонкость здесь состоит в том, чтобы избежать превращения исследуемой группы в того «воображаемого противника» (*straw man*), о котором предупреждает нас Раз, т. е. чтобы имелся по крайней мере один значимый теоретик, готовый подтвердить все воззрения, связываемые с исследуемой категорией. В настоящей статье под «юридическим позитивизмом» и «естественно-правовой теорией» мы будем подразумевать школы мысли, стремясь при этом учитывать стоящее за этими наименованиями разнообразие и не создавая под именем этих групп некую вымышленную, необоснованную, гибридную точку зрения, которую на самом деле не отстаивал бы ни один из нынешних или прежних теоретиков права.

### II. Традиционное видение границы между теорией естественного права и юридическим позитивизмом

В качестве краткого и несколько грубого обобщения можно сказать, что теория естественного права изучает связь между миром, человеческой природой и моралью, обычно выводя последнюю из некоторого сочетания первых

<sup>4</sup> *Raz J. Postema on Law's Autonomy and Public Practical Reason: A Critical Comment* // *Legal Theory*. 1998. N 4. P. 1.

морального реализма важным компонентом данной традиции, но не соглашались относительно той степени, в которой указанная традиция требует приверженности другим значимым постулатам,<sup>16</sup> — тогда это метаэтическое убеждение (моральный реализм) представляется вполне совместимым с различными воззрениями на (понятийную) связь между правом и моралью.<sup>17</sup>

Схожим образом, если (1) теория естественного права сводится к тезису о существовании объективной моральной истины, которая должна исполняться для оценки наших политических и правовых институтов, равно как и наших индивидуальных предпочтений, и если (2) юридический позитивизм сводится к тезису о возможности и значимости описательной или понятийной теории права, обособленной от оценки его (моральных) достоинств, тогда, по видимому, нет причин, которые бы препятствовали одновременному принятию и защите обоих подходов. Действительно, целый ряд ведущих представителей юридического позитивизма и естественно-правовой теории в разное время делали подобные заявления.<sup>18</sup> Можно найти теоретиков, полагающих, что принятие юридического позитивизма влечет отрицание естественно-правовых воззрений на существование (объективных) моральных истин,<sup>19</sup> но такие теоретики находятся в очевидном меньшинстве.

### III. Граница между теорией естественного права и юридическим позитивизмом в трактовке Финниса

Великие представители юридического позитивизма — будь то Джон Остин, отвечающий Уильяму Блэкстону,<sup>20</sup> Г. Л. А. Харт в своем споре с Лоном Фуллером,<sup>21</sup>

теории. Джон Остин отвечал на ряд неудачных ссылок на естественное право в работе Уильяма Блэкстона, когда писал то, что стало, возможно, наиболее часто цитируемым выражением «догмы» юридического позитивизма: «Одно дело — существование права, другое — его достоинство или недостатки. Есть это или нет — один вопрос; соответствует оно или не соответствует предпологаемому образцу — другой вопрос. Право, которое действительно существует, является правом, несмотря на то что ему случилось нам не понравиться, или несмотря на то что оно расходитсся с тем текстом, с которым мы соразмеряем наше одобрение или неодобрение».<sup>11</sup>

В недавно изданном интригующем очерке Финнис допускает, что в юридическом позитивизме *были* заложены некие базовые истины; но большинство из них уже было выражено, по меньшей мере в черновой форме, несколько веков назад теоретиком, более известным своим вкладом в развитие естественно-правовой теории, — Фомой Аквинским.<sup>12</sup> Финнис приписывает Аквинату положение «трактовать человеческое позитивное право в качестве полноправного (и обладающего собственным наименованием) предмета рассмотрения, в качестве темы, легко определяемой и определенной до всякого вопроса о ее отношении к морали».<sup>13</sup> Для Финниса, как и для Аквинского, позитивное право имеет определенное значение в рамках морального рассуждения и практики. Позитивное право (по меньшей мере, в целом справедливое позитивное право) играет ключевую роль в достижении социальных/общих благ, что требует использования государственной власти (например, санкции за уголовно-наказуемое деяние) или координации поведения гражданина.<sup>14</sup>

По-видимому, существует аспект, в котором естественно-правовая теория (ее важная и широко распространенная версия) и юридический позитивизм оказываются совместимыми в том смысле, что разделяемая кем-либо позиция относительно первой не предопределяет его позицию в отношении второго. Если то, что делает кого-либо теоретиком естественного права, — это приверженность той или иной форме метафизического реализма в вопросах морали,<sup>15</sup> — как кажется, теоретики естественного права сходятся в признании

<sup>11</sup> Austin J. The Province of Jurisprudence Determined / Ed. W. E. Rumble. Cambridge, 1995 (1832), P. 157. — Цитата Блэкстона, на которую ссылается Остин, появилась в работе: Blackstone W. Commentaries on the Laws of England. Vol 1. 1 ed. Chicago, 1979 (1795). P. 41. — О благожелательном рассмотрении естественно-правовых воззрений Блэкстона см.: Finnis J. M. Blackstone's Theoretical Inventions // Natural Law Forum. 1967. Vol. 12. P. 163–183.

<sup>12</sup> Finnis J. The Truth in Legal Positivism // The Autonomy of Law. P. 195–214.

<sup>13</sup> Ibid. P. 204.

<sup>14</sup> См., напр.: Finnis J. 1) Natural Law and Natural Rights. P. 260–264 (об уголовном праве); 2) The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory // Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy. 1984. N 1. P. 115, 117–121; 3) Law as Co-ordination // Ratio Juris. 1989. Vol. 2. N 1. P. 97, 101–103 (где анализируется важность права для социальной координации).

<sup>15</sup> «Моральный реализм» определяется как «представление о том, что моральные убеждения и оценки могут быть истинными или ложными, что существуют некие моральные качества, являющиеся для моральных субъектов значимыми или незначимыми, чувствительными или нечувствительными, что моральные ценности открываются, а не создаются волей или эмоциональными реакциями» (Hepburn R. W. Moral Realism // The Oxford Companion to Philosophy / Ed. T. Honderich. New York, 1995. P. 596).

<sup>16</sup> Ср. точку зрения Джона Финниса, акцентирующего моральный реализм (Finnis J. Natural Law // Routledge Encyclopedia of Philosophy. London, 1998. P. 685), с позициями Р. Хиттингера, отрицающего принадлежность Финниса к естественно-правовой традиции, поскольку теория последнего не рассматривает «природу как в определенном смысле не что нормативное» (Hittinger R. A Critique of the New Natural Law Theory. P. 8), и Л. Уайнреба, который отождествляет естественное право с онтологически обоснованным объективным подходом к морали (Weinreb L. L. Natural Law and Justice. P. 97).

<sup>17</sup> Ср.: Moore M. S. Law as a Functional Kind // Natural Law Theory: Contemporary Essays / Ed. R. P. George. Oxford, 1992. P. 188, 192.

<sup>18</sup> См., напр.: Hart H. L. A. Essays in Jurisprudence and Philosophy. 1983. P. 10 (по описанию автора, естественно-правовая теория Финниса выступает «во многих отношениях скорее как дополнение позитивистской теории права, чем как ее соперница»); MacCormick N. Natural Law and the Separation of Law and Morals // Natural Law Theory: Contemporary Essays. P. 107, 109 (где описываются точки схождения современного юридического позитивизма и естественно-правовой теории Финниса); Raz J. The Morality of Obedience // Michigan Law Review. 1985. Vol. 83. P. 732, 739 (где утверждается: «ошибочно думать, что юридический позитивизм и естественно-правовые традиции по своей сути несовместимы»).

<sup>19</sup> См., напр.: Ross A. Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law // Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes / Eds. S. L. Paulson, B. Litschewski. 1998. P. 147–149.

<sup>20</sup> Austin J. The Province of Jurisprudence Determined. P. 157–159; Blackstone W. Commentaries on the Laws of England. P. 41.

<sup>21</sup> Fuller L. L. Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart // Harvard Law Review. 1958. Vol 71. N 4. P. 630–672; Hart H. L. A. Positivism and Separation of Law and Morals // Harvard Law Review. 1958. Vol 71. N 4. P. 593–629.

или Ганс Кельзен, выдвигающий свою «чистую» теорию права,<sup>22</sup> — считали свои построения реакцией на естественно-правовую теорию. Были ли они в этом неправы? Оказались ли все те комментаторы, что писали о «споре» между естественно-правовой теорией и юридическим позитивизмом, сбитыми с толку воображаемыми противоречиями там, где на самом деле никаких противоречий и не было, не говоря уже о спорах по их поводу?<sup>23</sup>

Возможно, границы и линии фронта между юридическим позитивизмом и естественно-правовой теорией следует проводить иначе, чем это делается в рамках традиционного воззрения. В одном из своих ранних и классических текстов Финнис предлагает вариант измененного местоположения спора: область небольших и как будто незначительных деталей построения теории.<sup>24</sup>

Финнис выступает с модификацией тезиса, впервые выдвинутого позитивистом Г. Л. А. Хартом. Харт предлагает важное усовершенствование юридического позитивизма в частности и правовой теории в целом, когда утверждает, что теории права должны учитывать точку зрения участника правовой системы и в действительности строиться вокруг этой точки зрения. Иными словами, они должны основываться на том значении, которое те или иные аспекты правовой системы имеют для ее участников, а не избирать квазинаучную перспективу полностью стороннего ей человека.<sup>25</sup>

Финнис соглашается с важностью построения теории вокруг внутренней точки зрения, но предлагает исправления в избранную Хартом позицию. Харт использует точку зрения участника, которые «принимают» правовую систему в том смысле, что они используют юридические правила в качестве критериев для руководства и для оценки своего собственного поведения и поведения других.<sup>26</sup> Но при этом Харт исходит из широкой трактовки природы и мотивов такого «принятия».<sup>27</sup> Финнис же полагает, что эта центральная точка зрения должна быть ограничена точкой зрения того участника, который (1) следует праву, поскольку (и, соответственно, только когда) право налагает (презюмируемые)

<sup>22</sup> Kelsen H. 1) Introduction to the Problems of Legal Theory. 1992. P. 7–8 (где дается определение «чистой теории права»); 2) The Idea of Natural Law // Kelsen H. Essays in Legal and Moral Philosophy. 1973. P. 27–60 (где противопоставляются юридический позитивизм и теория естественного права).

<sup>23</sup> Как будет показано далее в настоящей статье, существует действительный спор между юридическим позитивизмом и естественно-правовой теорией. В то же время можно с обоснованностью заключить, что некоторые позитивисты имеют неверное восприятие этого спора, основанное на карикатурных представлениях о естественном праве (кариатурах, возможно, обусловленных взглядами менее искусных сторонников юснатурализма; см., напр.: Blackstone W. Commentaries on the Laws of England).

<sup>24</sup> Finnis J. Natural Law and Natural Rights. P. 3–18.

<sup>25</sup> Hart H. L. A. The Concept of Law. 2<sup>nd</sup> ed. 1994. P. 55–58, 82–99 (где подчеркивается важность внутренней точки зрения при анализе обычных, правил и права). — См. также: Bix B. H. L. A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory // Southern Methodist University Law Review. 1999. Vol. 52. P. 167–199.

<sup>26</sup> Hart H. L. A. The Concept of Law. 2<sup>nd</sup> ed. P. 98.

<sup>27</sup> Ср.: «Их приверженность данной системе может основываться на множестве различных соображений: расчете долгосрочной выгоды, бескорыстной заинтересованности в благе других, неосознанной унаследованной или традиционной ментальной установке, копировании поведения других» (ibid. P. 203).

моральные обязанности подчинения и (2) чье суждение по этим тонким нравственным вопросам оказывается обоснованным (*good*).<sup>28</sup>

Предложенное Финнисом изменение в подходе Харта может показаться ничтожным, но оно имеет большое теоретическое значение. Ибо, по версии Харта, теоретик не выдвигает никаких суждений или оценок относительно моральной ценности той или иной практики (или же ее участников) — он лишь дает описание. Напротив, по версии Финниса, создание теории требует моральной оценки. Речь здесь, таким образом, идет о пересечении границы — Границы, разделяющей право и мораль.<sup>29</sup>

Эта небольшая деталь в построении теории возвращает нас к вопросу, который теперь мы рассматриваем в качестве центрального: возможно ли сколь-либо значимое изучение позитивного права в отрыве от моральных соображений? Ответ Финниса оказывается отрицательным: «Несмотря на то что человеческое право представляет собой артефакт и носит искусственный характер, а также не является следствием из моральных посылок, его установление и признание его установленности (*positivity*) (судьями, профессиональными юристами, гражданами, а отсюда — и учеными-сторонниками описательного и критического подходов) не могут быть поняты без обращения к моральным принципам, которые обосновывают и подтверждают его власть либо оспаривают его притязания».<sup>30</sup>

Когда Финнис пишет, что позитивное право «не является... следствием из моральных посылок», то акцент здесь нужно сделать на слове «является». Следуя Ф. Аквинскому, Финнис утверждает, что моральный законодатель будет определять то, какие положения подлежат введению в действие, преимущественно через дедукцию или выведение из морали («естественного права»). Иными словами, мораль важна при определении того, чем *должно* быть позитивное право.<sup>31</sup> Вместе с тем это совершенно иное заявление по сравнению с утверждением о возможности использования морали для определения или описания того, что на *данный момент* является позитивным правом конкретной правовой системы.

Сторонники юридического позитивизма обычно представляют свой догмат о разделении права и морали с точки зрения разграничения между приписываемым

<sup>28</sup> Finnis J. Natural Law and Natural Rights. P. 9–15. — См. также: Finnis J. Aquinas: Moral, Political and Legal Theory. New York, 1998. P. 257–258. — В последней работе Финнис заявляет, что «право “внутренне принимается” тогда, когда лицо охотно, быстро, с готовностью — а не просто под влиянием “идущих извне” мотивов страха наказания или надежды на вознаграждение — исполняет его требования не только согласно букве закона, но главным образом — в соответствии с намерением и замыслом законодателя по достижению общего блага. Такое положение вещей составляет “центральный случай” права, поскольку оно наиболее полно воплощает основополагающее представление о праве как о предписании разума (*reason*), посредством которого рациональные и по-настоящему сознательные и обоснованные практические суждения, касающиеся нужд общего блага всего сообщества, будучи установленными и одобренными законодателем, понимаются и принимаются гражданами в качестве *власти (imperium)* их собственного независимого индивидуального практического разума и воли» (ibid).

<sup>29</sup> Bix B. H. L. A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory. P. 184–186.

<sup>30</sup> Finnis J. The Truth in Legal Positivism. P. 205.

<sup>31</sup> Finnis J. 1) Aquinas: Moral, Political and Legal Theory. P. 266–272; 2) Natural Law and Natural Rights. P. 281–290; 3) The Truth in Legal Positivism. P. 196–203.

Рональду Дворкину, Харт выдвигает следующий тезис: «Существует постоянная потребность в некоей форме теории права или юриспруденции, описательной и общей по охвату, взгляд которой не является точкой зрения судьи, принимающего решение по поводу того, "в чем состоит право", т. е. того, что право требует в конкретных случаях... но выступает точкой зрения внешнего наблюдателя в отношении определенной разновидности социального инстинкта, имеющего нормативный аспект и демонстрирующего в своем повторении в различных обществах и эпохах множество общих черт формы, структуры и содержания».<sup>37</sup>

Позиция Харта заключается в том, что моральный анализ в рамках права и по отношению к нему может быть полезным и важным, но такая важность не отрицает ценности рассмотрения права с точки зрения социальной науки.

Вместе с тем следует отметить, что если Дворкин и может отрицать ценность подхода к праву со стороны социальной науки или социальной теории,<sup>38</sup> то кажется очевидным, что Финнис не выступает против такого подхода. В целом ряде случаев он дал ясно понять то, что «описательная социальная наука о праве», которая отчасти ведет свое начало от Макса Вебера и Аристотеля,<sup>39</sup> способствует более ясному обсуждению природы права.<sup>40</sup> Обращенные против Харта (и других представителей юридического позитивизма) возражения Финниса состоят не в том, что следует отказаться от попыток создания общей социальной теории права, но, скорее, в том, что от такой теории не следует ожидать ценностной нейтральности.

По убеждению Финниса, право нужно рассматривать в соединении с (моральным) идеалом, к которому оно стремится, и с (моральной) функцией, которую оно призвано осуществлять.<sup>41</sup> Нельзя полностью осмыслить деятельность,

<sup>37</sup> Hart H. L. A. Comments // Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart / Ed. by R. Gavison. Oxford, 1987. P. 35–36.

<sup>38</sup> Харт указывает, что «по-видимому, в своих книгах Дворкин исключает общую и описательную теорию права как вводящую в заблуждение или, в лучшем случае, как просто бесполезную» (Hart H. L. A. The Concept of Law. P. 242).

<sup>39</sup> Finnis J. Natural Law and Natural Rights. P. 3.

<sup>40</sup> Ibid. P. 3–19. — См. также: Finnis J. M. Problems of the Philosophy of Law // Oxford Companion to Philosophy. P. 468–469.

<sup>41</sup> Финнис так формулирует свою позицию: «Все же возможен ли описательный анализ природы права как инструмента без оценки различных целей и назначений, с которыми данный инструмент связан? Похоже, что нет. Ибо само существование права, как обязательного и авторитетного, так и определяющего надлежащие процедуры и требующего справедливого суда и основанных на истине решений, предполагает оценку и критику альтернативных социальных условий (анархии, деспотического господства). Как, тогда, возможно соответствующее внутреннее осмысление или анализ того, что характеризует морально иные правовые системы — объяснение того, почему право заслуживает своего места в любом действительно общем представлении о жизни человека в обществе — без его наличия того, как в самих характерных чертах права (даже в случае их несправедливого юридического использования) проявляется критическая оценка и ценностно-утверждающий конструктивный ответ на разного рода несправедливости и другие формы искажения человеческой добродетели, присутствующие в любом беззаконии?» (Finnis J. M. Problems of the Philosophy of Law. P. 469). В этом отношении взгляды Финниса сходятся с позицией Льюиса Фуллера (Fuller L. L. The Law in Quest of Itself. Chicago, 1940. P. 41) (где автор отмечает возможность попыток использования понятийных единств [как в юриспруденции, так и в

законности или юридической действительности и оценкой моральной ценности (юридических правил или правовой системы).<sup>39</sup> Это восприятие юридического позитивизма и его отличия от естественно-правовой теории связано с отождествлением (преимущественно теми юристами, которые не разделяют естественно-правовых воззрений) юснатурализма с фразой «*lex iniusta non est lex*»<sup>40</sup> (несправедливый закон законом не является).<sup>41</sup> Финнис хочет преобразовать наше обсуждение юридического позитивизма и разделения права и морали. Он настаивает на том, что теоретики естественного права никогда не отрицали расхождения между *позитивным* правом и моральной ценностью и что идея «*iniusta lex*», понимаемая надлежащим образом, никогда не утверждала обратного.<sup>42</sup>

Финнис настаивает на том, что наиболее значимым аспектом разделения права и морали выступает разграничение между *правовой теорией* и моралью-теорией. Как отмечалось ранее, вопрос, поднимаемый юридическим позитивизмом, заключается в том, является ли чисто понятийная или описательная теория права и обоснованной, и значимой.<sup>43</sup> Исходный небольшой по масштабу вызов Финниса, касающийся наилучшего способа построения «внутренней точки зрения» на правовую систему, может рассматриваться в качестве вызова позитивистской позиции именно в этом смысле. Если теория, оставляющая свою внутреннюю точку зрения без моральной оценки, оказывается заметнее хуже теории, которая такие оценки практикует, тогда ценностно-нейтральный подход к праву возможен, но он имеет лишь небольшое значение.

Юспозитивистский ответ на критику с моральных позиций зачастую заключался в утверждении важности объективной или (социальной) научной перспективы. Отвечая другому выдающемуся критику юридического позитивизма

<sup>39</sup> Ср.: «То, что стремились утвердить и Бентам, и Остин, сводится к следующим двум простым вещам: во-первых, в отсутствие четко выраженного конституционного или иного юридического положения из одного того факта, что некое правило нарушает стандарты морали, не может следовать, что оно не является правовым; и, наоборот, из одного того факта, что некое правило желательно с моральной точки зрения, не может следовать, что оно является правовым» (Hart H. L. A. Essays in Jurisprudence and Philosophy. P. 55). См. также приведенную выше цитату Остина.

<sup>40</sup> Ср.: «Образ естественно-правовой теории, на протяжении длительного времени господствовавший в юриспруденции, связывал ее определение с тезисом, согласно которому несправедливые законы с необходимостью не являются законами» (MacCormick N. Natural Law and the Separation of Law and Morals. P. 106).

<sup>41</sup> Данное выражение верно и даже в некотором смысле банально, если понимать его как утверждение о том, что несправедливые законы не являются законами «в полном смысле слова», поскольку они не порождают моральных обязанностей подчиняться им так, как это происходит в случае со справедливыми законами (Bix B. Jurisprudence: Theory and Context. P. 64–66; Finnis J. Natural Law and Natural Rights. P. 363–366; Kretzmann N. Lex Iniusta Non Est Lex: Laws on Trial in Aquinas' Court of Conscience // American Journal of Jurisprudence. 1988. N 33. P. 99).

<sup>42</sup> Finnis J. M. 1) Natural Law and Natural Rights. P. 363–366 (здесь анализируется идея «*lex iniusta*»); 2) The Truth in Legal Positivism. P. 203–204 (где автором признается разделение юридической действительности и моральной оценки).

<sup>43</sup> Используемое здесь обозначение теории как одновременно «и обоснованной, и значимой» призвано ответить на утверждение, согласно которому хотя теория, которая не включает в себя значимой моральной оценки, и была бы возможна, она не имела бы большой ценности, будучи существенно хуже теорий с подобным моральным содержанием.

связанную с определением оснований поведения, если не понять того, что значит, что нечто образует *надлежащее* основание для действия.<sup>42</sup> Можно воспринимать такой подход как телеологический, по меньшей мере в широком или метафорическом значении этого слова.<sup>43</sup> Продвигая этот подход к праву, Финнисс прекрасно вписывается в основное русло как классической, так и современной версий естественного-правовой теории, где подобный целестремительный или телеологический подход (к морали и/или к позитивному праву) мог бы быть связующей нитью между древними мыслителями, такими как Цицерон<sup>44</sup> и Фома Аквинский,<sup>45</sup> и множеством современных точек зрения, включая воззрения Рассела Хиттингера,<sup>46</sup> Фуллера<sup>47</sup> и самого Финниса.<sup>48</sup>

Полагаю, что изложенная позиция указывает нам на ту сферу, где в итоге можно начать спор между юридическим позитивизмом и теорией естественного права,<sup>49</sup> хотя, боюсь, что линии фронта здесь никогда не будут до конца четкими. Может ли кто-то с ясностью придерживаться точки зрения Раза, согласно которой построение теории носит оценочный, но не моральный характер?<sup>50</sup> Или придерживаться другого выдвинутого Разом положения: главным

политической теории] вне связи с теми целями, для служения которым они созданы»). См. также: *Vix B. Natural Law Theory: The Modern Tradition*. P. 22–31 (где рассматривается теория Фуллера). — Схожее положение разделяется и Нилом Маккормиком: *MacCormick N. Natural Law and the Separation of Law and Morals*. P. 110–118 (где анализируется «сущностная моральная устремленность законотворчества»).

<sup>42</sup> В контексте дискуссий о последующей трактовке злодеяний, узаконенных нацистским режимом, Лон Фуллер писал о «дилемме между соблюдением требований порядка, с одной стороны, и соблюдением требований надлежащего порядка — с другой» (*Fuller L. L. Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart*. P. 657). Из текста других сочинений Фуллера очевидно, что к этому он также мог бы добавить и то, что трудно понять идею «порядка» без четкого представления о том, что является «надлежащим порядком». См. об этом: *Winston K. I. The Ideal Element in a Definition of Law // Law and Philosophy*. 1986. N 5. P. 89 (где рассматривается подход Фуллера к праву).

<sup>43</sup> Об использовании телеологических объяснений см.: *Wright G. H. von. Teleological Explanations*. Berkeley, CA, 1976. — Не все телеологические объяснения являются моральными. Например, вполне может быть так, что нельзя правильно понять некую игру, не зная целей игроков, но (для большинства игр) эти цели не имеют морального статуса или природы. Утверждение Финниса состоит не только в том, что право имеет некую особую цель или устремление, но и в том, что такая цель или устремление являются моральными.

<sup>44</sup> *Cicero. The Republic*. Book. 3. Par. XXI, 33 // *Cicero. De Re Publica, De Legibus / Eds. T. E. Page et al.; Trans. C. W. Keyes*. London, 1928; *Cicero. The Laws*. Book. II. Par.V, 11–12 // *Ibid.*

<sup>45</sup> *Aquinas Saint Thomas. The Treatise on Law*.

<sup>46</sup> *Hittinger R. A Critique of the New Natural Law Theory*.

<sup>47</sup> *Fuller L. L. The Morality of Law*. Rev. ed. New Haven, 1969.

<sup>48</sup> Более подробное рассмотрение данной связи представлено в работе: *Vix B. Natural Law Theory: The Modern Tradition*.

<sup>49</sup> Следует уточнить, что могут быть и иные способы обоснования центральной роли морали или моральной оценки в понимании права или создания правовой теории и что, соответственно, существуют иные формы естественно-правовой критики, обращенные к юридическому позитивизму. Ярким примером последнего служит теория права Р. Дворкина (*Vix B. Natural Law Theory // A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. P. 223, 234–237).

<sup>50</sup> *Raz J. 1) Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics; 2) Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison*.

для природы права является притязание правовых систем на то, чтобы быть (легитимной) властью, хотя в реальном мире это удается лишь немногим (если удастся вообще)?<sup>51</sup> Можем ли мы построить теорию вокруг стремления *Быть* легитимной властью, не ставя моральный вопрос о том, что означает быть легитимной властью (и что должно следовать из ситуации, когда правовые системы не соответствуют этому образцу)?

Отчасти эти вопросы обращают нас к тому, чем, с точки зрения самих теоретиков права, они занимаются. Позиция сторонников естественного права выглядит сравнительно ясной. Центральным вопросом здесь состоит в том, как нужно жить, и присутствие или отсутствие права (равно как и присутствие или отсутствие *надлежащего* права), конечно, влияет на подобные исследования. У социолога и историка также может быть четкое видение собственных проектов; у каждого из них может иметься ясное и обоснованное представление о том, почему моральная оценка не играет какой-либо роли в проводимом им научном (или квазинаучном) сборе данных.<sup>52</sup> Однако сторонники юридического позитивизма всякий раз претендовали на то, что они делают нечто большее, чем просто сбор данных, и при этом нечто отличное от того, чтобы говорить людям, как нужно жить. Вместе с тем позитивисты не всегда выражались достаточно ясно и прямо относительно точной природы и статуса собственных утверждений.<sup>53</sup> Когда они четко выражают свою позицию, можно увидеть, насколько отличаются их построения не только от теоретиков естественного права, но также и друг от друга. Например, юридический позитивизм Раза предполагает понятийный анализ (нашего) понятия права.<sup>54</sup> В противоположность этому юридический позитивизм Кельзена представляет собой неокантианскую попытку показать, что следует из того факта, что люди в действительности рассуждают определенным — правонормативным — образом.<sup>55</sup> Вполне возможно, что эти и другие виды проектов в рамках лагеря сторонников юридического позитивизма не нуждаются в моральной телеологии.

<sup>51</sup> *Raz J. Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. P. 215–216. — В дальнейшем Раз выводит из этого утверждения важные аспекты своей теории права (*Ibid.* P. 216–220).

<sup>52</sup> Я отдаю себе отчет в том, что даже здесь сторонники герменевтики и других теоретических воззрений выступили против чисто описательного или, иначе, ценностно-нейтрального подхода к истории и социальным наукам: *Winch P. The Idea of a Social Science and Its Relation to Philosophy*. London, 1958 (где автор обосновывает герменевтический подход к социальной теории).

<sup>53</sup> Некоторые из этих вопросов я рассматривал более подробно в других своих работах: *Vix B. 1) Jurisprudence: Theory and Context*. P. 9–28 (где обсуждается проблематика, связанная с понятийными вопросами в юриспруденции); 2) *On Description and Legal Reasoning // Rules and Reasoning: Essays in Honour of Fred Schauer / Ed. by L. Meyer*. Oxford, 1999. P. 7–28.

