

МОРАЛЬНЫЕ СУЖДЕНИЯ И ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ ПРАВА

Статья посвящена анализу аргументов А. В. Нехаева, в которых обосновывается первичная моральная основа правовых предписаний. На основе современных дискуссий в философии права доказывается необоснованность произвольного переноса моральных суждений в область права, а также на примере судебной практики демонстрируется, что судебный процесс не включает в себя моральную интерпретацию действий, в силу которой может быть определен характер санкции или наказания. В качестве дополнительных аргументов для определения теории юридической силы приводятся рассуждения теории нормативизма, адаптированные под современные реалии законодательства.

Ключевые слова: юридический позитивизм, теория естественного права, мораль, моральная нейтральность, действия, ответственность, юридический язык.

Дискуссия о соотношении права и морали в различных контекстах достаточно давно представляет интерес в философских спорах и дебатах о реформировании правовых систем. В 60-е гг. XX в. эта дискуссия приобрела некоторый политический оттенок, когда Г. Харт и П. Девлин вывели собственную аргументацию в плоскость реформ уголовного права [1, 2]. Тогда вопросы были поставлены в наиболее остром социально-политическом смысле — должны ли нормы уголовного права, предусматривающие санкции, быть одновременно средством морального осуждения и исправления нарушителя? Или же эти нормы должны применяться нейтрально с моральной точки зрения, предусматривая наказание за фактически совершенные преступные деяния по закону (а не с точки зрения общественной морали)?

В дискуссии Харта и Девлина заметный интеллектуальный перевес в итоге остался за Хартом, что существенно обновило дебаты между сторонниками правового позитивизма и юснатурализма. В то же время для аналитической философии права важным оказались и некоторые «уступки» в позитивистской аргументации Г. Харта в пользу признания влияния моральных суждений судей при принятии судебных приговоров по уголовным делам [3, р. 2–3].

В статьях А. В. Нехаева, опубликованных в 2019 г. [4, а также см. статью в настоящем номере], предпринята попытка оживить эту давнюю дискуссию (на которую нами уже был сформулирован ответ в [5]), в том числе путем переосмысления характера классификации правовых концепций на «диетические» и «калорийные» (подробнее см. в [4, с. 72]). Такая классификация, по мнению А. В. Нехаева, позволяет более точно провести демаркацию между теориями, ориентированными на юридический позитивизм либо на этические и юснатуралистские подходы. Наша позиция состоит в том, что истоки подобного разделения имеют исключительно исторический смысл и в современных условиях уже не могут быть убедительно доказаны, что мы и проиллюстрируем в настоящей статье.

Следует отметить, что вся направленность критики аргументов правового позитивизма у А. В. Нехаева обусловлена выделением двух сфер — теории судебного решения и теории юридической силы (действительности) правовых норм. Соответственно, если будет доказано, что в первом и втором случаях невозможно морально нейтральное обоснование этих суждений, они с необходимостью окажутся разнородностью «калорийной» (а не «диетической») правовой теории.

Суть первого аргумента состоит в том, что «диетические» теории только кажутся нам правдоподобным объяснением природы права, в реальности же они не способны удовлетворительным образом объяснить феномен вынесения судебного решения. И хотя такие теории и не являются откровенно ложными, они в практическом смысле бесполезны для большинства действительно важных вопросов юриспруденции. Объяснительная сила «диетических» теорий права ограничена и уступает своим более «калорийным» аналогам. А. В. Нехаев полагает недопустимым смешивать два дискурса, основанные на «калорийных» и «диетических» теориях, и в то же время формулирует ряд более строгих аргументов, раскрывающих суть его подхода:

— «используемые для объяснения природы и функций права суждения обязательно включают в себя ссылки на моральные факты (*the inseparability thesis*);

— «право имеет по своей природе моральную цель (*the moral aim thesis*);

— «право есть не что иное, как моральные правила, применяемые социально значимыми способами (*the incorporation thesis*), а понятие права есть понятие морально оправданной власти».

Следует отметить, что ни с одним из указанных тезисов невозможно согласиться как с точки зрения методологии, так и с точки зрения судебной практики. Судебная практика, несмотря на ее эмпирический характер, в строгом смысле не является доказательством обязательности моральных суждений судьи при принятии судебного решения. У судьи нет юридически или морально обязываю-

щих стандартов, которые придавали бы процессуальную форму «моральным фактам», именно поэтому свобода судебного усмотрения становится ключевым элементом обеспечения законности и справедливости судебных решений. Рассмотренный выше пример с уголовным процессом может лишь подчеркнуть данную тенденцию. Все случаи применения «моральных» суждений о границах уголовной ответственности за преступное деяние, смягчающих или отягчающих обстоятельствах определены уголовным законом (а не стандартами общественно признанной морали). Отсюда следует признать неудачными аргументы правового реализма, представленные в частности в последние годы Б. Лейтером, о том, что правовые нормы не могут служить рациональным способом обоснования реальных судебных решений [6, р. 60–80]. В этом рассуждении уже содержится внутреннее противоречие (и чувствуется, что такую логику разделяет и А. В. Нехаев в его трех тезисах, высказанных выше) — именно процессуальная (нормативная) форма делает судебное решение реальным и юридически обязывающим, а не гибкие и изменчивые моральные императивы. В то же время правовая норма — не инструкция, подробно определяющая алгоритм действий, а границы возможной юридической интерпретации действий, что при свободе судебного усмотрения не должно вызывать тревогу. Любое судебное решение, с которым заявитель не согласен, при соблюдении процессуальных правил может быть оспорено и признано недействительным (опять же при нарушении правовых норм, а не моральных императивов). Аналогично понятие легитимности власти не сводится к ее моральной оправданности, а скорее относится к эффективности применяемого принуждения. Ведь неэффективный государственный аппарат вряд ли сможет улучшить свое положение только в силу большей или меньшей моральной оправданности его решений. Несколько десятилетий назад дебаты Г. Харта и Л. Фуллера лишней раз прояснили и этот контекст, что аргументация юридического позитивизма не сводится только к идее формальной законности, а напротив предполагает применение базовых правовых принципов, среди которых верховенство права и «правило признания» являются первоосновой правовой системы [7, с. 168–215].

Вторая часть аргументов А. В. Нехаева касается более сложного онтологического вопроса о действительности права и юридической силе нормативных предписаний. В самом общем виде эти аргументы сводятся к следующим рассуждениям:

— «правило L является законом (имеет юридическую силу) тогда и только тогда, когда существует моральное право на принудительное исполнение L»;

— «практическая недействительность (необязательный характер) несправедливых законов»;

— «моральные факты составляют одно из необходимых условий существования действительного закона».

Эти аргументы также являются крайне спорными, поскольку, как было отмечено выше, связь моральной оправданности и легитимности для власти неочевидна. Кроме того, тезис о юридической недействительности несправедливых законов уже сформулирован в теории естественного права, в особенности в теории Дж. Финниса. В одной из глав своей известной книги «Естественное право и естественные права» он объясняет, что его интересует «выявление принципов и пределов го-

сподства закона» [8, с. 435]. Дж. Финнис выделяет несколько видов законов, которые являются несправедливыми, так как не направлены на достижение общего блага:

— законы, изданные и предназначенные к «его собственной выгоде или выгоде его друзей, его партии или группировки или же продиктованные враждебностью к какому-то лицу или какой-то группе»;

— распоряжения, которые превышают полномочия должностного лица; «осуществление законной власти без выполнения установленных требований к способу и форме действий»;

— постановления и распоряжения, которые «по существу являются несправедливыми» [8, с. 436].

Так, в частноправовых отношениях люди могут руководствоваться принципом следующего содержания: «если я не исполню данное мною обещание, то мне ничего больше не доверят» [8, с. 374–375]. На уровне массового соблюдения законов должна работать такая же схема — доверие как условие законности. Кроме того, Дж. Финнис обращает внимание на форму выражения закона со стороны законодательного органа или правителя. Закон может быть сугубо карательным и публиковаться в таких формах, как *lex moralis*, *lex roenalis mixta* и *lex iure*. Каждая из этих трех форм так и или иначе содержит санкцию за нарушение. Все эти три формы содержат в себе санкцию.

Для карательного закона характерна формула нормативного предписания, которая гласит, что «некоторые законы, хотя они могли бы толковаться как налагающие на субъекта правовую обязанность совершить ф, должны толковаться скорее как налагающие на него не более чем обязанность понести наказание Р — или, в некоторых версиях этой теории, как налагающие на него лишь альтернативную обязанность либо совершить ф, либо понести наказание Р» [8, с. 404]. Другая форма закона, *lex roenalis mixta*, включает «положительно выраженное указание субъекту совершить ф, тогда закон должен трактоваться как налагающий на субъекта обязанность совершить ф» [8, с. 404]. Тем самым при введении карательного закона у субъекта остается возможность выбора поведения — либо выполнение обязательства, либо наказание за неисполнение. А законы, изданные в форме *lex roenalis mixta*, наоборот, не дают такого права выбора субъекту и, по сути, обязывают его соблюсти условия договора и не уклоняться от них в пользу санкции.

С точки зрения психологии законотворчества, Дж. Финнис вслед за классическими философскими представлениями Ф. Аквинского и Ф. Суареса разделяет понятия «разум» и «воля». Так, например, Ф. Суарес полагал, что именно воля направляет человека к действию. Ф. Аквинский в дополнение к этому выделяет еще один важный компонент — *imperium* («повеление», «императив»). Что же такое *imperium*? Дж. Финнис объясняет, что это «акт ума», посредством которого человек, так сказать, мысленно ставит перед собой выбранный им самим образ действия» [8, с. 419]. Этот *imperium* и есть «обнародованное «намерение законодателя», которое представляет для подвластного определенный и понятный образец действия, который, будучи выбран законодателем в качестве обязательного, может действительно быть обязательным в глазах разумного подвластного, потому что *imperium* правителя может разумно рассматриваться подвластным так, как если бы это был его собственный

impetium» [8, с. 422]. Таким образом, подвластному субъекту будет значительно проще действовать согласно законам правителя, а не подвергать их сомнению. А законодателю, учитывая психологию поведения, подталкивать граждан к соблюдению любых законов.

Таким образом, известный тезис юснатурализма «*les injusta non est lex*» (несправедливый закон законом не является) интерпретируется современным теоретиком естественного права Дж. Финнисом в духе правового позитивизма — законы, которые хоть и не соответствуют основной цели (достижению общего блага), являются вполне юридически действительными. Да, трудно обосновать в данном случае полномочия законодателя, но с процедурной точки зрения несправедливый закон сохраняет юридическую силу даже в случае его моральной ущербности. Очевидно, что при формулировке А. В. Нехаевым тезисов о моральной оправданности власти и правовых норм такой характер рассуждений совершенно не учитывался, хотя он часто присутствует на практике, в том числе в решениях судов.

Но как же быть с рассуждением А. В. Нехаева о том, что «правило L является законом (имеет юридическую силу) тогда и только тогда, когда существует моральное право на принудительное исполнение L»? Мы полагаем, что в данном случае наиболее обоснованную методологию объяснения действительности права когда-то предложил Г. Кельзен с точки зрения нормативизма. И применительно к сформулированному тезису необходимо различать «действительность» и «действенность» права, что представляется возможным без привлечения моральных рассуждений.

Так, существует возможность разделения фактического и формально-юридического при совершении действий. Убийство, с точки зрения права, можно рассмотреть как определенное фактическое деяние — «некто причиняет какими-либо действиями смерть кому-либо другому», а вынесение судебного решения можно показать как ситуацию, когда «человек, одетый в мантию, с возвышения говорит одному из стоящих перед ним людей определенные слова». В любом фактическом составе, по мнению Г. Кельзена, можно выделить два элемента: «первый из них — происходящий в пространстве и времени, чувственно воспринимаемый акт или ряд таких актов, внешний ход человеческого поведения; второй элемент — его правовое значение, т.е. то значение, которое этот акт имеет в силу права» [9, с. 11]. Поэтому не всякое действие, потенциально правовое, будет действительно оценено с точки зрения правовой нормы как юридически значимое.

Правовая норма — ключевой элемент действительности права (а вовсе не результат морального переживания субъекта), выступает схемой истолкования и интерпретации действий: «это не его фактичность, т.е. не его каузально определенное, включенное в систему природы бытие, но объективный смысл, связанный с этим актом, то значение, которым он обладает» [9, с. 12–13]. Конкретное действие получает собственный юридический смысл по причине существования некоторой нормы, которая по содержанию соотносится с этим действием, наделяя его правовым значением. Поэтому норма функционирует в качестве схемы истолкования конкретного поведения. Без тех или иных норм и описания содержания различных казусов в них ни одно из этих действий нельзя было бы считать правовым или противоправным. Отсюда некое со-

брание людей является парламентом (законодателем), так как в правовом отношении результат их деятельности — принятие законов, соответствующих принципам, сформулированным в Конституции.

Г. Кельзен убежден, что правом можно назвать лишь те нормы, которые и субъективны и объективны одновременно, что, в свою очередь, помогает избежать узурпации власти, использующей право как элемент защиты и укрепления своей власти. Многие действия могут иметь схожий субъективный смысл, но только их ориентация и опора на конкретную правовую норму делает их объективными с точки зрения права.

Тем самым действительность права важно отличать от его действенности (и различных форм оправданности и эффективности). Словом «действительность» можно обозначать лишь специфическое существование нормативных предписаний (что игнорируется в рамках «калорийных» теорий права). Как отмечает Г. Кельзен, «существование» позитивной нормы, т.е. действительность, отличается от существования акта воли, объективный смысл которого она составляет.

Норма может быть действительной, даже если акт воли, смысл которого она составляет, больше не существует. В самом деле, она становится действительной лишь после того, как этот акт воли перестает существовать» [9, с. 21].

То есть юридическая сила нормативного предписания определяется не его соответствием фактическому положению дел, а процедурными правилами законодательства. Отсюда следует, что проблема действительности права должна рассматриваться в контексте лингвистического анализа и прояснения значений юридических терминов, а вовсе не наполнением юридического содержания дополнительной моральной, политической или социальной аргументацией.

Какую бы конкретную ситуацию мы ни взяли, оценить ее с помощью моральных суждений в правовом контексте без учета формально-юридического смысла правовых предписаний не представляется возможным.

Библиографический список

1. Hayry H. Liberalism and Legal Moralism: The Hart-Devlin Debate and Beyond // Ratio Juris. 1991. Vol. 4, Issue 2. P. 202–218. DOI: 10.1111/j.1467-9337.1991.tb00093.x.
2. Hayry H. Legal Paternalism and Moralism: Devlin, Hart and Ten // Ratio Juris. 1992. Vol. 5, Issue 2. P. 191–201. DOI: 10.1111/j.1467-9337.1992.tb00124.x.
3. Hart H. L. A. Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. 277 p. ISBN 9780199534777.
4. 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.
5. 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.
6. Leiter B. