

СТРАСТИ ПО МОРАЛИ И ЮРИДИЧЕСКИЙ ПОЗИТИВИЗМ: ОТВЕТ АНТОНУ ДИДИКИНУ

В статье рассматривается вопрос о необходимой связи между явлениями права и морали. Предлагается и обосновывается новая классификация современных философско-правовых теорий, основанная на различии «диетического» и «калорийного» взглядов на вопрос о том, в какой степени содержание закона должно соответствовать моральным требованиям, чтобы он обладал надлежащей юридической силой. Предлагается критический анализ «диетических» взглядов, основанных на утверждении, что закон может иметь любое содержание, в том числе абсолютно аморальное [так называемый «тезис об отделении»].

Ключевые слова: юридический позитивизм, естественное право, закон, мораль, тезис об отделении, тезис об отделении, диетические и калорийные теории.

*Закон правит лишь в той мере,
в какой он существует как закон.*
Найджел Саймондс

*Крайняя несправедливость
делает закон недействительным.*
Густав Радбрух

Lex iniusta non est lex.
Фома Аквинский

*Мертва мораль без права,
а право без морали слепо ...*
Парафраз высказывания Иммануила Канта

1. Юридическое либретто: The Hart-Fuller Debate. Вопрос об отношении морали и права является одной из узловых проблем современной аналитической философии права¹ [ср. с этим: 6, р. 162; 7, с. 3]. Философские дебаты вокруг этой проблемы обычно трактуются как открытое идейное противостояние двух наиболее влиятельных традиций юриспруденции — естественного права (Natural Law / Naturrechts) и юридического позитивизма (Legal Positivism / Rechtspositivismus). Естественное право настаивает, что между моралью и правом непременно существует необходимая связь. Мир морали скрывается в самом понятии закона, и юридическая действительность того или иного правового положения зависит от степени его соответствия конкретным моральным принципам (или, строго говоря, нашим концепциям справедливости). Закон, грубо нарушающий эти принципы, независимо от своего источника, с точки зрения своей законности является недействительным. Юридический позитивизм,

напротив, наличие такой связи отрицает [например, см.: 1, с. 179; 8, с. 187–188; 9, с. 240; 10, с. 437; ср. с этим: 7, с. 23; 11, р. 417–418; 12, р. 223; 13, р. 140–141; 14, с. 890; 15, р. 167; 16, р. 609; 17, р. 18; 18, р. 111; 19, р. 1037; 20, р. 228, 230; 21, р. 8; 22, с. 89]. Юридическая действительность закона никак не связана с миром морали². Законы должны определяться как действующие правовые нормы ссылками на эмпирически доступные источники нашего законодательства³ (судебные решения, кодексы или обычаи). Моральные достоинства или недостатки этих источников⁴ не имеют никакого значения и никак не влияют на процессы их признания в качестве действительных источников правовых положений [ср. с этим: 24, р. 199–200; также см.: 25, р. 1620; 26, р. 104; 27, р. 135–136].

В своей недавней статье [28] я предложил альтернативный взгляд на многолетние дебаты об отношении морали и права, которые развернулись во второй половине XX века между теориями естественного права и юридического позитивизма⁵. Моей целью было желание показать существенные ограничения, с которыми на практике могли бы столкнуться теории юридического позитивизма (и прежде всего оксфордская модель права Харта-Раза). Это должно было привлечь внимание философии права к достижениям современной аналитической этики, которая, на мой взгляд, располагает эффективными средствами для устранения негативных последствий и причин подобных ограничений. Антон Дидикин представил ряд критических замечаний относительно предложенной мной философско-правовой альтернативы [29], основная суть которых сводится к следующему: (Д1) в юридическом позитивизме идея верховенства права является

ся императивом сугубо правовым, а не моральным (или политическим); (Д2) поскольку мораль и право — два разных регулятора человеческого поведения; (Д3) моральная нейтральность должна трактоваться нами как базовая юридическая ценность — именно она позволяет нам исключить необоснованные интерпретации законов, нагруженные посторонними для юридической практики смыслами (религиозными, политическими и др.); (Д4) деление аналитических теорий права на морально-«диетические» и морально-«калорийные» противоречит традиционным способам демаркации теорий естественного права и юридического позитивизма; (Д5) мысленный эксперимент с правовыми нормами вымышленного общества Z не может служить контрпримером для теорий юридического позитивизма, так как используемые в нем юридические формулировки законов морально (и даже религиозно) перегружены⁶.

В ответ на эти замечания в разделе 2 я рассмотрю возможность, разумность и обоснованность демаркации морально-«диетических» и морально-«калорийных» теорий права, — демаркации, которая в своих границах не совпадает с привычным делением юриспруденции на естественное право и юридический позитивизм. В разделе 3 будет затронуты вопросы практической необходимости моральных суждений для процессов принятия судебного решения. В разделе 4, опираясь на рассуждения двух предыдущих разделов, я представлю дополнительный аргумент принципиальной неустранимости моральных суждений из анализа правовых феноменов. В разделе 5 будет показана очевидная слабость языковых спекуляций юридического позитивизма над понятием несправедливого закона. И, наконец, в заключительном разделе будут сделаны некоторые общие выводы, резюмирующие мой альтернативный взгляд на отношения морали и права.

2. «Диетические» vs. «калорийные» теории права ≠ юридический позитивизм vs. естественное право. В своей простейшей форме юридический позитивизм в вопросах отношений морали и права утверждает безоговорочный приоритет моральной нейтральности, ибо сумма общественных стандартов, которые он преследует на практике, не должна зависеть от существования каких-либо сомнительных метафизических сущностей, вроде морали⁷. Именно поэтому тезис об отделении морали от права (The Separation Thesis) рассматривается как достаточно надежный концептуальный маркер, позволяющий четко разграничить области, занимаемые различными доктринами юридического позитивизма и теориями естественного права. Некоторые исследователи, однако, сомневаются, что этот тезис, в конечном счете, является эффективным способом объяснения, что же такое юридический позитивизм [24, р. 223; 25, р. 1618, 1624; 30, р. 152; 31, р. 574; 32, р. 1162–1163; также ср. с этим: 12, р. 250, 252; 18, р. 113; 33, р. 635; 34, р. 1, 3–4, 69–70; 35, р. 119–120]. Во-первых, есть неустраняемая двусмысленность и даже откровенная путаница в понимании и толковании предъявляемых этим тезисом требований. С одной стороны, они могут быть истолкованы как жесткие экзистенциальные суждения о том, что право и мораль *существуют* в нашем мире раздельно, с другой — иметь более мягкие формы толкования, если мы склонны рассматривать их как полезные практические суждения о том, что право и мораль *могут быть* отделены

друг от друга⁸. Если такие требования носят дескриптивный характер, используемые нами критерии для определения действительности и содержания закона должны быть морально нейтральными тестами: существование закона и его юридическая сила, в конечном счете, зависят либо от одних только исторических фактов⁹ (The Pedigree Thesis), либо также и от некоторых фактов психологии и поведения людей¹⁰ (The Social Thesis). Если же такие требования служат прескриптивным целям: критерии действительного закона не только включают в себя конкретные моральные тесты, но и сами действующие правовые системы позволяют моральным суждениям играть в судебном процессе важную роль. Во-вторых, нет ясного понимания, действительно ли тезис об отделении (независимо от того, как именно мы истолковали его требования) является фундаментальной характеристикой юридического позитивизма. Казалось бы, в таком простом вопросе исследователи так и не приблизились к всеобщему согласию. Напротив, здесь мы видим конкуренцию взаимоисключающих мнений, когда, с одной стороны, нам говорится о том, что «... тезис об отделении, если его правильно истолковать, не может быть полезной характеристикой юридического позитивизма, поскольку практически никто — не важно, позитивист или нет — его не отвергает» [30, р. 152]; с другой же — утверждается абсурдность этого тезиса¹¹ и то, что «ни один известный философ права никогда не поддерживал его в таком виде» [24, р. 223].

Чтобы избавиться от недостатков традиционной типологии, мной был предложен [28, с. 72] собственный оригинальный способ демаркации существующих правовых теорий на «диетические», которые полностью исключают из юридической действительности любые формы морального интереса к праву как нерелевантные, и «калорийные», заявляющие о необходимости моральной детерминации всех значимых правовых феноменов (общих принципов права, конституционных норм, правил признания, судебного усмотрения и др.). На первый взгляд может показаться, что привычные ярлыки «юридический позитивизм» и «естественное право» здесь просто заменены на новые. Однако это не так. Надежным фундаментом для моей типологии правовых теорий может стать концепция американского философа права Дэвида Бринка [подробнее см.: 44; 45]. В своем анализе традиций естественного права и юридического позитивизма он отделяет вопросы юридической силы, представляющие собой возможные описания условий существования действующего права, от вопросов юридической интерпретации, понимаемой как особая практика вынесения судебного решения¹². Это значит, что следует строго различать и независимым образом оценивать две отдельные и вполне самостоятельные линии дебатов по проблеме отношений морали и права, развернувшихся между сторонниками естественного права (NL) и юридическими позитивистами (LP), одна из которых связана с вопросами юридической силы (NL1 / LP1), а другая — с вопросами судебных решений (NL2 / LP2) [подробнее см.: 44, р. 365; 45, р. 171; также ср. с этим: 47, р. 163–165]. NL1 утверждает, а LP1 отрицает, что мораль является необходимым и, возможно, даже достаточным условием законности требований, налагаемых нашими юридическими нормами¹³. NL2 утверждает, а LP2 отрицает, что содержание правильного (или оправданного) судебного решения должно в некото-

ВОПРОСЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ СИЛЫ THEORY OF LEGAL VALIDITY		
	ЮРИДИЧЕСКИЙ ПОЗИТИВИЗМ LP1	ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО NL1
ЮРИДИЧЕСКИЙ ПОЗИТИВИЗМ LP2	ОСТИН КЕТЗЕН ХАРТ РАЗ ЛЕЙТЕР ДИЕТИЧЕСКИЕ	?
ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО NL2	ДВОРКИН КЕМБЕЛЛ ШАЙПРО САЙМОНДС КАЛЛОРИЙНЫЕ	ФУЛПЕР ФИННИС МУР

Рис. 1. «Калорийная/Диетическая» типология аналитической философии права

<p>НС1</p> <p><i>нет закона для решения дела</i></p>	<p>НС2</p> <p><i>есть закон, но его требования неопределенны</i></p>
<p>НС3</p> <p><i>есть два и более закона, но их требования противоречивы</i></p>	<p>НС4</p> <p><i>есть закон для решения дела, но его требования абсурдны</i></p>

Рис. 2. Типология Hard Cases Майкла Мура

рой степени соответствовать принципам истинной или здоровой политической морали.

Отделяя подобным образом вопросы юридической силы от вопросов судебного решения, мы получаем в свое распоряжение интересный инструмент для новой демаркации существующих теорий права: вместо привычной классической дихотомии — естественное право (NL) / юридический позитивизм (LP), мы имеем оригинальную квадритомию — LP1&LP2 / NL1&NL2 / LP1&NL2 / NL1&LP2 (рис. 1).

Преимущества такой демаркации вполне очевидны — здесь мы сохраняем возможность для возникновения самых разных комбинаций во взглядах на проблему отношений права и морали¹⁴. При этом отстаиваемый юридическим позитивизмом социальный критерий юридической силы для действующих норм права не обязательно должен влечь за собой исключение любых моральных суждений из области вынесения судебных решений: LP1→LP2+NL2. На этом последовательно настаивают только «диетические» версии юридической позитивизма: LP1&LP2→~NL2. И если мы сможем показать необходимость и оправданность обратного,

$$LP1 \& LP2 \rightarrow \sim NL$$

L2

$$\frac{NL2}{\sim(LP1 \& LP2)}$$

в нашем распоряжении окажутся веские основания для того, чтобы выказать сомнение в отношении всех остальных теоретических составляющих юридического позитивизма. Поэтому ничто нам не мешает сосредоточиться на противостоянии «диетических» и «калорийных» теорий права в области теории судебных решений, временно отложив в сторону дебаты по вопросам юридической силы¹⁵.

3. Аргумент ad discretionis iudicium. Основные вопросы судебных решений заключаются в объяснении правильного способа, с помощью которого судьи должны принимать решения по конкретным делам; они охватывают общие нормативные проблемы, касающиеся характера судебных обязанностей. Тезисы об источниках и характере судебного обязательства применять закон являются центральными для любой теории судебного решения. Поиски правильного способа судебных решений, прежде всего, связаны с практикой применения действующих законов к разным юридическим коллизиям,

возникающим в ходе судебного рассмотрения так называемых «трудных дел» (hard cases). История юриспруденции хранит свидетельства о множестве подобных юридических коллизий. Многообразие «трудных дел» столь обширно, что для удобства такие дела следует классифицировать по основаниям трудностей, которые возникали либо могли бы возникнуть при применении законов в реальной юридической практике¹⁶. Поскольку в современной юриспруденции отсутствует какая-либо общая, разделяемая всеми юристами классификация «трудных дел», мы воспользуемся типологией юридических коллизий Майкла Мура [подробнее см.: 50, р. 449–450; 51, р. 1530–1531; ср. с этим также: 52, р. 3–8; 53, р. 40]. Возможные в юридической практике «трудные дела» здесь условно поделены на три отдельные группы (рис. 2): (НС1) коллизии, возникающие в ситуациях, когда не существует ни одного очевидного действующего закона, который относился бы к рассматриваемому делу; (НС2) коллизии, где для рассматриваемого дела есть соответствующий действующий закон, однако, требования этого закона являются неопределенными; (НС3) коллизии, в которых неопределенными оказываются не требования действующего закона, а порядок прецедентов (например, в случаях, когда не существует канонического текста конституционных норм либо действующие законы предлагают несколько разных правовых стандартов, в равной степени применимых к рассматриваемому делу)¹⁷. Для полноты также следует включить в типологию Мура еще одну группу важных, но зачастую игнорируемых примеров юридических коллизий — (НС4) дела, для решения которых есть действующий закон, его требования являются однозначными и определенными, однако, их применение ведет к морально неприемлемым либо откровенно абсурдным последствиям [50, р. 450–451; 51, р. 1531–1532]. Последняя группа юридических коллизий для нас особенно важна, поскольку именно здесь «диетические» теории права сталкиваются с невозможностью предоставить какие-либо разумные объяснения судебного решения, полностью исключающего из судебного рассмотрения любые моральные суждения¹⁸.

Многие законы открыто требуют, чтобы судьи принимали решения, основываясь на моральных суждениях (например, рассматривая дела об опеке над детьми). Однако явное включение требований

морали в действующий закон (например, принципы ювенальной юстиции, которые предписывают при решении дел об опеке исходить из представлений о будущем благе ребенка) создает лишь технические проблемы для «диетических» теорий права¹⁹. «Калорийные» теории судебного решения обретают значительные эвристические преимущества над «диетическими», только если мы можем показать, что существует значимая судебная обязанность игнорировать (даже очевидные) требования закона, основанная на моральной оценке содержания соответствующего закона независимо от его действительности либо юридической силы (The No Explain of Adjudication Thesis). Именно поэтому возникающие в ходе судебного рассмотрения «трудных дел» юридические коллизии являются эффективными практическими тестами, позволяющими выявить скрытые юридическим языком моральные детерминанты (extralegal reasons) действующей правовой системы²⁰.

Стандартный рецепт для судебных решений «трудных дел», рекомендуемый «диетическими» теориями права (в частности, оксфордской моделью права Харта-Раза), включает в себя следующие положения: (ХР1) действующие законы состоят из общих правил; (ХР2) каждое такое правило формулируется при помощи обладающих специфической семантикой юридических терминов: они состоят из «ядра» (core) с ясно установленным значением и «полутени» (penumbra), в которой их значение не является строго определенным [например, см.: 1, с. 185–187; 8, с. 130–138; подробнее об «открытой текстуре» юридического языка см.: 12, р. 239; 57, р. 7–35; 58, р. 95–97; 59]; (ХР3) в практике судебного применения законов всегда будут возникать дела, которые не охватываются семантическим «ядром» юридических терминов; (ХР4) требования действующего закона в таких делах являются неопределенными и суды не могут решать их на законных основаниях; (ХР5) следовательно, суды должны решать такие дела на некоторых неюридических основаниях (моральных или пруденциальных). Иными словами, для решения «трудных дел» судьи должны практиковать судебное усмотрение (judicial discretion), принимая, а не применяя существующий закон.

Примеры применения такого рецепта в «трудных делах» первых трех групп (НС1, НС2, НС3) свидетельствуют о необходимости включения в процессы принятия судебных решений различных неюридических оснований. В случаях НС1, когда не существует очевидных действующих законов, также как и не существует никаких прецедентов, которые могли бы быть похожи на представленную в нем юридическую коллизию²¹, судье приходится в своем решении полагаться на общие нормы права (или конституционные нормы), которые имплицитно включают в себя моральные детерминанты²². Например, правильным (морально оправданным) решением судьи в деле *Riggs v. Palmer* (1889 г.) [61] было отказать убийце-отравителю, в праве наследовать своей жертве, поскольку никто не может стать бенефициаром своих собственных преступлений²³. В случаях НС2, которые являются самыми распространенными в судебной практике юридическими коллизиями, когда есть действующий закон, однако в рассматриваемом деле его требования оказываются неопределенными, также может потребоваться, чтобы судьи при вынесении своих решений обратились к моральным (пруденциальным) суждениям.

Например, если в действующем статутном праве предусмотрен запрет на использование публичных пространств для сна, разумность (пруденциальная оправданность) решений судьи в таких делах будет заключаться в том, чтобы не налагать штраф на человека, который случайно заснул в кресле на железнодорожной станции, ожидая свой утренний поезд, но в то же самое время оштрафовать бездомного, пойманного на этой станции за подобное нарушение. В случаях НС3, в которых требования действующих законов очевидны, но содержат несколько правовых стандартов, судье для вынесения решения опять же приходится обращаться к моральным (пруденциальным) суждениям. На основе таких суждений судья устанавливает справедливую иерархию в порядке прецедентов рассматриваемого дела, например, ссылаясь в своем решении на принципы, согласно которым неимущественные права личности должны стоять выше имущественных, либо политические свободы должны обладать преимуществами над экономическими, а значит — и иметь для судебного решения большую юридическую силу.

Обратимся теперь к примерам «трудных дел» из четвертой группы (НС4), когда юридическая коллизия связана с применением действующего закона, требования которого очевидны и не вступают в противоречия с требованиями каких-либо других юридических норм. В таких случаях существует только один действующий юридический стандарт, сам этот стандарт является морально-нейтральным, а его применимость к судебному решению по рассматриваемому делу не вызывает никаких сомнений. Согласно принципам стандартного рецепта судебных решений «диетических» теорий права, возможность судебного усмотрения здесь заблокирована. Судебные решения в условиях таких очевидных для применения, исключающих противоречия, ясных и четких правовых стандартов не должны включать в себя никаких неюридических оснований (моральных или пруденциальных). Однако на практике судебные решения для НС4, напротив, скорее будут отклоняться от очевидных требований действующих законов²⁴, нежели пытаться им следовать. Судебные решения по таким делам лежат в основе того, что мы могли бы назвать «парадоксом очевидного закона» (The Obvious Law Paradox), когда единственным правильным решением дела будет такое, которое *противоречит очевидным требованиям закона, однако имеет надежное моральное оправдание*. Наглядным примером этого парадокса может служить дело *United States v. Kirby* (1869 г.) [62; см. также: 50, р. 453–454]. Окружной шериф штата Кентукки остановил речное судно, которое перевозило почту, чтобы арестовать обвиняемого в убийстве федерального почтальона Ферриса. Несмотря на очевидный здравый смысл ареста разыскиваемого убийцы, окружной шериф Кирби был привлечен к ответственности в соответствии с действующим федеральным законом (Актом Конгресса США от 03.03.1825), объявлявшим преступлением «всякое сознательное [knowingly] и преднамеренное [wilfully] препятствование или затягивание прохождения почты» [63, р. 104].

Примеры «трудных дел» четвертой группы (НС4), как мы видим, ставят судей перед лицом крайне неприятной философско-правовой дилеммы: что именно следует выбирать в таких делах — разумное неправомерное решение (MD1) или правовое абсурдное (LD1)? В некоторых случаях такая ди-

лемма может необоснованно рассматриваться как трилемма, где нам предлагается выбирать между разумным неправовым (морально оправданным) решением (MD1), абсурдным правовым (морально неоправданным) решением (LD1) и разумным ретроактивным правовым (морально оправданным) решением (LD2). «Диетические» теории права в своем выборе между возможными видами разумных (морально оправданных) судебных решений (MD1) и (LD2), разумеется, склоняются в пользу последних, в отличие от «калорийных», которые настаивают на обоснованности первых. Харт, например, открыто осуждал моральные основания для вынесения решения послевоенного немецкого суда в знаменитом деле «нечестивой доносчицы» (1949 г.) [подробнее см.: 64; также см.: 7, с. 74–76; 65; 66], считая ретроактивное судебное законодательство юридически более приемлемой альтернативой, нежели практика применения немецкими судьями «Формулы Радбруха»²⁵ [ср. с этим: 1, с. 202], которая объявляла крайне несправедливое нацистское право *юридически ничтожным ab initio*. Возможность ретроактивного судебного законодательства (несмотря на возникающие трагические издержки, вызванные нарушением принципа *nullum crimen, nulla poena sine lege*²⁶) позволяет «диетическим» теориям права ускользнуть из зоны действия «парадокса очевидного закона». Однако случай с делом окружного шерифа Кирби не таков, — своими действиями он никому не причинил намеренного вреда (в отличие от «нечестивой доносчицы», которая, желая узаконить свои отношения с любовником, пыталась отправить мужа на смертную казнь). Поэтому здесь нет никаких, пусть даже и морально оправданных, причин и оснований для ретроактивного судебного законодательства, — а это значит, наша правовая дилемма не может быть превращена с помощью юридических уловок в искусственную трилемму. В деле окружного шерифа Кирби «диетические» теории права, обязывают судью принимать решение, применяя очевидный закон, даже если оно находится в откровенном противоречии с требованиями морали (или здравого смысла). В случаях HC4 стандартный рецепт для судебных решений «трудных дел», рекомендуемый «диетическими» теориями права, оказывается совершенно бесполезен, наглядно показывая нам, что любые морально-нейтральные толкования требований закона в таких делах неизбежно были бы заражены болезнями чистого формализма²⁷ (*silliness of literalism*), которые на практике обычно ведут либо к крайней несправедливости, либо абсурдным последствиям²⁸ [ср. с этим: 71, р. 377–382].

Для «калорийных» теорий права юридические коллизии, наподобие «парадокса очевидного закона», не являются неразрешимой проблемой. Во-первых, такие теории исходят из того, что *цели права (справедливость) должны преобладать над его буквой (юридическим языком)*²⁹, поэтому они предписывают судьям отменять плохо обоснованные прецеденты, так же как и обычные толкования значений статутного или конституционного права [например, см.: 36, р. 14–130; 50, р. 452; ср. с этим также: 70, с. 355–357], ибо «закон не всегда имеет значение (даже для судьи)» [47, р. 169; ср. с этим также: 51, р. 1536]. В таких делах, когда требования очевидного закона приводят на практике к аморальным или абсурдным результатам, судья не может придерживаться морального нейтралитета. Напротив, в своих решениях *contra legem*

он должен применить соответствующие моральные суждения, чтобы объявить — требования такого очевидного закона в рассматриваемом деле не имеют обязывающей судью, либо тяжущиеся стороны, юридической силы³⁰. Иными словами, судьи здесь наделяются *моральным правом игнорировать действующий закон* [ср. с этим: 53, р. 13]. Во-вторых, решения *contra legem* перестают быть таковыми, если мы готовы, вслед за «калорийными» теориями права, включить в понятие очевидного закона моральные (пруденциальные) стандарты, благодаря которым судьи способны определять его требования в том или ином конкретном деле³¹ (The Incorporation Thesis) [ср. с этим: 47, р. 165; 50, р. 463; 72, р. 137]. Существование таких стандартов, в качестве необходимых составных частей даже самого простого и очевидного закона, благодаря которым он толкуется судьями как действительный и имеющий юридическую силу в каждом конкретном деле, радикальным образом меняет концептуальные контуры возникающей на основе «парадокса очевидного закона» философско-правовой дилеммы³². Теперь она ставит нас перед следующим выбором: либо судьи в своих решениях всегда следуют требованиям очевидного закона, действительность и юридическая сила которого необходимым образом связана с составляющими его моральными (пруденциальными) стандартами (LF), либо они не имеют подобных обязательств (~LF)?

«Диетические» теории права, которые оспаривают необходимость включения в состав очевидного закона моральных (пруденциальных) стандартов, ставят себя и судебную власть в крайне неловкое положение. Устраняя необходимость следовать очевидным требованиям закона (ибо последствия таких судебных решений были бы абсурдными), они обязывают судей принимать решения открыто противоречащее закону (~LF). Для «диетических» теорий права попытка превратить возникающую здесь дилемму в искусственную трилемму не только бесполезна, но и вредна. Например, они могли бы попытаться дополнить альтернативы нашей дилеммы (действовать по закону (LF1) или действовать вопреки закону (~LF2)) еще одной, рассматривая случаи HC4 как примеры юридических коллизий, в которых очевидный закон требует исправления, а стало быть, отменяя плохо обоснованный прецедент, или обычные толкования значений статутного и конституционного права, судья вовсе не действует вопреки требованиям очевидного закона, а просто-напросто их изменяет (LF1). Такая альтернатива, сохраняя для судей юридическое обязательство всегда решать дела на законных основаниях, выбивает из рук «диетических» теорий права крупный козырь — аргумент правовой стабильности, основанный на идеалах Верховенства Права. В отличие от морали, установленное надлежащим образом право часто преподносится «диетическими» теориями как надежный источник причин и способов для наших практических действий [например, см.: 30, р. 71–72]. Право способно эффективно регулировать человеческое поведение, только если оно устанавливает понятные и ясные границы того, что запрещено и разрешено. Это позволяет агентам заранее прогнозировать, каким образом могли бы решаться в судах конкретные дела в случаях, когда действия агентов вступают между собой в открытый конфликт. Однако возможность альтернативы (LF1) для судебных решений лишает смысла сам идеал Верховенства Права, ибо когда действующий закон,

очевидные требования которого создают причины и способы для наших действий, никак не обязывает судью в своих решениях их придерживаться (~LF), такой закон автоматически теряет способность эффективно регулировать человеческое поведение, поскольку причины и способы совершаемых действий могут неожиданным образом перестать удовлетворять измененным судебским решением требованиям этого закона (LF2) [ср. с этим: 71, р. 392]. В такой ситуации, напротив, может оказаться, что именно мораль становится более надежным регулятором человеческого поведения. В случаях существования разумных и справедливых судов, агенту действия может быть неизвестно по требованиям какого закона (очевидного или измененного), в конечном счете, его будут судить, однако он достоверно знает, что решения таких судов не могут вступать в прямое противоречие с неюридическими основаниями, они будут морально (пруденциально) оправданы. В подобных обстоятельствах, например, окружной шериф Кирби мог бы твердо надеяться, что его собственные действия не будут причиной наложенных на него законом санкций. Моральный расчет здесь был бы очевиден и прост: общественное благо от ареста убийцы значительно превышает ценность скорости передвижения отдельных почтовых отправок. Знание требований закона (очевидного, но включающего в себя моральные стандарты (LF1), либо измененного судьей (LF2)) не имело бы на действия окружного шерифа никакого влияния.

Таким образом, если мы действительно стремимся, чтобы судьи в своей практике избегали несправедливых и неправосудных решений, не следует ставить себя в невыгодное положение, некритически соглашаясь с «диетическими» теориями права в том, что судьи обязаны следовать требованиям законов в тех случаях, когда они являются ясными и определенными. Признавая судебную обязанность следовать требованиям очевидных законов, мы теряем возможность защищать право судей ссылаться на неюридические основания в своих решениях «трудных дел» (и прежде всего, в ситуациях «парадокса очевидного закона»). Напротив, необходимо признать существование особой судебной обязанности игнорировать требования очевидного закона (независимо от его действительности либо юридической силы) при вынесении решения по существу рассматриваемого дела в случаях, которые могут быть подкреплены со стороны судьи существенными моральными (пруденциальными) суждениями. И именно «калорийные» теории права показывают, что всякая полноценная и эвристически успешная теория судебного решения должна иметь своим необходимым основанием значительное моральное удовлетворение содержанием таких решений, а не одно только простое согласие с *любым* судебским решением по причине его законности³³. Теория судебного решения, как таковая, имеет смысл, только и если только она является теорией *морально оправданной судебной власти* [ср. с этим: 44, 376–384; 47, р. 166; также см.: 75, р. 5, 7].