<sup>54</sup> *Raz J. Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, P. 9 (здесь автор рассуждает о понятийном анализе в теории права в ходе рассмотрения дискуссии между Дворкиным и Хартом).

<sup>55</sup> *Paulson S. L. Introduction // Kelsen H. Introduction to the Problems of Legal Theory*. P. XVII, XXIX–XLII (где обсуждается неокантианская или репрессивная аргументация Кельзена). — См. также: *Vix B. Jurisprudence: Theory and Context*. P. 51–59 (где обобщаются взгляды Кельзена).

Раньше считалось общепринятым, что расхождения между теорией естественного права и юридическим позитивизмом касались юридической или моральной действительности несправедливых действий должностных лиц (*official acts*). Сегодня теоретики обоих направлений показали, что фактически по этому вопросу имеет место скорее согласие, чем расхождение во взглядах. В прояснении этого вопроса Финнис принял самое активное участие. Он также сыграл важную роль в определении истинных границ спора между теорией естественного права и юридическим позитивизмом: он оспаривает жизнеспособность и ценность описательных и понятийных трактовок права, которые не включают в себя моральную оценку. Финнис выдвинул тезис, согласно которому право может быть понято только посредством телеологического анализа, основанного на морали. Это серьезный вызов, обращенный в самую сердцевину юридического позитивизма, и будет интересно посмотреть на то, какой ответ здесь сможет предложить юридический позитивизм. Такой ответ может появиться на метаэтическом уровне, с опорой на заявления о разных целях естественного-правового и юридико-позитивистского теоретизирования и о различном статусе выдвигаемых ими утверждений.

**Право естества:  
в попытках переосмысления естественного права**

Едва ли какая-либо философско-правовая проблема вызывает большее раздражение современных правоведов, нежели «естественное право». Кажется бы, все «за» и «против» уже давно сказаны, «дихотомия естественного и позитивного права» успешно преодолена,<sup>1</sup> а сама тема достойна разве что курсовой работы студента.

Все это верно. Естественно-правовая проблема уже получила надлежащую разработку — в свое время. Однако особенностью всякого подлинного философствования является то, что «вечными» являются не ответы, хотя бы и даные самыми авторитетными мыслителями, а вопросы. Как удачно замечает по этому поводу Хайдеггер, «философия — умение говорить то же самое о том же самом».<sup>2</sup> Или, другими словами, «философия, если не выпускает из виду своего существа, вообще не делает шагов вперед. Она шагает на месте, всегда осмысливая то же самое».<sup>3</sup>

\* Стомба Алексей Вячеславович — кандидат юридических наук, доцент философского факультета Харьковского национального университета им. В. Н. Каразина (stomba34@mail.ru).

<sup>1</sup> В современной западной философии права один из наиболее ярких примеров этого: *Kaufmann A. Ontologische Struktur des Rechts // Rechtsphilosophie im Wandel. Frankfurt/M, 1972. S. 104–134* (русский перевод: *Кауфманн А. Онтологическая структура права // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. 151–174.* — См. также предисловие к данной работе: *Стовба А. В. Артур Кауфманн: в поисках «целого права» // Там же. С. 144–150.* — Также попытку превосходения оппозиции естественного и позитивного права через концепт правовой реальности см.: *Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. Харьков, 2002.* — К преодолению ее посредством интракоммуникативной теории права // *Российский ежегодник теории права*, или как возможна (и сл.). Кроме того, следует отметить, что в современной философии права наблюдается тенденция замены так называемой «классической противоположности» естественного/позитивного права на иные, «неклассические». Так, известный немецкий правовед Р. Алекси видит двойственную природу права не в его естественности либо позитивности, но в том, что он именует фактическим и идеальным (критическим) измерениями права. Подробнее см.: *Alexy R. The Dual Nature of Law // IVR 24<sup>th</sup> World Congress «Global Harmony and Rule of Law», Papers of the plenary session. Beijing, 2009. P. 257–274* (см. перевод данной статьи в настоящем номере Ежегодника. — *Прим. ред.*).

<sup>2</sup> *Heidegger M. Zollikon seminars. Protocols — Conversations — Letters. Evanston, 2001. P. 24.*

<sup>3</sup> *Хайдеггер М. Письмо о гуманизме // Хайдеггер М. Время и бытие. М., 1993. С. 204.*