

5. Заключение. Настоящая статья представляет собой своего рода защиту правового позитивизма или, скорее, особого типа правового позитивизма. Такой позитивизм основывается на идее, согласно которой правовые и нравственные обязанности должны быть четко разграничены. И то, что существует правовая обязанность выполнить некое действие, не дает оснований для предположений о том, что дело касается неких нравственных обязанностей. Теория права занимается правовыми обязанностями (и правомочиями), но не может ничего сказать о наших нравственных обязанностях и даже о нравственных обязанностях судьи. Именно самому судье в случае конфликта между его правовыми и нравственными обязанностями предстоит решать, как действовать; согласно его правовым обязанностям (пренебрегая нравственными обязанностями) или согласно его нравственным обязанностям, оставляя в стороне обязанности правовые. А это означает, что правовые обязанности не являются решающими причинами для действия. Такими решающими причинами выступают нравственные обязанности, но только для тех, кто принимает данные обязанности в качестве нравственных. Поскольку я не верю в то, что существуют объективные критерии для определения того, что существует и некий объективный критерий для определения того, что является нравственно правильным. Но если человек считает, что его нравственная обязанность состоит в том, чтобы оставить в стороне свои правовые обязанности, то он и должен действовать соответственно. Достаточно любопытно, что некоторые авторы, особенно Кельзен, отрицают возможность конфликта между правовыми и нравственными обязанностями. Данный факт подчеркивает ту ошибку, на которой основывается большая часть философии права и которую я попытался прояснить в настоящей работе.

М. В. Антонов,^{*}
С. Н. Касаткин^{**}

Перспективы изучения естественного права в рамках правовой концепции Брайана Бикса

В англоязычном научном мире имя Брайана Бикса (*Brian Bix*) хорошо знакомо тем, кто занимается теоретическими проблемами правоведения. После окончания Гарвардского университета Бикс под руководством Джозефа Раза в Оксфордском университете готовит и защищает в 1991 г. диссертацию по проблемам лингвистического анализа права, которая была издана в 1993 г. под названием «*Law, Language, and Legal Determinacy*»¹ и сразу принесла автору достаточно широкую известность. Интересно отметить, что долгое время после окончания Университета и в период подготовки диссертации (с 1987 по 1995 г.) Бикс занимал должности в судебных органах, пока в 1995 г. не был приглашен на преподавательскую работу в Университет Квиннипак (штат Коннектикут, США). Перу этого ученого принадлежат несколько интересных монографических исследований, среди которых стоит особенно назвать «*Jurisprudense: Theory and Context*» (1996) — книгу, переизданную пять раз.² С 2002 г. Брайан Бикс является профессором Университета штата Миннесота (США), при этом мыслителю удается успешно совмещать преподавание сразу трех курсов — философии права, семейного права и договорного права.

Такая связь с «живым правом» — сначала благодаря юридической практике в судах, а затем через лекции и многочисленные публикации по договорному и семейному праву — делает рассуждения этого ученого особенно интересными в плане нахождения точек взаимодействия между теорией права и юридической практикой. Не стоит думать, что такое взаимодействие достигается за счет упрощения теоретических вопросов, перевода их в статус прикладных проблем отраслевых дисциплин — работы Бикса по философии права и отраслевым дисциплинам напрямую не сопрягаются между собой (в плане взаимных отсылок, общей методологической базы и т. п.). Ученый хорошо понимает

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

** Касаткин Сергей Николаевич — кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Самарской гуманитарной академии, сотрудник Исследовательского центра философии права и теоретической юриспруденции (г. Самара).

¹ *Bix B. Law, Language, and Legal Determinacy*. Oxford, 1993.

² *Bix B. Jurisprudence: Theory and Context*. [1 ed.] Carolina, 1996 [5 ed. London, 2009].

разность методов теории (философии) права и таких отраслевых наук, как семейное или договорное право, а также разнородность обсуждаемых проблем. В этом смысле он делает особый акцент на дифференциации различных подходов к праву и в то же время стремится к совмещению таких подходов в перспективе, которая могла бы быть актуальной для решения практических задач правоведения.³ Этот интегративный проект современного правоведения Бикс рассматривает прежде всего в ракурсе переосмысления и частичного отказа от традиционных делений научных традиций и направлений, что позволит теоретикам непредвзято исследовать феномен права в его конкретных проявлениях.