4. Аргумент ad consortium publica. Примат цели права (справедливости) над его содержанием (юридическими нормами), отстаиваемый «калорийными» теориями, может быть также с успехом применен и для анализа вопросов юридической силы действующих законов. Природа права, согласно стандартам «калорийных» теорий, должна толковаться в контексте неразрывной связи с моральными

целями, к реализации которых мы стремимся на практике (The Moral Aim Thesis). Невозможно корректно описать юридическую действительность как особый тип практической деятельности, в рамках которой создаются причины для остальных человеческих действий (reason-giving activity), если мы не знаем либо не понимаем, что значит иметь хорошие причины для совершения каких-либо действий [ср. с этим: 2, с. 284; 7, с. 102; 76, р. 125; 77, с. 30]. Прежде всего очевидно, что хорошими причинами для наших действий могли бы быть только такие, которые налагали бы на нас подлинные моральные обязательства действовать в строгом соответствии с этими причинами во всех тех случаях, когда мы ими действительно обладаем. Это возможно лишь в условиях, когда человеческая деятельность ориентирована на достижение некоторого блага, а значит — подлинные моральные обязательства в отношении действий возникают только тогда, когда эти действия либо сами по себе являются благами, либо своими эффектами стремятся некоторое благо реализовать³⁴. Особый характер отношений между целями практической человеческой деятельности и лежащими в ее основе моральными обязательствами позволяет представить телеологический аргумент о необходимом существовании содержательной связи между правом и моралью.

Морально-нейтральные дескриптивные модели «диетических» теорий не могут правильным образом толковать смысл, природу и назначение права, поскольку они открыто игнорируют две тесно связанные между собой телеологические интуиции: (ТИ1) всякое совершаемое человеком действие является важным само по себе (а не только в глазах закона или с точки зрения своих юридически значимых последствий), а стало быть, (ТИ2) нормы закона всегда должны проверяться на их последствия для блага людей. Такие интуиции решительным образом меняют наше понимание целей правотворческой (и судебной) деятельности. Всякий закон должен быть, прежде всего, ориентирован на общее благо сообщества людей, для которых он служит законом, и по возможности стремиться воплотить в границах данного сообщества идеал справедливости³⁵. Понятие права здесь становится неотъемлемой частью моральной теории осуществления политической власти, которая рассматривается как практическая деятельность, нацеленная на регулирование и контроль человеческого поведения различными морально оправданными способами (The Moral Aim Thesis) [ср. с этим: 31, р. 565–567; 34, р. 2; 54, с. 129; 77, с. 43–44]. Закон, который следует общие моральные цели сообщества, эффективно справляется со своими общественными функциями, поскольку он не только способен служить людям источником хороших причин для совершения действий, но и вследствие этого налагает на них моральное обязательство следовать своим требованиям. Право и мораль необходимым образом связаны, поскольку имеют комплементарные цели — они в равной степени стремятся регулировать и контролировать практическую деятельность людей посредством установления действительных и действенных общих стандартов, определяющих какие причины и способы индивидуального поведения в сообществе являются правильными, оправданными, допустимыми и успешными, а какие — нет. Это позволяет моральной легитимности стать основным источником юридической силы закона [ср. с этим: 75, р. 4].

Стандартное возражение со стороны «диетических» теорий на представления об имманентном характере моральных целей права обычно содержит в себе ссылки на знаменитый модальный аргумент — именно в нем находят свое полное выражение идеалы дескриптивной юриспруденции. Структура этого аргумента предельно проста и основана на различении и противопоставлении «права как оно есть» (law as it is) и «права каким оно должно быть» (law as it ought to be) [подробнее см.: 1, с. 172–176; 8, с. 211; 23, р. 157]. Это позволяет отделить вопросы юридической силы действующих законов, решением которых занимается дескриптивная юриспруденция, от вопросов содержательной критики исторически сложившихся правовых систем. В своем аргументе «диетические» теории явно или косвенно утверждают, что подлинное знание природы права может быть выражено только в модальности «сущего» (МВ), в то время как модальность «должного» (МО) способна лишь подпитывать наши бесплодные юридические фантазии.

«Калорийные» теории права интерпретируют подобные утверждения как результат методологической ошибки, обусловленной общей нечувствительностью дескриптивной юриспруденции к практическим значениям рассматриваемых модальностей. Занимаясь вопросами интерпретации семантики юридического языка, дескриптивная юриспруденция в исследованиях его «открытой текстуры» сосредотачивает свое внимание прежде всего на зонах так называемых «проблем полутени», где различные феномены права представлены в своих исключительных, пограничных состояниях. Телеологическое толкование права инвертирует дескриптивные форматы исследовательского интереса к юридической действительности. Правильное понимание природы права должно опираться на так называемое «фокусное значение» (focal meaning) юридических феноменов. Особая ценность таких значений заключается в том, что они содержат в себе эталонные описания только практически состоятельных примеров различных феноменов права, знание о которых, в конечном счете, позволяет прояснить наше понимание подлинной природы юридической действительности как результата целенаправленной человеческой деятельности [ср. с этим: 77, с. 27–29]. Тесные связи понятия «фокусного значения» и модальностей наших знаний (МВ / МО) можно проиллюстрировать на простом примере. Представим, что необходимо отремонтировать сломанный автомобиль. Разумеется, чтобы успешно устранить поломку, автослесарю необходимо знать, «что такое автомобиль». Дескриптивная юриспруденция в такой ситуации придерживалась бы ошибочного мнения о том, что автослесарю, чтобы отремонтировать автомобиль, следует судить о нем исключительно в модальности (МВ). Но тогда нам не стоило бы удивляться, что на основе такого своего знания об автомобиле, вместо его ремонта, он просто разобрал бы и собрал автомобиль в прежнем состоянии, бережно сохранив на своих местах все поломки. Для нас очевидно, что успешный ремонт сломанного автомобиля возможен только на основе суждения о нем в модальности (МО). Это значит, что правильное (в практическом смысле) знание о том, что такое автомобиль, в своей модальности ничем не отличается от модальности знания о том, каким автомобиль должен быть в исправном состоянии (МО). Аналогичным образом необходимо поступать в случаях знания о праве — прежде всего

мы должны разобраться в том, что именно делает различные правовые системы эффективно работающими и практически успешными примерами юридической действительности. В основе подлинного понимания природы права лежит не дескриптивное знание «права как оно есть» (МВ), а телеологическое знание «права каким оно должно быть» (МО). Такое понимание полностью совместимо с признанием того, что многие реальные феномены права на практике отклоняются от своего «фокусного значения», а некоторые из них могут оказаться даже настолько «уродливыми», что их следовало бы толковать как абсолютно неработоспособное «испорченное право»³⁶ (corruption of law) [ср. с этим: 77, с. 449].

Понимание права как морально оправданной власти обычно включает в себя особый практический принцип толкования общих юридических норм — утверждение о недействительности крайне несправедливых законов³⁷, которое служит излюбленным объектом критики «диетических» теорий. «Калорийные» теории права обвиняются в стремлении заместить привычные беспристрастные светские суды ангажированными трибуналами «общественной морали», подменив подлинную юридическую действительность практикой издания законов о морали³⁸ (Legislate Morality). Такое ложное понимание требований, содержащихся в «Формуле Радбруха», становится возможным, только если мы намеренно нарушаем правильную импликацию содержащихся в ней требований. Недействительность крайне несправедливых законов никак не имплицитно утверждает утверждение о том, что закон обретает юридическую силу, только если он соответствует нормам морали (M→LV). Напротив, такое утверждение имплицитно утверждает только то, что аморальный закон теряет свою юридическую силу (¬M→¬LV) [ср. с этим: 7, с. 58–61; 75, р. 5–8]. Например, для судебной практики это означает, что единственным очевидным требованием крайне несправедливого закона является бездействие³⁹. Наличие морально легитимных независимых судов превращало бы такие очевидные несправедливые законы в экземпляры «мертвого» права.

5. Аргумент ad verbis iuris. «Диетические» теории права в своей критике необходимого характера связи морали и права довольно часто прибегают к услугам различных металингвистических аргументов. Общая схема таких аргументов обычно основана на ложном (как мы выяснили) толковании взглядов «калорийных» теорий на природу права, толковании, в котором утверждается, что несправедливый закон на самом деле вовсе не является законом⁴⁰. Это высказывание обычно легко опровергается «диетическими» теориями следующим образом: поскольку используемый нами язык позволяет говорить о несправедливом законе, справедливость не может рассматриваться как необходимая и достаточная причина существования закона, а значит, закон концептуально отличается от морали [например, ср. с этим: 15, р. 169; 34, р. 70].

«Калорийные» теории права способны, однако, противопоставить этой критике свои собственные металингвистические аргументы. Самым простым из них (и в то же время наиболее действенным) является указание на возможность возникновения очевидного перформативного противоречия⁴¹ в том случае, если мы пытаемся (вслед за «диетическими» теориями) мыслить юридический язык как стерильное морально-нейтральное средство описания дей-

ствующих систем права. Ведь именно такой язык «чистого права» рассматривается «диетическими» теориями как надежное основание дескриптивной юриспруденции, ибо с его помощью, как кажется, мы можем полностью элиминировать моральные суждения из области концептуального анализа феноменов права. Но так ли это на самом деле?

Любое понятие права (неважно, «диетическое» или «калорийное») обязательно включает в себя то, что можно было бы назвать «притязанием на правильность» (*claim to correctness*) [например, см.: 7, с. 41–48, 157; 15, р. 173, 177–180]. Даже если не критически принять взгляды дескриптивной юриспруденции на то, что всякое право в используемом нами языке может быть полностью описано как система правил, мы понимаем, тем не менее сами эти правила существенным образом отличаются от любых других, не связанных с юридической действительностью. Общие нормы права отличаются от всякого произвольного набора правил, — например, от правил игры в гольф, шахматы или покер — именно благодаря наличию в них этого притязания. И хотя в гольф, шахматы или покер можно играть *только* по правилам, придумать «правильные» правила для всех этих игр нельзя. Очевидно, что правила, по которым мы играем в гольф, шахматы или покер, являются эмпирически случайными правилами — и в некотором смысле можно было бы сказать, что всем этим играм могли бы подойти *любые другие* произвольные наборы правил. Общие нормы права, однако, не таковы: принимая закон, мы одновременно соглашаемся с явно или косвенно содержащимся в нем притязанием на правильность. Мы принимаем такой закон, поскольку считаем именно *этот* закон (а не любой другой) *правильным* средством для регулирования той или иной значимой области общественной жизни. Теперь, когда мы понимаем, что за каждой общей юридической нормой имплицитно скрывается ее притязание на правильность, «чистый язык» права дескриптивной юриспруденции позволяет нам сделать абсурдное высказывание о социальных фактах существования общей юридической нормы (или любом другом правовом феномене), — высказывание, в котором бы содержалось очевидное перформативное противоречие⁴². Например, если мы соглашаемся с «диетическими» теориями права в том, что действительные законы могут иметь «абсолютно любое содержание» [10, с. 246] (и даже «морально чудовищные правила все-таки могут быть правом» [8, с. 212]), ничто не запрещает нам представить следующие простые высказывания о юридическом содержании конкретных правовых феноменов: (1) «Z является суверенной, федеративной и *несправедливой* республикой» (высказывание о содержании некоторой общей нормы РС конституционного права общества Z) [ср. с этим: 7, с. 44; 15, р. 178]; (2) «В обществе Z иметь руки запрещено, ибо это — *несправедливо*» (высказывание о содержании принятого надлежащим образом в обществе Z очевидного закона L); (3) «X приговаривается к гильотинированию своих рук, ибо это — *несправедливо*» (высказывание о содержании судебного решения J, вынесенного в обществе Z, согласно требованиям очевидного закона L) [ср. с этим: 7, с. 46]. Очевидно, что подобные дескриптивные высказывания о содержании конкретных правовых феноменов не могут существовать ни в одной действующей системе права, и дело вовсе не в том, что в наших примерах речь шла об эмпи-

рически случайных (воображаемых) юридических нормах, — такие высказывания просто-напросто бессмысленны в языке «чистого права» дескриптивной юриспруденции, поскольку *свойственное всем общим нормам права притязание на правильность здесь полностью отрицается самим содержанием этих норм*. Иными словами, очевидное перформативное противоречие показывает, что сделанные нами высказывания грубо нарушают правила, являющиеся конститутивными для любых речевых актов, с помощью которых совершаются юридически значимые действия⁴³. Такое противоречие, неизбежно возникающее в случаях откровенно несправедливых общих юридических норм (и любых других феноменов права), свидетельствует о том, что практическая действительность и содержание права не являются простым вопросом существования соответствующих социальных фактов, для которых их связи с моральными (пруденциальными) суждениями если и возможны, тем не менее, всегда лишь эмпирически случайны. Напротив, это скорее говорит о том, что взгляд «калорийных» теорий права на *несправедливый закон как практически недействительный* («формула Радбруха») имеет весомые металингвистические основания. *Всякая юридическая норма, чтобы быть практически действительной, должна обладать содержательными связями с понятием справедливости*, если только она не намерена открыто отказаться от собственного притязания на правильность, становясь очередным примером абсурдной юридической действительности.

«Диетические» теории права, разумеется, не склонны открыто отрицать или просто ставить под сомнение притязания юридических норм на правильность. В частности, они готовы признавать, что любой судебный приговор в том случае, если он принят в соответствии с требованиями очевидного закона, является не только *законным*, но и *правильным* правосудным актом, содержащим *справедливое* решение дела. В своем стремлении исключить возможность содержательного толкования понятия справедливости они обычно замещают его собственным процессуальным пониманием — так называемым «принципом честности» (The Principle of Fairness) [например, см.: 8, с. 159–169]. Формально такой принцип включает в себя предельно простое предписание для практики применения любых общих юридических норм, налагая на нас лишь одно обязательство — одинаковые дела рассматривать одинаково, а разные — по-разному⁴⁴. Содержательно оно наполняется требованиями очевидных законов, фиксирующих значимые критерии одинаковости и различности для случаев, подпадающих под эти требования. Именно такое процессуальное толкование идеи справедливости, кажется, помогает «диетическим» теориям права сместить внимание с содержания самих очевидных законов, на примеры их практического применения в конкретных делах⁴⁵.

Тем не менее идея процессуальной (бессодержательной) справедливости как честности может натолкнуться на серьезные возражения со стороны «калорийных» теорий права, которые не считают нужным отказываться от морально-насыщенного понятия материальной справедливости⁴⁶. Для своей критики они используют концептуальные недостатки стандартной «диетической» модели права как системы общих правил, адаптировав под интересы исследований юридического языка оригинальные инструменты логико-философского анализа «позд-

него» Людвиг Витгенштейна. В своих попытках прояснить природу и устройство языковых игр, Витгенштейн затрагивает вопросы следования правилам (rule-following), рассматривая их в контексте существующих социальных практик, нацеленных на понимание семантики повседневного языка⁴⁷. Применимость понятия языковых игр для исследований различных феноменов юридической действительности лежит на поверхности⁴⁸, ведь мы нуждаемся в понимании значений юридического языка и особенно такой его специфической игры, как судейство, которые бы проясняли феноменологию судейского восприятия правовых феноменов (в частности, практик применения прецедента и процедур судебного усмотрения).

Чтобы сделать аналогию между юридическим языком и языком ощущений (феноменологическим языком) более заметной и доступной для рассмотрения, воспользуемся простым примером — разберем грамматику «видения красного». Как известно, Витгенштейн в своем анализе языка ощущений отвергает идею существования некоего стандарт-ощущения (так называемого «ощущения того же самого красного»), якобы имея которое перед нашим внутренним взором, мы были бы способны выносить суждение о том, какой именно цвет в данный момент нами видится. Ложное представление о стандарт-ощущении, согласно Витгенштейну, сталкивается с двумя очевидными возражениями. Во-первых, необходимо было бы допустить в область нашего чувственного восприятия неприятный регресс, основанный на требовании испытывать при созерцании двух красных объектов некое дополнительное ощущение их «одинаковости», а затем еще одно — новое дополнительное ощущение «одинаковости» одинаковости» и т.д. [ср. с этим: 84, р. 287–288]. Во-вторых, это влекло бы за собой и то, что наш собственный язык ощущений требовал принимать в качестве осмысленных такие перформативно абсурдные фразы, как «Я вижу красный, но иной, чем я вижу» или «Этот красный — иной, чем я вижу».

В случае языка ощущений мы довольно легко жертвуем понятием стандарт-ощущения, на котором якобы должна держаться повседневная практика использования слова «красный» как просто ярлыка для множества окрашенных в этот цвет объектов. Однако в юридическом языке, как кажется «диетическим» теориям права, мы все же могли бы надеяться обнаружить существование подобного стандарта. Более того, кажется, такой стандарт здесь действительно существует — ведь это и есть то, что мы могли бы в примерах судейской практики называть «таким-то прецедентом». Допуская подобное толкование понятия «прецедента», мы тем самым обязались бы (по аналогии с нашим языком ощущений) принимать в качестве осмысленных фразы юридического языка, наподобие «Здесь <в этом рассматриваемом мною деле> я вижу х <такой-то известный мне прецедент>, но иной, чем я вижу», — фразы, которые можно было бы надеяться обнаружить, например, во внутреннем диалоге судьи, когда он рассматривает некое «трудное дело». Тем не менее для юридического языка перформативная абсурдность подобных фраз также вполне очевидна. Это значит, при более внимательном анализе (чем это обычно принято в «диетических» теориях права), нетрудно заметить, насколько грамматика «видения красного» оказывается тесно связана с грамматикой «судейского усмотрения такого-то прецедента»⁴⁹. В своей практике су-

дья не обращается с «таким-то прецедентом», как с ярлыком, который ему просто следует «переклеить» с одного дела на другое⁵⁰. То, что в юридическом языке называется «прецедентом», не существует где-то там, в прошлом судейской практики, лишь для того, чтобы затем при необходимости быть найденным и использованным судьей; на самом деле такой прецедент создается заново в каждом решении судьи «на основании этого прецедента»⁵¹.

Подобное толкование юридической практики применения прецедента в корне меняет наши взгляды на возможность и оправданность использования в судебных решениях «принципа честности». Мы видим, что судебные решения даже в самых простых случаях (когда речь идет о требованиях очевидного закона) не могут нам гарантировать искупительной добродетели права — «одинаковых» судейских решений по «одинаковым» делам⁵². Понятие процессуальной справедливости в существующем юридическом языке, строго говоря, является бессмысленным⁵³, а значит, единственный доступный для нас на практике вид справедливости — материальное справедливое право⁵⁴.

6. Моральная кода: Правá ли мораль права?

Мир права «диетических» теорий — это абсолютно герметичный, каузально замкнутый юридический мир. Я же являюсь сторонником метода «интегративной юриспруденции» (integrative jurisprudence), которая не зацикливается исключительно на одних только правовых вопросах (анализе юридического языка и т.д.), но, напротив, объединяет в своих исследованиях права разнообразные формы интереса к различным областям политики, морали и истории [ср. с этим: 72, р. 136]. Мой собственный «калорийный» взгляд на вопросы о необходимой связи морали резюмируется в следующем наборе тезисов:

(Н1) Объяснительная сила «диетических» теорий права ограничена и уступает своим более «калорийным» аналогам. «Диетические» теории только кажутся нам правдоподобным толкованием природы права, они не способны удовлетворительным образом объяснить практику вынесения судебного решения (The No Explain of Adjudication Thesis). И хотя такие теории и не являются откровенно ложными, они просто-напросто бесполезны для большинства действительно важных практических вопросов юриспруденции.

(Н2) Используемые для объяснения природы права суждения обязательно включают в себя ссылки на моральные факты (The Inseparability Thesis).

(Н3) Моральные факты составляют одно из необходимых условий существования действительно-го закона.

(Н4) Право имеет по своей природе моральную цель (The Moral Aim Thesis).

(Н5) Право есть не что иное, как моральные правила, применяемые социально значимыми способами (The Incorporation Thesis).

(Н6) Понятие права есть понятие морально оправданной власти.

(Н7) Правило *L* является законом (имеет юридическую силу), тогда и только тогда, когда существует моральное право на принудительное исполнение *L*.

(Н8) Несправедливый закон недействителен — он не может быть правильным образом использован в юридической практике (формула Радбруха).

В своей критической статье Антон Дидикин задается, казалось бы, чисто риторическим вопросом: «Почему юриспруденция обязана решать вопросы,

которые не имеют к ней никакого отношения?» [29, с. 99]. Однако на него, все же, следует ответить. Законы пишутся не для того, чтобы *существовать* в виде неких автономных сущностей мира юридического платонизма, а для того, чтобы *служить* людям и быть важной частью практически осваиваемого человеком мира. Если мы понимаем, что моральные суждения укрепляют властный авторитет и юридическую силу действующего права, позволяя ему наилучшим образом соответствовать жизненно важным интересам людей, не следует бояться разделить его моральным измерением. Мораль — это вовсе не юридический атавизм, не бессмысленный свод правил, предписывающих агентам делать то-то или то-то, или, напротив, не делать того-то или того-то. Мораль (гедонистическая или утилитарная) была и остается единственно разумным практическим тестом, с помощью которого можно выяснить, какие именно из принятых нами в действующей системе права законов выполняют хоть какую-то полезную функцию. Вполне можно ожидать, что степень интенсивности, с которой право и мораль взаимодействуют, с течением времени изменится, и тем не менее трудно себе представить такую ситуацию в обществе, когда расхождение в требованиях морали и права приведет к их полному и безвозвратному отделению⁵⁵. Общие юридические нормы не могут существовать в вакууме — они вводятся по вполне определенным причинам, выполняют определенные социальные и политические функции и реализуют определенные принципы политической морали. Именно поэтому моральная философия может и должна задавать тон и границы философии права. Парафраз известного высказывания Роберта Нозика [88, с. 23–24] гласит: что люди могут, а что не могут делать в отношении друг друга, устанавливает пределы тому, что они могут делать с помощью институтов права или для создания таких институтов. Моральные нормы, допускающие и оправдывающие возможность принуждения, являются единственным источником легитимности для любого основанного на практике принуждения института права⁵⁶. Философия права, как я ее понимаю, является делом моральной аргументации, в основе которой лежат наши очевидные моральные интуиции о том, что справедливо, а что несправедливо. Это означает, что отделение права от морали само по себе является моральным выбором⁵⁷.

Примечания

¹ Разумеется, этот вопрос никогда не оставался без внимания юриспруденции, и ее история хранит немало интересных свидетельств различных морально-правовых дискуссий. Однако официальный старт дебатам по вопросам отношений морали и права среди представителей аналитической философии был дан гарвардской лекцией Герберта Харта в апреле 1957 года. Посетивший лекцию Лон Фуллер, на тот момент один из признанных интеллектуальных лидеров гарвардской школы права, был так сильно возмущен выступлением Харта, что настоял на том, чтобы публикация текста его лекции в журнале *Harvard Law Review* [1] вышла вместе с его критическими замечаниями [2]. Известно, что Харт и Фуллер состояли в довольно напряженных личных отношениях [ср. с этим: 3, р. 181; также см.: 4, с. 56] и их взаимная неприязнь довольно успешно подпитывала обмен полемическими выпадами друг против друга [яркой иллюстрацией этой длительной и непримиримой дружбы-вражды может служить необычайно едкая рецензия Харта на книгу Фуллера «Мораль права», опубликованная в 1965 году в *Harvard Law Review*, см.: 5].

² По словам одного из отцов-основателей юридического позитивизма Джона Остина: «Существование права — это одно дело, а его достоинства или недостатки — другое» [23, р. 157].

³ В этом смысле источники права следует отличать и отделять от самих законов, привычно рассматриваемых в качестве юридических конструкций, состоящих из общих норм, как руководство к действию либо бездействию в тех или иных обстоятельствах.

⁴ Действительность и действительность любой моральной нормы, напротив, находятся в прямой зависимости от достоинств (или недостатков) самой этой нормы либо ее источника. Примерами таких достоинств могли бы служить ссылки на реальные (или лишь воображаемые) моральные качества законодателя (простое указание на то, что Солон обладал ярко выраженным внутренним чувством справедливости); или ссылки на исключительные выгоды того положения дел, которое возникнет вследствие применения закона к соответствующим областям общественной жизни (свидетельство, что при правильном применении требований закона жизнь любого отдельного человека возвысится над всеми прочими ценностями, принятыми социальной группой).

⁵ Харт открыто признается, в частности, что наши размышления о природе правовых феноменов подогреваются постоянными спорами вокруг трех «великих» проблем юриспруденции, две из которых прямо или косвенно затрагивают вопросы отношений между правом и моралью [ср. с этим: 8, с. 14–16]; и именно поэтому юриспруденция обязана представить нам ясное и отчетливое понимание сходств и отличий между ними.

⁶ Речь здесь, видимо, идет о том, что в своей довольно примитивной юридической практике *Z*-цы скорее воплощали идеалы зоркости Немезиды, нежели слепой Фемиды.

⁷ Для ранних доктрин юридического позитивизма такие стандарты предполагали, прежде всего, обеспечение надлежащего социального порядка и соответствующих мер безопасности посредством подчинения индивидуального поведения общественным нормам, с помощью которых могли быть зафиксированы практические рамки своеобразного «публично-го консенсуса» вне религиозных и моральных убеждений.

⁸ Том Кемпбелл, например, даже предлагает закрепить такое значительное различие в толкованиях с помощью двух разных технических терминов: тезис об *отделении* (The Separation Thesis) целиком и полностью исключает из юридической действительности какие-либо моральные феномены, тогда как тезис об *отделимости* (The Separability Thesis) просто выражает требование, согласно которому юридические решения не должны опираться на моральные суждения [подробнее см.: 34, р. 3]. Джеймс Мораута для тех же самых целей использует три отдельных технических термина: *социальный тезис* (The Social Thesis), в котором утверждается, что право является вопросом социального факта; *ценностный тезис* (The Value Thesis), отрицающий необходимость содержательной связи морали и права; и *нейтральный тезис* (The Neutrality Thesis), согласно которому аналитические утверждения о природе права сами по себе имплицируют какие-либо существенные утверждения о моральной ценности права [18, р. 112].

⁹ Самым простым способом здесь может оказаться так называемый «процедурный тест» Джона Гарднера, когда проверка юридической силы интересующей нас нормы подразумевает выяснение того, является ли она действующей в настоящее время юридической нормой данной юрисдикции [24, р. 201; ср. с этим: 36, р. 17].

¹⁰ Джозеф Раз, в частности, открыто настаивает на том, что «правовая теория приемлема только в том случае, если ее тесты для определения содержания закона и определения его существования зависят исключительно от фактов человеческого поведения, которые можно описать в нейтральных, с точки зрения ценностей, терминах и применять без обра-

нения к моральным аргументам» [37, р. 39–40; также см.: 38, р. 295; ср. с этим: 30, р. 75; 36, р. 348; 39, р. 70; 40, р. 165; 41, р. 37; 42, р. 534–535; 43, р. 445–446].

¹¹ По крайней мере, как замечает Джон Гарднер, в его самой примитивной формулировке (The No Necessary Connection Thesis): «нет никакой необходимой связи между законом и моралью» [24, р. 223].

¹² В своей теории правового планирования (The Planning Theory) похожее различие делает и Скотт Шапиро, предлагая нам строго разграничить области принятия судебных решений и юридического обоснования. В частности, он указывает: «Юридическое обоснование [legal reasoning] непременно является аморальным, но судебное решение вовсе не обязано быть таковым» [46, р. 276].

¹³ Другими словами, согласно LP1, условия существования действующего права вовсе не обязаны гарантировать некоторую (пусть даже минимальную) степень согласованности наших законов с принципами истинной и здоровой политической морали [ср. с этим: 45, р. 171].

¹⁴ Опираясь на новый способ демаркации, нам не составит труда охватить многообразие течений современной философии права. Подмножество теорий права LP1&LP2, в частности, содержит в себе эксклюзивный юридический позитивизм (exclusive legal positivism) и юридический реализм (legal realism). В равной степени они разделяют тезис о том, что не существует таких условий, при которых юридическая сила правовой нормы могла бы зависеть от наших моральных суждений (The Exclusivity Thesis). Другими словами, оба течения требуют, чтобы критерии юридической силы основывались исключительно на одних лишь социальных фактах (например, была ли принята правовая норма законодательным органом необходимым большинством голосов, была ли она признана официальными решениями судов или действиями иных административных органов) [подробнее см.: 26; также см.: 46, р. 269–273]. Подмножество LP1&NL2 включает различные версии инклюзивного юридического позитивизма (inclusive legal positivism). Для этого течения моральные суждения как критерии юридической силы правовой нормы могут быть приемлемыми, но только в тех случаях, когда сами эти суждения имеют соответствующие социальные родословные (The Ultimacy Thesis) [подробнее см.: 27; также см.: 46, р. 269–273]. Подмножество NL1&NL2 ограничивается традиционным естественным правом (natural law), в котором моральные суждения всегда играют существенную роль при определении юридической силы и содержания правовой нормы. Подмножество же LP1&NL2 останется пустым, поскольку никто не пытался рассматривать и тем более всерьёз отстаивать соответствующую комбинацию взглядов, ведь, чтобы придать подобным теориям права осмысленность, необходимо было бы утверждать, что реально действующая система права так идеально сбалансирована в отношении принятых норм морали, что применение закона в судебном процессе никогда не потребует моральных суждений (даже в самых «трудных делах») и всё, что судье здесь остается делать, — автоматически использовать абсолютно безупречный и неуязвимый, с точки зрения морали, закон.

¹⁵ Тем более, если мы примем во внимание полезное наблюдение Рональда Дворкина о том, что «судебная аргументация в отношении требований действующего закона является полезной парадигмой для изучения... юридической практики. <...> ... структура судебного аргумента, как правило, более четкая, и судебное обоснование оказывает значительное влияние на другие формы юридического дискурса» [48, р. 18–19].

¹⁶ Источник возникновения юридических коллизий никак не связан с эмпирически возможными фактами практики законодательства, в частности, с неопытностью или даже злонамеренностью конкретного законодателя. Здесь мы имеем дело с неустрашимым концептуальным ограничением, с которым приходится мириться любой существующей системе права, а не просто с проблемой соблюдения надеждающей техники законодательства. «Факт богаче любой речи» [49, р. 21], а ста-

ло быть, указывает Майкл Мур: «разнообразие дел, которые неизбежно возникают, опережает словарный запас и воображение любого законодателя, независимо от того, насколько он талантлив» [50, р. 449; ср. с этим также: 8, с. 131].

¹⁷ В частности, мой пример юридической коллизии в судебной практике вымышленного общества Z [28, с. 73–75] относится именно к этой группе «трудных дел».

¹⁸ Слабость всякой «диетической» теории судебного решения в вопросах эвристики различных юридических коллизий является подлинной «ахиллесовой пятой» современного юридического позитивизма [ср. с этим: 2, с. 300–303; 54, с. 266–267; также см.: 28, с. 73–75, 77; 55, с. 283]. Это особенно заметно, как только мы понимаем, что «юриспруденция — это лишь общая часть судебного решения, молчаливый пролог к любому применению закона» [48, р. 90]. Но так было не всегда. Как отмечает Фредерик Шауэр, «современный юридический позитивизм является лишь одной из ветвей исторического развития важной позитивистской традиции» [56, р. 959]. Прежнее внимание к вопросам теории судебных решений, некогда столь характерное для ранних версий юридического позитивизма, оказалось постепенно утраченным [ср. с этим: 56, р. 958–959].

¹⁹ В частности, это могло бы быть истолковано просто как случайный результат исторического развития официальной юридической практики конкретной правовой системы [например, см.: 8, с. 187, 204–205], а вовсе не как релевантная природе права основание, очевидным образом свидетельствующее о необходимом характере связи морали и права.

²⁰ Дворкин лаконично выражает этот тезис в следующих словах: «... когда разумно мыслящие люди не могут согласиться с тем, что от них требует закон, судебное решение не может быть нейтральным решением, которое им обещает идея права» [36, р. 347].

²¹ Разумеется, судья принимает такие «трудные дела» в производство только в том случае, когда речь идет не о чистых примерах *casus omissus*. В этом случае судья просто отказывается принимать дело в производство, ссылаясь на невозможность его решения по существу.

²² ИмPLICITное моральное содержание имеют многие общие и процедурные принципы права. Например, известная максима *audiatur et altera pars* вряд ли может рассматриваться как сугубо юридический принцип судебного разбирательства или же абстрактное неморальное правило юридического мышления. Кроме того, и правило признания Харта (конституционные нормы), и Grundnorm Кельзена (аналитическая норма), лежащие в основаниях действующих систем права, сами для себя требуют морального оправдания, чтобы быть авторитетными источниками для судей [ср. с этим: 2, с. 292; также см.: 36, р. 36–38; 60, р. 105–23].

²³ В некоторых юрисдикциях такие общие неюридические (моральные и пруденциальные) принципы, используемые судами в практике толкования юридических норм, иногда даже могут становиться составными частями статутного права. Например, запрет на извлечение выгод от своего преступления является частью Гражданского кодекса штата Калифорния (§ 3517), который также в числе прочих содержит и многие другие общие моральные и пруденциальные принципы, обычно используемые судами при толковании юридических норм: для каждой несправедливости есть средство правовой защиты (§ 3523), закон никогда не требует невозможного (§ 3531) и др.

²⁴ Следует проводить строгое различие между судебными процедурами признания юридических норм недействительными и юридически необоснованными отклонениями от действующих законов. В некоторых ситуациях судьи имеют законное право отклонять существующие юридические нормы, например, когда апелляционные суды высшей инстанции аннулируют ранее вынесенные нижестоящими судами решения, либо конституционные суды признают неконституционным и, соответственно, недействительным некоторый принятый надлежащим образом закон.

²⁵ Естественнo-правовой принцип, применяемый для определения действительности и юридической силы системы статутов (либо отдельного статута), предложенный Густавом Радбрухом в качестве практического руководства немецким послевоенным судам. В работе *Gesetzliches Unrecht und ubergesetzliches Recht* (1946 г.), в частности, содержится такое описание этого принципа: «Конфликт между справедливостью и правовой стабильностью [certainty] вполне может быть разрешен следующим образом: позитивное и облеченное властной санкцией право имеет приоритет даже в том случае, когда оно по своему содержанию несправедливо и не может принести никакой пользы людям, однако, если конфликт между законом [statute] и справедливостью становится невыносимым, закон, как «порочное право» [flawed law], должен уступить место справедливости. Невозможно провести более четкую границу между случаями правового беззакония [statutory lawlessness] и законами, которые все же действительны, несмотря на их недостатки. Однако одна черта такой границы может быть проведена с предельной ясностью: там, где нет даже попытки достигнуть справедливости, когда равенство, как основа справедливости, намеренно предано публикуемым позитивным правом, закон является не просто примером «порочного права», ему всецело не достает самой природы права. Ибо право, включая позитивное право, не может быть определено иначе, как система и институт, само назначение которого состоит в том, чтобы служить справедливости. Согласно этому стандарту, целые разделы национал-социалистического права никогда не достигали достоинства действующего права» [67, р. 7].

²⁶ Nullum crimen, nulla poena sine lege (лат.) — без закона нет ни преступления, ни наказания.

²⁷ По мнению Раза, «... содержание закона может быть определено без обращения к моральным аргументам» [68, р. 114; ср. с этим также: 58, р. 95; 69, р. 161]. Возможно, что в большинстве примеров действующих норм статутного права это так и есть. Однако проблема правильного судебного решения в ситуации «парадокса очевидного закона» не связана, как мы видим, непосредственно с самим содержанием закона. Моральные суждения здесь необходимы судье не для того, чтобы абстрактно истолковать содержание очевидного закона, но для того, чтобы понять, что именно он требует в конкретном рассматриваемом деле. Для этого судья должен в своем решении исходить из разумной цели любой правовой системы — идеалов справедливого общества [например, ср. с этим: 70, с. 356]. В «трудных делах» судья может обращаться к морально-нейтральным толкованиям очевидного закона, чтобы дать предварительную интерпретацию содержащейся в нем юридической нормы [ср. с этим: 24, р. 212–213]. Однако если в дальнейшем, применительно к рассматриваемому делу, судья не находит в содержании очевидного закона ничего, что служило бы идеалом справедливого общества, он обязан использовать моральные суждения для отмены своего предварительного толкования юридической нормы, руководствуясь особыми целями закона (law meaning in the case), а не обычным морально-нейтральным толкованием содержания закона (plain meaning of law).

²⁸ Богатство фактических обстоятельств нашей жизни без труда позволяет представить необозримое множество подобных юридических коллизий. Морально-нейтральные процедуры принятия решения судов, например, обязывали бы судей выносить обвинительные приговоры в случаях чудом спасшихся из горящей тюрьмы заключенных, поскольку их действия очевидным образом следовало бы квалифицировать как попытку побега из мест лишения свободы.

²⁹ Бринк, в частности, описывает концептуальные рамки «калорийной» теории судебного решения следующим образом: «... судебная обязанность применять закон чувствительна к моральному содержанию закона... существует... судебная обязанность применять закон только тогда, когда закон удовлетворяет значимым моральным условиям. Более того,

когда такие моральные условия не соблюдаются, судебное обязательство применять закон не только исчезает, но взамен возникает обязанность решать соответствующие дела на неюридических, моральных основаниях ... когда закон удовлетворяет таким моральным условиям, судьи должны решать дела в пользу той стороны, чьи претензии наиболее полно соответствуют всем юридическим стандартам действующей правовой системы, когда же закон им не удовлетворяет, судьи так решать не могут, они обязаны решать дела на неюридических основаниях» [44, р. 369; ср. с этим также мнение Кемпбелла о том, что действующие системы права обычно позволяют моральным суждениям судей играть важную роль в судебном процессе: 34, р. 3; также см.: 12, р. 224; 46, р. 276].

³⁰ Джон Богарт, в частности, делает тонкий и необычайно важный для правильного понимания природы отношений морали и права комментарий: действительные юридические обязанности отнюдь не исчерпывают обязанности судей. Это могло бы быть только в том случае, если бы наши юридические нормы последовательно и намеренно исключали любые другие нормы. И хотя юридические нормы действительно могут допускать или пытаться блокировать требования таких норм (The General Claim of Normative Preemption), они, тем не менее, не определяют их существование или степень действия. Иными словами: «... юридические или судебные обязанности не исключают моральные обязанности...» [47, р. 167–168].

³¹ Например, такими «калорийными» стандартами, необходимыми для судей, могли бы стать: (1) принцип общего права, согласно которому никто не может извлекать выгоду из собственного преступного действия; (2) принцип уголовного права, который утверждает, что не может быть никакой ответственности без вины; (3) принцип конституционного права, отстаивающий идею неприкосновенности частной жизни, а также примат моральных прав и политических свобод над экономическими.

³² Помимо прочего, это позволит нам также избавиться от ложной дихотомии, часто используемой для неформальной классификации всех рассматриваемых судами дел на «трудные дела» (hard cases) [ср. с этим: 57, р. 62; 58, р. 97; 73, р. 631], которые включают в себя случаи различных юридических коллизий, и так называемые «легкие дела» (easy cases), где требования очевидного закона не только являются определенными, но и сами последствия судебных решений в соответствии с такими требованиями не становятся крайне несправедливыми или откровенно абсурдными. Если содержание любого действующего закона включает в себя не только выраженные в его тексте очевидные требования, но также и моральные (пруденциальные) стандарты, которые позволяют судье правильно определять требования этого закона в каждом конкретном деле, процедуры принятия решений судами в «трудных» и «легких делах» становятся тождественными. Ведь как и в случаях «трудных дел», судьи в своих решениях «легких дел» также выносят моральные (пруденциальные) суждения [ср. с этим: 2, с. 321–327; 50, р. 456–458; 71, р. 385, 394, 396–398; 74, р. 280–281]. Разумеется, «легкие дела» обычно являются морально (пруденциально) простыми случаями, поскольку здесь обычные толкования требований очевидных законов чаще всего не могут привести к абсурдным или крайне несправедливым судебным решениям, однако, «очевидность» судебного решения как таковая вовсе не исключает соответствующих ему моральных (пруденциальных) оснований.

³³ Мур, например, прямо и откровенно заявляет об этом: «... судьи обязаны принимать моральные решения для того, чтобы выносить правовые решения» [50, р. 447; ср. с этим также: 53, р. 10].

³⁴ В частности, Гарольд Причард выделяет только два возможных основания для любого морального обязательства: (1) благость последствий действия и (2) благость самого действия [подробнее см.: 78, р. 208]. Это объясняет, почему даже сам

агент действия оказывается не в состоянии наложить на себя подлинное моральное обязательство посредством обещания сделать что-либо, если и только если, обещанное им действие не ориентировано на достижение какого-либо блага. Например, данное мной другому лицу обещание (если угодно — публичная оферта) помочь за определенное вознаграждение в убийстве третьего лица в действительности не налагает на меня никакого подлинного морального обязательства, и это другое лицо в случае моего отказа исполнить обещанное не имеет права ссылаться на якобы возникшую вследствие моего обещания моральную необходимость это убийство совершить.

³⁵ В труде Фомы Аквинского *Summa Theologiae* можно обнаружить такой выразительный пассаж: «... любой закон направлен на общее благополучие людей, и именно на этом основании он обретает смысловое содержание и силу закона; а насколько он от этого отклоняется, настолько лишается обзывающей силы» [70, с. 356].

³⁶ Однако при этом следует понимать, что эмпирическая возможность существования несправедливых законов может посылать законодателям неправильные сигналы и существенным образом ослаблять судебную власть особенно в тех случаях, когда ей приходится действовать в рамках крайне аморального политического режима.

³⁷ Нил Маккормик, например, предлагает следующую простую формулу практической недействительности аморальных законов: «Положения, которые не могут быть оправданы ссылками на какой-либо разумный моральный аргумент, не должны считаться действительными в качестве законов» [79, р. 242].

³⁸ Если мы грубо игнорируем всякие различия между так называемой «публичной моралью» и моралью критической, опасения «диетических» теорий относительно того, что именно публичная «мораль» станет базовым внутренним стандартом для системы действующего права, кажется вполне оправданным. В таком случае нам и правда угрожает превращение действующей системы права в жалкое зрелище «местечковой [ragochial] теории вынесения приговора, которая принята только лишь в одной-единственной юрисдикции» [72, р. 134]. Однако я полагаю, что все подобные опасения напрасны, — в отличие от критической морали, так называемая «публичная мораль» на самом деле таковой не является, поскольку она не способна налагать никаких подлинных моральных обязательств.

³⁹ В частности, *Summa Theologiae* Фомы Аквинского содержит следующее описание подобных юридических коллизий: «... поскольку законодатель не может предвидеть все частные ситуации, он устанавливает закон сообразно тому, что имеет место в большинстве случаев, обращая свое намерение на общую пользу. Поэтому если случается так, что соблюдение этого закона ведет к тому, что противоположно этой пользе, то он не должен соблюдаться» [70, с. 356].

⁴⁰ К сожалению, «естественное право» (как концептуальное ядро «калорийных» теорий), с которым так храбро и отчаянно сражаются сторонники «диетических» теорий права, на самом деле является очередным «бумажным тигром». В своих исследованиях они изобретают себе удобного противника в лице этой исторически самой ранней традиции философии права и юриспруденции, представив в качестве главной ее догмы и определяющей характеристики ложно истолкованную юридическую формулу *lex iniusta non est lex* [например, ср. с этим: 80, р. 989–990]. В действительности же традиция естественного права невероятно многообразна и бесконечно сложна [ср. с этим: 31, р. 573–574].

⁴¹ Перформативное противоречие не является образцом подлинной логической антиномии, поскольку непосредственно затрагивает только практические вопросы речевого поведения. Простейшими примерами перформативных противоречий могут служить речевые акты, выражающие различные формы неискренности говорящего (вплоть до откровенного

лицемерия или обмана), наподобие высказываний «я обещаю, но не намерен выполнять свое обещание» или «ёжик сидит на коврике, но я в это не верю». Более сложными примерами являются речевые акты, в которых говорящий, имея намерение утверждать что-то определенное, несмотря на успешно сделанное им высказывание, терпит в своем речевом действии полную неудачу, поскольку его высказывание в своем содержании отрицает сам факт произнесения, — в частности, такие высказывания о фактах, как «я умер» или «я не существую», нельзя непротиворечивым образом произнести от чьего-либо первого лица [подробнее об этом см.: 81, с. 50–53].

⁴² Вне языка «чистого права» дескриптивной юриспруденции всякое высказывание о существовании «несправедливого закона» было бы просто невозможным (точнее, оно оказалось бы логически самопротиворечивым) [ср. с этим: 7, с. 50].

⁴³ В частности, в нашем высказывании (3), которое выражает принятое судьей решение *J* по делу *X*, согласно требованиям принятого надлежащим образом в обществе *Z* очевидного закона *L*, притязание на правильность, обязательно присутствующее в каждом институциональном акте вынесения судебного приговора (собственно, в этом и заключается практическое значение любого возможного понимания идеи правосудия), находится в очевидном перформативном противоречии с самим содержанием этого высказывания. Когда судья принимает такое решение, он не просто ложно толкует действующие юридические нормы, он просто-напросто не совершает ровно ничего, что мы могли бы с полным правом называть действительным судебным решением.

⁴⁴ «Это справедливость в применении права, но не справедливость права», — как пишет Харт [1, с. 207; ср. с этим также: 8, с. 161–162].

⁴⁵ Как указывает Харт, «со стороны закона не является несправедливым, если он запрещает убийство человека, трактуя при этом рыжих убийц таким же образом, как и остальных; действительно, несправедливым было бы, если бы он относился к ним по-другому, а также если бы он не относился по-разному к психически больным и к нормальным людям. <...> Сказать, что закон против убийства применяется справедливо, означает сказать, что он беспристрастно применяется к тем, и только к тем, кто схож в одном: они сделали то, что этот закон запрещает, и никакие предубеждения или интересы не мешали служителю закона трактовать их как "равных"» [8, с. 161–162; ср. с этим также: 10, с. 435–436].

⁴⁶ Кельзен, в частности, предложил довольно изобретательный эпистемологический аргумент, в основной части которого утверждается, что «[материальная. — Примеч. А. Н.] справедливость не может быть признаком, отличающим право от других принудительных порядков» [10, с. 67].

⁴⁷ Подобного мнения, например, придерживается Яаакко Хинтикка. Рассматривая эволюцию философских взглядов Витгенштейна, он замечает: «Знаменитая витгенштейновская «дискуссия вокруг следования правилу» в существенной степени является аргументом в пользу первичности языковых игр и аргументом против идеи правил, направляющих наше поведение» [82, с. 66].

⁴⁸ Например, так называемая «командная модель права» Остина обладает очевидными сходствами с известными примерами Витгенштейна «строительных» языковых игр между прорабом и рабочим [например, см.: 83].

⁴⁹ Похоже, Харт такой тонкости просто не замечает. Напротив, сравнивая юридические понятия и понятия языка ощущений, он бесхитростно пишет следующее: «... «красный»... непосредственно прикреплено к определенному различимому типу цвета» [85, с. 147].

⁵⁰ Если воспользоваться терминологией Уилларда Ван Ормана Куайна, мы могли сказать, что для юридического языка «прецедент», подобно «красному» для языка ощущений, просто является словом с нераспределенной референцией [ср. с этим: 86, с. 138].

⁵¹ Здесь нам можно было бы, иронично парафразируя Витгенштейна, воскликнуть: «Праву мы следуем слепо!» [ср. с этим: 87, с. 167].

⁵² Непрерывное и монотонное в своих юридических следствиях применение крайне несправедливого закона не способно создать надежную институциональную основу для процессуального понимания справедливости, выраженного в «принципе честности» как простом морально-нейтральном судебном обязательстве трактовать одинаковые дела одинаково. Если действующий закон чудовищно аморален, простой социальный факт, что в сложившейся судебной практике все дела по такому закону всегда трактовались согласно его требованиям, «одинаково» аморально, не может обязывать судью решать любые новые дела аналогичным образом [ср. с этим: 12, р. 232].

⁵³ Важным дополнением для металингвистических аргументов против процессуального толкования понятия справедливости может стать предложенная Робертом Нозиком радикальная детальная критика «принципа честности» с позиций материальной справедливости [подробнее см.: 88, с. 123–129].

⁵⁴ Почти все европейские языки содержат два разных слова для понятия права — «lex»/«iūs» (лат.), «gesetz» / «recht» (нем.), «loi» / «droit» (франц.) [ср. с этим: 24, р. 226; 89, с. 119]. Обычно в нашем распоряжении имеется соответствующее слово для обозначения системы права, действительность которой существенным образом зависит от своих моральных достоинств и морального авторитета своего источника.

⁵⁵ Идея существования правовой системы, в которой нет никаких моральных ценностей, видится мне абсолютно неправдоподобной [ср. с этим: 68, р. 112].

⁵⁶ Здесь также важно помнить и о том, что «юридический позитивизм во времена своего зарождения в конце девятнадцатого века... был сосредоточен на важности принуждения, силы и санкций как центральных компонентов права» [56, р. 958; ср. с этим также: 34, р. 4].

⁵⁷ Как откровенно признается Дэвид Лайонс: «тезис о разделимости, который помог сформировать позитивистскую правовую теорию, не является морально нейтральной доктриной, а представляет собой обособленное критическое отношение к закону» [12, р. 247].

Библиографический список

- Харт Г. Л. А. Позитивизм и разграничение права и морали // *Философия и язык права* / Ред. В. В. Оглезнев, В. А. Суровцев. М.: Канон+РООИ Реабилитация, 2017. С. 168–214.
- Фуллер Л. А. Позитивизм и верность праву: ответ профессору Харту // *Философия и язык права* / Ред. В. В. Оглезнев, В. А. Суровцев. М.: Канон+ РООИ Реабилитация, 2017. С. 281–333.
- Lacey N. A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and Noble Dream. Oxford University Press, 2004. 422 p.
- Оглезнев В. В. Переосмысление и новая интерпретация дискуссий между Г. Л. А. Хартом и Л. Л. Фуллером и их значение для аналитической философии права // *Вестник Томского государственного университета*. 2010. № 330. С. 55–59.
- Hart H. L. A. Review on The Morality of Law by Lon L. Fuller // *Harvard Law Review*. 1965. Vol. 78, no. 6. P. 1281–1296. DOI: 10.2307/1338941.
- Raz J. Practical Reason and Norms. London: Hutchinson, 1975. 192 p.
- Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). М.: Инфотропик Медиа, 2011. 192 с.
- Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского ун-та, 2007. 302 с.
- Кельзен Г. Право, государство и справедливость в чистом учении о праве // *Правоведение*. 2013. № 2 (307). С. 226–240.
- Кельзен Г. Чистое учение о праве. СПб.: Алет-Пресс, 2015. 542 с.
- Lyons D. Principles, Positivism, and Legal Theory // *The Yale Law Journal*. 1977. Vol. 87, no. 2. P. 415–435. DOI: 10.2307/795657.
- Lyons D. Moral Aspects of Legal Theory // *Midwest Studies in Philosophy*. 1982. Vol. 7, no. 1. P. 223–254. DOI: 10.1111/j.1475-4975.1982.tb00093.x.
- Coleman J. L. Negative and Positive Positivism // *The Journal of Legal Studies*. 1982. Vol. 11, no. 1. P. 139–164. DOI: 10.1086/467696.
- Dreier R. Der Begriff des Rechts // *Neue Juristische Wochenschrift*. 1986. Vol. 39, no. 14. S. 890–896.
- Alexy R. On Necessary Relations Between Law and Morality // *Ratio Juris*. 1989. Vol. 2, no. 2. P. 167–183. DOI: 10.1111/j.1467-9337.1989.tb00035.x.
- Holton R. Positivism and the Internal Point of View // *Law and Philosophy*. 1998. Vol. 17, no. 5-6. P. 597–625. DOI: 10.2307/3505190.
- Bix B. Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudential Debate // *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*. 1999. Vol. 12, no. 1. P. 17–33. DOI: 10.1017/S0841820900002125.
- Morauta J. Three Separation Thesis // *Law and Philosophy*. 2004. Vol. 23, no. 2. P. 111–135. DOI: 10.1023/B:LAPH.0000011917.35514.fb.
- Green L. Positivism and the Inseparability of Law and Morals // *New York University Law Review*. 2008. Vol. 83, no. 4. P. 1035–1058.
- Coleman J. L., Leiter B. Legal Positivism // *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* / Ed. D. Patterson. Oxford: Wiley-Blackwell, 2010. P. 228–248.
- Coleman J. L. The Architecture of Jurisprudence // *The Yale Law Journal*. 2011. Vol. 121, no. 1. P. 2–80.
- Краевский А. А. Чистое учение о праве и современный юридический позитивизм // *Правоведение*. 2015. № 2 (319). С. 88–125.
- Austin J. The Province of Jurisprudence Determined / Ed. W. E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. 298 p.
- Gardner J. Legal Positivism: 5S Myths // *The American Journal of Jurisprudence*. 2001. Vol. 46, no. 1. P. 199–227. DOI: 10.1093/ajj/46.1.199.
- Bix B. On the Dividing Line Between Natural Law Theory and Legal Positivism // *Notre Dame Law Review*. 2000. Vol. 75, no. 5. P. 1613–1624.
- Marmor A. Exclusive Legal Positivism // *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* / Eds. J. Coleman, S. Shapiro. Oxford: Oxford University Press, 2002. P. 104–124.
- Himma K. E. Inclusive Legal Positivism // *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* / Eds. J. Coleman, S. Shapiro. Oxford: Oxford University Press, 2002. P. 125–165.
- Нехаев А. В. Плохой закон как чистое право: критические заметки к философии права Г. Л. А. Харта // *Вестник Томского государственного университета*. 2019. № 440. С. 72–80. DOI: 10.17223/15617793/440/10.
- Дидикин А. Б. Моральная нейтральность как правовая ценность: критический анализ философско-правовых аргументов А. В. Нехаева // *Омский научный вестник. Сер. Общество. История. Современность*. 2019. Т. 4, № 3. С. 99–103. DOI: 10.25206/2542-0488-2019-4-3-99-103.
- Coleman J. L. The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 2001. 226 p.
- Plunkett D. Legal Positivism and the Moral Aim Thesis // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2013. Vol. 33, no. 3. P. 563–605. DOI: 10.1093/ojls/qqt009.
- Hershovitz S. The End of Jurisprudence // *The Yale Law Journal*. 2015. Vol. 124, no. 4. P. 1160–1204.