Право учений определяет с чисто эмпирических позиций — как «практику регулирования поведения, где такое регулирование осуществляется в первую очередь через общие правила, которые толкуются и применяются иерархически организованной системой судов».⁴ Это (повторяемое во многих работах в разных терминах, но воспроизводящее одну и ту же логику) определение отражает суть подхода Бикса к праву: прагматический, эмпирически верифицируемый, ориентированный на практику. Вместе с тем американский ученый подчеркивает значимость и теоретического анализа права, поскольку любая дискуссия о предмете предполагает предварительное определение, очерчивает границы понятия этого предмета.⁵ Именно этот аспект концепции Бикса делает ее особенно интересной в плане изучения тех трудностей, которые встают на пути подобного «разнородного» анализа права. Внимание мыслителя обращено сразу на несколько ключевых проблем правоведения, в частности на те концептуальные вопросы, которые возникают вокруг естественно-правовой доктрины, чему и посвящена приводимая ниже статья.⁶

Здесь Бикс использует свой обычный исследовательский прием сопоставления (на примере концепции Дж. Финниса) двух разных перспектив видения права (юснатурализма и юсупозитивизма), проводит между ними аналогии и указывает на их различия, с тем чтобы выявить сильные и слабые места каждого из подходов. Данная статья вписывается в рамки более широкого обобщения доктрины естественного права, продолженного ученым в объемной статье «Естественное право: современная традиция»,⁷ которая вышла в свет в 2003 г., но была подготовлена автором к печати в 2000 г., как это следует

³ Особенно показательна в этом плане ключевая работа мыслителя «Юриспруденция: теория и контекст» (*Bix B. Jurisprudence...*). См. также: *Bix B. Conceptual Jurisprudence and Socio-Legal Studies // Rutgers Law Journal*. 2000. N 32. P. 227 ff. — При этом «совмещение» перспектив исследования предполагается не через создание некоей всеобъемлющей «интегративной» методологии, а в форме разнородного анализа права — как понятия, социального явления, нормативного предписания и т. п. (*Ibid.* P. 232 ff).

⁴ *Bix B. Law as an Autonomous Discipline // The Oxford Handbook of Legal Studies / Eds. P. Cane, M. Tushnet*. Oxford, 2003. P. 986.

⁵ Ср.: «Мы не должны отказываться от теоретизирования только потому, что некоторые теории несут с собой нежелательный метафизический багаж» (*Bix B. Conceptual Jurisprudence and Socio-Legal Studies*. P. 236).

⁶ *Bix B. On the Dividing Line Between Natural Law Theory and Legal Positivism // Notre Dame Law Review*. 2000. N 75. P. 1613–1624.

⁷ *Bix B. Natural Law Theory: The Modern Tradition // The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy / Eds. J. L. Coleman, S. Shapiro*. Oxford, 2002. P. 62–103.

из ссылки в статье «О разграничительной черте между теорией естественного права и юридическим позитивизмом».

В названных работах Бикс ставит вопрос о тех перспективах, в которых естественно-правовая теория может быть актуальна для современного правоведения. Мыслитель придерживается строго прагматического и инструментального подхода к естественному праву, понимая его как историческое явление, как общий термин, «ярлык» для обозначения «способа систематического рассуждения о взаимосвязях между космическим порядком, моралью и правом».⁸ Представленного разнообразными социальными, моральными, политическими, юридическими воззрениями. Содержательно они могут соотноситься с признанием объективного характера ценностей и их доступности человеческому разуму либо с различными объяснениями слова «естественный», когда моральные принципы вычитываются из нормативно понимаемого природного порядка, Вселенной, увязываются с природой человека (его базовыми характеристиками или божественным предназначением), с присутствием ему знаний некоей моральной истины и т. д.⁹ Телеологически/институционально они могут выступать в качестве моральной теории, эпистемологии или концепции права.¹⁰ Отсюда, отмечает Бикс, в самом широком (метафорическом) смысле общим для данных концепций является обращение (в противовес конвенциональному, установленному праву) к чему-то более высокому или фундаментальному, что руководит, управляет, возможно, выступает целью или ориентиром: «В волонтеристских формах <...> естественно-правовой теории это божественный призыв, создающий моральные стандарты; в некоторых формах томизма — идеал, к которому стремятся люди в силу своей природы; в современных теориях естественного права — тот смысл, в котором конвенциональные юридические нормы суть подобия того, что есть право на самом деле (Рональд Дворкин), или того, чем право должно стараться быть (Лон Фуллер)», когда позитивное право трактуется по аналогии с правом естественным как несовершенная версия последнего.¹¹ С этих позиций для юснатурализма характерно признание некоей базовой моральной установки, исходя из которой рассматривается и (критически) оценивается действующее право: «В юридическом сообществе под “естественно-правовой” стали понимать любую теорию, в которой моральное оценивание полагается центральным или необходимым для определения содержания правовых норм, оценки юридического статуса конкретных правил или нормативных систем либо для анализа природы права».¹²

По мысли Б. Бикса, объединение в современном (прежде всего англоязычном) правоведении столь многообразных подходов под единым термином обусловливается тем, что именно юридический позитивизм предопределил программу многих сегодняшних дискуссий в юриспруденции, отстаивая при этом морально-нейтральный подход к решению различных юридических вопросов.¹³

⁸ *Ibid.* P. 61.

⁹ *Ibid.* P. 64–65.

¹⁰ *Ibid.* P. 61, 99.

¹¹ *Ibid.* P. 66.

¹² *Ibid.* P. 97–98.

¹³ *Ibid.* P. 99.

Отсюда неслучайно, что современные версии юснатурализма сосредоточены не столько на этике и метаэтике, сколько на исследовании природы (позитивного) права, выступая здесь конкурентами и оппонентами юсупозитивизма, принимая его постулаты в качестве одной из отправных точек своих рассуждений.

Бикс обращается к анализу концепций ведущих представителей естественно-правового подхода (Л. Фуллера, Р. Дворкина, Дж. Финниса¹⁴ и пр.), сопоставляя их со взглядами Г. Харта, Дж. Раза и других лидеров современного юридического позитивизма. Как отмечает исследователь, ключевым в определении сегодняшних границ между юридическим позитивизмом и теорией естественного права является выдвинутый Г. Хартом тезис о понятийном разделении права и морали: вопрос определения чего-либо в качестве права (правовой нормы или системы) понятийно обособлен от установления его моральной ценности; иначе говоря, моральные требования не являются обязательным/необходимым критерием юридической действительности в правовой системе.¹⁵ Соответственно, образцом для позитивизма выступает общая, описательная, во многом эмпирическая, морально нейтральная правовая теория. Отталкиваясь от названных позиций и разграничений, предстатели современного концепций юснатурализма указывают на невозможность понятийного различения права и морали и, как следствие, на проблемность ценностно-нейтрального правового теоретизирования. Так, Л. Фуллер указывает на неудовлетворительность юсупозитивизма, трактующего право в качестве обособленного объекта, тогда как его правильнее рассматривать как процесс или функцию: как проект и практику подчинения человеческого поведения правилам, целью которых является сосуществование и сотрудничество людей, осуществление начал справедливого общества. Отсюда право (правовая система) невозможно и непонятно вне его телеологии (внешней морали сообщества) и — что особенно акцентируется Фуллером — его институциональной, процедурной организации (внутренней морали), а посему видится некорректным проводимое позитивизмом (онтологическое и понятийное) разграничение морали и права.¹⁶ Последнее положение разделяется и Рональдом Дворкиным, сосредоточивающим свое внимание на принятии юридического (судебного) решения и в первую очередь на толковании. По его убеждению, и определение того, что право требует в конкретном случае, и постижение феномена права в целом предполагают нахождение судьей/теоретиком такой интерпретации, которая наилучшим образом соответствует существующему юридическому материалу (конституционному тексту, законодательным актам, судебным прецедентам), и обеспечивает его наилучшее моральное оправдание.¹⁷

¹⁴ Повторяя применительно к этому автору свои суждения, высказанные в работе «О разграничительной черте между теорией естественного права и юридическим позитивизмом», но помещая их в более широкий исследовательский контекст (Ibid. P. 85–89).