33. Dworkin R. Judicial Discretion // *The Journal of Philosophy*. 1963. Vol. 60, no. 21. P. 624–638. DOI: 10.2307/2023557.
34. Campbell T. D. *The Legal Theory of Ethical Positivism*. NY: Routledge, 1996. 286 p.
35. Füßer K. Farewell to «Legal Positivism»: The Separation Thesis Unraveling // *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* / Ed. R. P. George. Oxford: Oxford University Press, 1996. P. 119–162.
36. Dworkin R. *Taking Right Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. 372 p.
37. Raz J. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. NY: Oxford University Press, 1979. 292 p.
38. Raz J. *Authority, Law and Morality* // *The Monist*. 1985. Vol. 68, no. 3. P. 295–324. DOI: 10.5840/monist198568335.
39. Dworkin R. No Right Answer? // *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart* / Eds. P. M. S. Hacker, J. Raz. Oxford: Clarendon Press, 1977. P. 58–84.
40. Postema G. J. Coordination and Convention at the Foundations of Law // *The Journal of Legal Studies*. 1982. Vol. 11, no. 1. P. 165–203. DOI: 10.1086/467697.
41. Lyons D. *Ethics and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984. 230 p.
42. Leiter B. Realism, Hard Positivism, and Conceptual Analysis // *Legal Theory*. 1998. Vol. 4, no. 4. P. 533–547. DOI: 10.1017/S1352325200001130.
43. Toh K. An Argument Against the Social Fact Thesis (and Some Additional Preliminary Steps Towards a New Conception of Legal Positivism) // *Law and Philosophy*. 2008. Vol. 27, no. 5. P. 445–504. DOI: 10.1007/s10982-008-9024-z.
44. Brink D. O. Legal Positivism and Natural Law Reconsidered // *The Monist*. 1985. Vol. 68, no. 3. P. 364–387. DOI: 10.5840/monist198568334.
45. Brink D. O. Legal Positivism and Natural Law Reconsidered, Again // *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*. 1989. Vol. 2, no. 2. P. 171–174. DOI: 10.1017/S0841820900002836.
46. Shapiro S. *Legality*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. 472 p.
47. Bogart J. Adjudication, Validity, and Theories of Law // *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*. 1989. Vol. 2, no. 2. P. 163–170. DOI: 10.1017/S0841820900002824.
48. Dworkin R. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986. 470 p.
49. Austin J. L. A Plea for Excuses: The Presidential Address // *Proceedings of the Aristotelian Society*. 1957. Vol. 57, no. 1. P. 1–30. DOI: 10.1093/aristotelian/57.1.1.
50. Moore M. S. The Various Relations between Law and Morality in Contemporary Legal Philosophy // *Ratio Juris*. 2012. Vol. 25, no. 4. P. 435–471. DOI: 10.1111/j.1467-9337.2012.00522.x.
51. Moore M. S. Four Reflections on Law and Morality // *William & Mary Law Review*. 2007. Vol. 48, no. 5. P. 1523–1569.
52. Feinberg J. The Dilemmas of Judges Who Must Interpret «Immoral Laws» // *Problems at the Roots of Law: Essays in Legal and Political Theory*. NY: Oxford University Press, 2003. P. 3–35.
53. Brand-Ballard J. *Limits of Legality: The Ethics of Lawless Judging*. Oxford: Oxford University Press, 2010. 354 p.
54. Фуллер Л. Мораль права / пер. с англ. Т. Даниловой. М.: ИРИСЭН, 2007. 308 с.
55. Моисеев С. В. «Понятие права» Герберта Харта // *Понятие права*. СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского ун-та, 2007. С. 269–295.
56. Schauer F. The Path-Dependence of Legal Positivism // *Virginia Law Review*. 2015. Vol. 101, no. 4. P. 957–976.
57. Vix B. *Law, Language, and Legal Determinacy*. Oxford: Clarendon Press, 2003. 222 p.
58. Marmor A. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2005. 180 p.
59. Оглезнев В. В. «Открытая текстура» юридического языка // *Вестник Томского государственного университета*. Сер. Философия. Социология. Политология. 2016. № 2 (34). С. 237–244. DOI: 10.17223/1998863X/34/28.
60. Dworkin R. *Hard Cases* // *Harvard Law Review*. 1975. Vol. 88, no. 6. P. 1057–1109. DOI: 10.2307/1340249.
61. *Riggs v. Palmer*, 115 N. Y. 506, 22 N. E. 188 (1889). URL: <https://www.courtlistener.com/opinion/3630328/riggs-v-palmer/> (дата обращения: 04.08.2019).
62. U.S. Reports: *United States v. Kirby*, 74 U.S. (7 Wall.) 482–487 (1869). URL: <http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep074/usrep074482/usrep074482.pdf> (дата обращения: 04.08.2019).
63. Act of United States Congress, of March 3, 1825, entitled «Act to reduce into one the several acts establishing and regulating the Post-office Department». URL: <https://www.loc.gov/law/help/statutes-at-large/18th-congress/c18.pdf> (дата обращения: 04.08.2019).
64. Criminal Law. In General. German Citizen Who Pursuant to Nazi Statute Informed on Husband for Expressing Anti-Nazi Sentiments Convicted under Another German Statute in Effect at Time of Act // *Harvard Law Review*. 1951. Vol. 64, no. 6. P. 1005–1007. DOI: 10.2307/1336637.
65. Mertens T. Radbruch and Hart on the Grudge Informer: A Reconsideration // *Ratio Juris*. 2002. Vol. 15, no. 2. P. 186–205. DOI: 10.1111/1467-9337.00204.
66. Dyzenhaus D. The Grudge Informer Case Revisited // *New York University Law Review*. 2008. Vol. 83, no. 4. P. 1000–1034.
67. Radbruch G. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946) // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2006. Vol. 26, no. 1. P. 1–11. DOI: 10.1093/ojls/gqi041.
68. Raz J. *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. NY: Oxford University Press, 2009. 414 p.
69. Waldron J. The Irrelevance of Moral Objectivity // *Natural Law Theory: Contemporary Essays* / Ed. R. P. George. Oxford: Clarendon Press, 1992. P. 158–187.
70. Фома Аквинский. Сумма теологии. Т. IV: Первая часть Второй части. Вопросы 68–114. М.: ЛИБРОКОМ, 2012. 688 с. ISBN 978-5-397-02428-0.
71. Kennedy D. Legal Formality // *Journal of Legal Studies*. 1973. Vol. 2, no. 2. P. 351–398. DOI: 10.1086/467502.
72. Dyzenhaus D. Dworkin and Unjust Law // *The Legacy of Ronald Dworkin* / Eds. W. Waluchow, S. Sciaraffa. NY: Oxford University Press, 2016. P. 131–164.
73. Hershovitz S. Wittgenstein on Rules: The Phantom Menace // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2002. Vol. 22, no. 4. P. 619–640. DOI: 10.1093/ojls/22.4.619.
74. Moore M. S. The Semantics of Judging // *Southern California Law Review*. 1981. Vol. 54. P. 151–294.
75. Beyleveld D., Brownsword R. The Practical Difference between Natural-Law Theory and Legal Positivism // *Oxford Journal of Legal Studies*. 1985. Vol. 5, no. 1. P. 1–32. DOI: 10.1093/ojls/5.1.1.
76. Brink D. O. Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review // *Philosophy & Public Affairs*. 1988. Vol. 17, no. 2. P. 105–148.
77. Финнис Дж. *Естественное право и естественные права*. М.: ИРИСЭН, Мысль, 2012. 554 с.
78. Prichard H. A. *Moral Obligation* // *Moral Writings*. Oxford: Oxford University Press, 2002. P. 163–225.
79. MacCormick N. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. 318 p.
80. Priel D. Toward Classical Legal Positivism // *Virginia Law Review*. 2015. Vol. 101, no. 4. P. 987–1022.
81. Остин Дж. Как совершать действия при помощи слов? // *Избранное*. М.: Идея-Пресс, ДИК, 1999. С. 11–135.
82. Хинтикка Я. *О Витгенштейне*. М.: Канон+ РООИ Реабилитация, 2013. 272 с.
83. Витгенштейн Л. *Коричневая книга*. М.: ДИК, 1999. 160 с.
84. Wittgenstein L. Notes for Lectures on «Private Experience» and «Sense Data» // *The Philosophical Review*. 1968. Vol. 77, no. 3. P. 287–288. DOI: 10.2307/2183568.

85. Харт Г. Л. А. Аналитическая юриспруденция в середине XX века: ответ профессору Боденхаймеру // Философия и язык права. М.: Канон+РООИ Реабилитация, 2017. С. 135–167.

86. Куайн У. В. О. Слово и объект. М.: Логос, Праксис, 2000. 386 с. ISBN 5-8163-0024-5.

87. Витгенштейн Л. Философские исследования // Философские работы. Ч. 1. М.: Гнозис, 1994. С. 75–319. ISBN 5-7333-0485-6.

88. Нозик Р. Анархия, государство и утопия. М.: ИРИСЭН, 2008. 424 с. ISBN 5-91066-007-0.

89. Харт Г. Л. А. Существуют ли естественные права? // Философия и язык права / Ред. В. В. Оглеznev, В. А. Суrowцев. М.: Канон+РООИ Реабилитация, 2017. С. 116–134.

НЕХАЕВ Андрей Викторович, доктор философских наук, профессор кафедры «История, философия и социальные коммуникации» Омского государствен-

ного технического университета; профессор кафедры «Философия» Тюменского государственного университета; научный сотрудник Лаборатории логико-философских исследований Томского научного центра СО РАН.

SPIN-код: 5844-9381

AuthorID (РИНЦ): 394939

Адрес для переписки: A_V_Nehaev@rambler.ru

Для цитирования

Нехаев А. В. Страсти по морали и юридический позитивизм: ответ Антону Дидикину // Омский научный вестник. Сер. Общество. История. Современность. 2019. Т. 4, № 4. С. 94–111. DOI: 10.25206/2542-0488-2019-4-4-94-111.

Статья поступила в редакцию 30.10.2019 г.

© А. В. Нехаев

UDK 340.124

DOI: 10.25206/2542-0488-2019-4-4-94-111

A. V. NEKHAEV

Omsk State
Technical University,
Omsk, Russia

MORAL PASSION AND LEGAL POSITIVISM: REPLY TO ANTON DIDIKIN

The article examines the issue of a necessary connection between the phenomena of law and morality. A new classification of contemporary legal philosophy theories based on a distinction between «dietary» and «calorie» views on the question of the extent that the substantive content of law needs to be consistent with the moral requirements for it to be legal is proposed and justified. It offers a critical analysis of «dietary» views based on the assertion that the law can have any content, including absolutely immoral content (the so-called «separability thesis»).

Keywords: legal positivism, natural law, law, morality, separation thesis, separability thesis, dietary and calorie theories.

References

1. Hart G. L. A. Pozitivizm i razgranicheniye prava i morali [Positivism and the Separation of Law and Morals] // *Filosofiya i yazyk prava* [Philosophy and Language of Law] / Eds. V. V. Ogleznev, V. A. Surowtsev. Moscow: Kanon+ROOI Reabilitaciya Publ., 2017. P. 168–214. (In Russ.).

2. Fuller L. L. Pozitivizm i vernost' pravu: otvet professoru Khartu [Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart] // *Filosofiya i yazyk prava* [Philosophy and Language of Law] / Eds. V. V. Ogleznev, V. A. Surowtsev. Moscow: Kanon+ROOI Reabilitaciya Publ., 2017. P. 281–333. (In Russ.).

3. Lacey N. A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and Noble Dream. Oxford University Press, 2004. 422 p. (In Engl.).

4. Ogleznev V. V. Pereosmysleniye i novaya interpretatsiya diskussiy mezhdru G. L. A. Khartom i L. L. Fullerom i ikh znacheniiye dlya analiticheskoy filosofii prava [Reconsideration and New Interpretation of the Hart-Fuller Debate and Their Value for Analytical Legal Philosophy] // *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Tomsk State University Journal*. 2010. No. 330. P. 55–59. (In Russ.).

5. Hart H. L. A. Review on The Morality of Law by Lon L. Fuller // *Harvard Law Review*. 1965. Vol. 78, no. 6. P. 1281–1296. DOI: 10.2307/1338941. (In Engl.).

6. Raz J. Practical Reason and Norms. London: Hutchinson, 1975. 192 p. (In Engl.).

7. Alexy R. Ponyatiye i deystvitel'nost' prava (otvet yuridicheskomu pozitivizmu) [The Concept of Law and Validity of Law: A Reply to Legal Positivism]. Moscow: Infotropik Media Publ., 2011. 192 p. (In Russ.).

8. Hart G. L. A. Ponyatie prava [The Concept of Law]. St. Petersburg: SPbU Publ., 2007. 302 p. (In Russ.).

9. Kelsen H. Pravo, gosudarstvo i spravedlivost' v chistom uchenii o prave [Law, State and Justice in the Pure Theory of Law] // *Pravovedenie. The Jurisprudence*. 2013. No. 2 (307). P. 226–240. (In Russ.).

10. Kelsen H. Chistoye ucheniye o prave [Pure Theory of Law]. St. Petersburg: Alef-Press Publ., 2015. 542 p. (In Russ.).

11. Lyons D. Principles, Positivism, and Legal Theory // *The Yale Law Journal*. 1977. Vol. 87, no. 2. P. 415–435. DOI:10.2307/795657. (In Engl.).

12. Lyons D. Moral Aspects of Legal Theory // *Midwest Studies in Philosophy*. 1982. Vol. 7, no. 1. P. 223–254. DOI: 10.1111/j.1475-4975.1982.tb00093.x. (In Engl.).

13. Coleman J. L. Negative and Positive Positivism // *The Journal of Legal Studies*. 1982. Vol. 11, no. 1. P. 139–164. DOI: 10.1086/467696. (In Engl.).
14. Dreier R. Der Begriff des Rechts // *Neue Juristische Wochenschrift*. 1986. Vol. 39, no. 14. S. 890–896. (In Germ.).
15. Alexy R. On Necessary Relations Between Law and Morality // *Ratio Juris*. 1989. Vol. 2, no. 2. P. 167–183. DOI: 10.1111/j.1467-9337.1989.tb00035.x. (In Engl.).
16. Holton R. Positivism and the Internal Point of View // *Law and Philosophy*. 1998. Vol. 17, no. 5-6. P. 597–625. DOI: 10.2307/3505190. (In Engl.).
17. Bix B. Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudential Debate // *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*. 1999. Vol. 12, no. 1. P. 17–33. DOI: 10.1017/S0841820900002125. (In Engl.).
18. Morauta J. Three Separation Thesis // *Law and Philosophy*. 2004. Vol. 23, no. 2. P. 111–135. DOI: 10.1023/B:LAPH.0000011917.35514.fb. (In Engl.).
19. Green L. Positivism and the Inseparability of Law and Morals // *New York University Law Review*. 2008. Vol. 83, no. 4. P. 1035–1058. (In Engl.).
20. Coleman J. L., Leiter B. *Legal Positivism // A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* / Ed. D. Patterson. Oxford: Wiley-Blackwell, 2010. P. 228–248. (In Engl.).
21. Coleman J. L. The Architecture of Jurisprudence // *The Yale Law Journal*. 2011. Vol. 121, no. 1. P. 2–80. (In Engl.).
22. Kraevsky A. A. Chistoye ucheniye o prave i sovremennyy yuridicheskiy pozitivizm [Pure Theory of Law and Contemporary Legal Positivism] // *Pravovedenie. The Jurisprudence*. 2015. No. 2 (319). P. 88–125. (In Russ.).
23. Austin J. *The Province of Jurisprudence Determined* / Ed. W. E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. 298 p. (In Engl.).
24. Gardner J. Legal Positivism: 5½ Myths // *The American Journal of Jurisprudence*. 2001. Vol. 46, no. 1. P. 199–227. DOI: 10.1093/ajj/46.1.199. (In Engl.).
25. Bix B. On the Dividing Line Between Natural Law Theory and Legal Positivism // *Notre Dame Law Review*. 2000. Vol. 75, no. 5. P. 1613–1624. (In Engl.).
26. Marmor A. Exclusive Legal Positivism // *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* / Eds. J. Coleman, S. Shapiro. Oxford: Oxford University Press, 2002. P. 104–124. (In Engl.).
27. Himma K. E. Inclusive Legal Positivism // *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* / Eds. J. Coleman, S. Shapiro. Oxford: Oxford University Press, 2002. P. 125–165. (In Engl.).
28. Nekhaev A. V. Plokhoy zakon kak chistoye pravo: kriticheskiye zametki k filosofii prava G. L. A. Kharta [Evil Law as the Pure Law: Critical Remarks on the Philosophy of Law of H. L. A. Hart] // *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Tomsk State University Journal*. 2019. No. 440. P. 72–80. DOI: 10.17223/15617793/440/10. (In Russ.).
29. Didikin A. B. Moral'naya neytral'nost' kak pravovaya tsennost': kriticheskiy analiz filosofsko-pravovykh argumentov A. V. Nekhayeva [Moral Neutrality as Legal Value: Critical Analysis of Philosophical and Legal Arguments of A. V. Nekhaev] // *Omskiy nauchnyy vestnik. Ser. Obshchestvo. Istoriya. Sovremennost'. Omsk Scientific Bulletin. Series Society. History. Modernity*. 2019. Vol. 4, no. 3. P. 99–103. DOI: 10.25206/2542-0488-2019-4-3-99-103. (In Russ.).
30. Coleman J. L. *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001. 226 p. (In Engl.).
31. Plunkett D. Legal Positivism and the Moral Aim Thesis // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2013. Vol. 33, no. 3. P. 563–605. DOI: 10.1093/ojls/gqt009. (In Engl.).
32. Hershovitz S. *The End of Jurisprudence* // *The Yale Law Journal*. 2015. Vol. 124, no. 4. P. 1160–1204. (In Engl.).
33. Dworkin R. *Judicial Discretion* // *The Journal of Philosophy*. 1963. Vol. 60, no. 21. P. 624–638. DOI: 10.2307/2023557. (In Engl.).
34. Campbell T. D. *The Legal Theory of Ethical Positivism*. NY: Routledge, 1996. 286 p. (In Engl.).
35. Fűßer K. Farewell to «Legal Positivism»: The Separation Thesis Unraveling // *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* / Ed. R. P. George. Oxford: Oxford University Press, 1996. P. 119–162. (In Engl.).
36. Dworkin R. *Taking Right Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. 372 p. (In Engl.).
37. Raz J. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. NY: Oxford University Press, 1979. 292 p. (In Engl.).
38. Raz J. Authority, Law and Morality // *The Monist*. 1985. Vol. 68, no. 3. P. 295–324. DOI: 10.5840/monist198568335. (In Engl.).
39. Dworkin R. No Right Answer? // *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart* / Eds. P. M. S. Hacker, J. Raz. Oxford: Clarendon Press, 1977. P. 58–84. (In Engl.).
40. Postema G. J. Coordination and Convention at the Foundations of Law // *The Journal of Legal Studies*. 1982. Vol. 11, no. 1. P. 165–203. DOI: 10.1086/467697. (In Engl.).
41. Lyons D. *Ethics and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984. 230 p. (In Engl.).
42. Leiter B. Realism, Hard Positivism, and Conceptual Analysis // *Legal Theory*. 1998. Vol. 4, no. 4. P. 533–547. DOI: 10.1017/S1352325200001130. (In Engl.).
43. Toh K. An Argument Against the Social Fact Thesis (and Some Additional Preliminary Steps Towards a New Conception of Legal Positivism) // *Law and Philosophy*. 2008. Vol. 27, no. 5. P. 445–504. DOI: 10.1007/s10982-008-9024-z. (In Engl.).
44. Brink D. O. Legal Positivism and Natural Law Reconsidered // *The Monist*. 1985. Vol. 68, no. 3. P. 364–387. DOI: 10.5840/monist198568334. (In Engl.).
45. Brink D. O. Legal Positivism and Natural Law Reconsidered, Again // *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*. 1989. Vol. 2, no. 2. P. 171–174. DOI: 10.1017/S0841820900002836. (In Engl.).
46. Shapiro S. *Legality*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. 472 p. (In Engl.).
47. Bogart J. Adjudication, Validity, and Theories of Law // *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*. 1989. Vol. 2, no. 2. P. 163–170. DOI: 10.1017/S0841820900002824. (In Engl.).
48. Dworkin R. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986. 470 p. (In Engl.).
49. Austin J. L. A Plea for Excuses: The Presidential Address // *Proceedings of the Aristotelian Society*. 1957. Vol. 57, no. 1. P. 1–30. DOI: 10.1093/aristotelian/57.1.1. (In Engl.).
50. Moore M. S. The Various Relations between Law and Morality in Contemporary Legal Philosophy // *Ratio Juris*. 2012. Vol. 25, no. 4. P. 435–471. DOI: 10.1111/j.1467-9337.2012.00522.x. (In Engl.).
51. Moore M. S. Four Reflections on Law and Morality // *William & Mary Law Review*. 2007. Vol. 48, no. 5. P. 1523–1569. (In Engl.).
52. Feinberg J. The Dilemmas of Judges Who Must Interpret «Immoral Laws» // *Problems at the Roots of Law: Essays in Legal and Political Theory*. NY: Oxford University Press, 2003. P. 3–35. (In Engl.).
53. Brand-Ballard J. *Limits of Legality: The Ethics of Lawless Judging*. Oxford: Oxford University Press, 2010. 354 p. (In Engl.).
54. Fuller L. L. *Moral' prava* [The Morality of Law]. Moscow: IRISEN Publ., 2007. 308 p. (In Russ.).
55. Moiseev S. V. «Ponyatiye prava» Gerberta Kharta [«The Concept of Law» By Gerbert Hart] // *Ponyatie prava* [The Concept of Law]. St. Petersburg: SPbU Publ., 2007. P. 269–295. (In Russ.).
56. Schauer F. The Path-Dependence of Legal Positivism // *Virginia Law Review*. 2015. Vol. 101, no. 4. P. 957–976. (In Engl.).
57. Bix B. *Law, Language, and Legal Determinacy*. Oxford: Clarendon Press, 2003. 222 p. (In Engl.).

58. Marmor A. Interpretation and Legal Theory. Oxford: Hart Publishing, 2005. 180 p. (In Engl.).
59. Ogleznev V. V. «Otkrytaya tekstura» yuridicheskogo yazyka [«Open Texture» of Legal Language] // Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Filosofiya. Sotsiologiya. Politologiya. *Tomsk State University Journal of Philosophy, Sociology and Political Science*. 2016. No. 2 (34). P. 237–244. DOI: DOI: 10.17223/1998863X/34/28. (In Russ.).
60. Dworkin R. Hard Cases // *Harvard Law Review*. 1975. Vol. 88, no. 6. P. 1057–1109. DOI: 10.2307/1340249. (In Engl.).
61. Riggs v. Palmer, 115 N. Y. 506, 22 N. E. 188 (1889). URL: <https://www.courtlistener.com/opinion/3630328/riggs-v-palmer/> (accessed: 04.08.2019). (In Engl.).
62. U.S. Reports: United States v. Kirby, 74 U.S. (7 Wall.) 482–487 (1869). URL: <http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep074/usrep074482/usrep074482.pdf> (accessed: 04.08.2019). (In Engl.).
63. Act of United States Congress, of March 3, 1825, entitled «Act to reduce into one the several acts establishing and regulating the Post-office Department». URL: <https://www.loc.gov/law/help/statutes-at-large/18th-congress/c18.pdf> (accessed: 04.08.2019). (In Engl.).
64. Criminal Law. In General. German Citizen Who Pursuant to Nazi Statute Informed on Husband for Expressing Anti-Nazi Sentiments Convicted under Another German Statute in Effect at Time of Act // *Harvard Law Review*. 1951. Vol. 64, no. 6. P. 1005–1007. DOI: 10.2307/1336637. (In Engl.).
65. Mertens T. Radbruch and Hart on the Grudge Informer: A Reconsideration // *Ratio Juris*. 2002. Vol. 15, no. 2. P. 186–205. DOI: 10.1111/1467-9337.00204. (In Engl.).
66. Dyzenhaus D. The Grudge Informer Case Revisited // *New York University Law Review*. 2008. Vol. 83, no. 4. P. 1000–1034. (In Engl.).
67. Radbruch G. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946) // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2006. Vol. 26, no. 1. P. 1–11. DOI: 10.1093/ojls/gqi041. (In Engl.).
68. Raz J. Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason. NY: Oxford University Press, 2009. 414 p. (In Engl.).
69. Waldron J. The Irrelevance of Moral Objectivity // *Natural Law Theory: Contemporary Essays* / Ed. R. P. George. Oxford: Clarendon Press, 1992. P. 158–187. (In Engl.).
70. Thomas Aquinas. Summa teologii. T. IV: Pervaya chast' Vtoroj chasti. Voprosy 68–114 [The Summa Theologica. Vol. IV: First Part of the Second Part. Questions 68–114]. Moscow: LIBROKOM Publ., 2012. 688 p. ISBN 978-5-397-02428-0. (In Russ.).
71. Kennedy D. Legal Formality // *Journal of Legal Studies*. 1973. Vol. 2, no. 2. P. 351–398. DOI: 10.1086/467502. (In Engl.).
72. Dyzenhaus D. Dworkin and Unjust Law // *The Legacy of Ronald Dworkin* / Eds. W. Waluchow, S. Sciaraffa. NY: Oxford University Press, 2016. P. 131–164. (In Engl.).
73. Hershovitz S. Wittgenstein on Rules: The Phantom Menace // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2002. Vol. 22, no. 4. P. 619–640. DOI: 10.1093/ojls/22.4.619. (In Engl.).
74. Moore M. S. The Semantics of Judging // *Southern California Law Review*. 1981. Vol. 54. P. 151–294. (In Engl.).
75. Beyleveld D., Brownsword R. The Practical Difference between Natural-Law Theory and Legal Positivism // *Oxford Journal of Legal Studies*. 1985. Vol. 5, no. 1. P. 1–32. DOI: 10.1093/ojls/5.1.1. (In Engl.).
76. Brink D. O. Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review // *Philosophy & Public Affairs*. 1988. Vol. 17, no. 2. P. 105–148. (In Engl.).
77. Finnis J. Estestvennoye pravo i estestvennyye prava [Natural Law and Natural Rights]. Moscow: IRISEN, Mysl' Publ., 2012. 554 p. (In Russ.).
78. Prichard H. A. Moral Obligation // *Moral Writings*. Oxford: Oxford University Press, 2002. P. 163–225. (In Engl.).
79. MacCormick N. Institutions of Law: An Essay in Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. 318 p. (In Engl.).
80. Priel D. Toward Classical Legal Positivism // *Virginia Law Review*. 2015. Vol. 101, no. 4. P. 987–1022. (In Engl.).
81. Austin J. L. Kak sovershat' deystviya pri pomoshchi slov? [How to Do Things with Words] // *Izbrannoye* [Selected Works]. Moscow: Ideya-Press, DIK Publ., 1999. P. 11–135. (In Russ.).
82. Hintikka J. O Vitgenshteyne [On Wittgenstein]. Moscow: Kanon+ROOI Reabilitaciya Publ., 2013. 272 p. (In Russ.).
83. Wittgenstein L. Korichnevaya kniga [The Brown Book]. Moscow: DIK Publ., 1999. 160 p. (In Russ.).
84. Wittgenstein L. Notes for Lectures on «Private Experience» and «Sense Data» // *The Philosophical Review*. 1968. Vol. 77, no. 3. P. 287–288. DOI: 10.2307/2183568. (In Engl.).
85. Hart G. L. A. Analiticheskaya yurisprudentsiya v seredine XX veka: otvet professoru Bodenkhaymeru [Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer] // *Filosofiya i yazyk prava* [Philosophy and Language of Law] / Eds. V. V. Ogleznev, V. A. Surovtsev. Moscow: Kanon+ROOI Reabilitaciya Publ., 2017. P. 135–167. (In Russ.).
86. Quine W. V. O. Slovo i ob"yekt [Word and Object]. Moscow: Logos, Praxis Publ., 2000. 386 p. ISBN 5-7333-0485-6. (In Russ.).
87. Wittgenstein L. Filosofskiye issledovaniya [Philosophical Investigations] // *Filosofskiye raboty* [Philosophical Works]. Vol. 1. Moscow: Gnozis Publ., 1994. P. 75–319. ISBN 5-7333-0485-6.
88. Nozick R. Anarhiya, gosudarstvo i utopiya [Anarchy, State and Utopia]. Moscow: IRISEN Publ., 2008. 424 p. (In Russ.).
89. Hart G. L. A. Sushchestvuyut li estestvennyye prava? [Are There Any Natural Rights?] // *Filosofiya i yazyk prava* [Philosophy and Language of Law] / Eds. V. V. Ogleznev, V. A. Surovtsev. Moscow: Kanon+ROOI Reabilitaciya Publ., 2017. P. 116–134. (In Russ.).

NEKHAEV Andrey Viktorovich, Doctor of Philosophical Sciences, Professor of History, Philosophy and Social Communications Department, Omsk State Technical University; Professor of Philosophy Department, Tyumen State University; Research Associate of the Laboratory of Logical and Philosophical Studies, Tomsk Scientific Center, Siberian Branch, Russian Academy of Sciences, RAS.

SPIN-code: 5844-9381

AuthorID (RSCI): 394939.

Address for correspondence: A_V_Nekhaev@rambler.ru

For citations

Nekhaev A. V. Moral passion and legal positivism: reply to Anton Didikin // *Omsk Scientific Bulletin. Series Society. History. Modernity*. 2019. Vol. 4, no. 4. P. 94–111. DOI: 10.25206/2542-0488-2019-4-4-94-111.

Received 30 October 2019.

© A. V. Nekhaev