¹⁵ Ibid. P. 75. — См. также: Харт Г. Л. А. Позитивизм и разграничение права и морали // Правоведение. 2005. № 5. С. 104–136; Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб., 2007; Hart H. L. A. The Concept of Law. 2nd ed. / With Hart's Postscript; Eds. P. Bulloch and J. Raz. Oxford, 1994.

¹⁶ Bix B. Natural Law Theory: The Modern Tradition. P. 77–82. — См. также: Фуллер Л. Позитивизм и верность праву: Ответ профессору Харту // Правоведение. 2005. № 6. С. 124–159; Фуллер Л. Мораль права. М., 2007.

¹⁷ Bix B. Natural Law Theory: The Modern Tradition. P. 82–85. — См. также: Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004; Dworkin R. Law's Empire. Cambridge, Mass., 1986.

Анализируемая в публикуемой статье Бикса концепция Джона Финниса имеет особое значение: она продолжает традиции классических теорий естественного права (в частности, воззрений Фомы Аквинского), учитывает современные разделения между юсупозитивизмом и юснатурализмом, а также по-новому взглянуть на существо и границы данного спора. С одной стороны, Финнис признает достижения и победы юсупозитивизма, утверждает, что теория естественного права способна принять и подтвердить большинство постулатов юридического позитивизма,¹⁸ в частности объяснение им существующих систем правовых норм, их юридической действительности.¹⁹ Философ принимает и герменевтический подход Харта (его концепт «внутренней точки зрения» на правила, их принятия в качестве стандартов поведения), а также допускает возможность обособленного изучения права и морально-нейтральной правовой теории. Вместе с тем, постулируя систему базовых очевидных ценностей, благ, Финнис указывает на необходимость права как социального способа их обеспечения, отстаивает телеологическую, инструментальную трактовку природы права, его рассмотрение в наиболее полных форме и значении. С этих же позиций он сужает и усиливает трактовку «внутренней перспективы» правового деятеля, рассматривая ее не просто в качестве абстрактного основания поведения, но и как надлежащее для него самого лица основание, т. е. оцененное и отобранное им, имеющее для него соответствующее (моральное) оправдание и вызывающее подлинные (моральные) обязанности. Отсюда проведены черты между правовым и неправовым, само обнаружение права как феномена социального с неизбежностью требует (моральной) оценки, осуществлению и практическим субъектом, и теоретиком права. Осмысление права как элемента более общего нормативного предпрятия, как института, обеспечивающего надлежащие поведенческие основания, составляет «центральный случай» права, раскрытием которого и должна заниматься ценностная нейтральная теория права. С этих позиций провозглашаемая ценностная нейтральность юсупозитивизма ограничивает его «периферийным случаем» права и, таким образом, уменьшает его объяснительный потенциал.²⁰

Кажется, именно концепция Финниса, который гораздо более четко и последовательно вскрывает методологические расхождения между юридическим позитивизмом и теориями естественного права, ближе Биксу, также работающему на метатеоретическом уровне. Перенос названной полемики в методологическое поле, методологизация спора — это то, что видится наиболее значимым для американского исследователя, то, что позволяет, с одной стороны, лучше понять современное состояние анализа юсупозитивизма, с другой — найти новые пути их соприкосновения. Отмечая наметившееся сближение этих направлений, Бикс вслед за Финнисом воспроизводит тезис о совместимости современных теорий естественного права и юридического

¹⁸ Finnis J. The Truth of Legal Positivism / The Autonomy of Law: Essays in Legal Positivism / Ed. R. P. George. Oxford, 1996. P. 195–214, 203–205.

¹⁹ Finnis J. On the Incoherence of Legal Positivism // Notre Dame Law Review. 2000. Vol. 75. P. 1597–1611.

²⁰ Bix B. Natural Law Theory: The Modern Tradition. P. 85–89.

позитивизма.²¹ 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.²² 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».²³ 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.²⁴ 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.

²¹ 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.

²² Bix B. *Natural Law Theory: The Modern Tradition*. P. 99.

²³ Ibid. P. 100.

²⁴ 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.¹ Эта теория имеет достаточно развитую традицию; в рамках данной традиции Финнис занимает несколько дискуссионную и, можно сказать, постороннюю по отношению к ней позицию.² 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.³ 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 пересформулирования 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.

¹ Finnis J. *Natural Law and Natural Rights*. New York, 1980.

² 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).

³ 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.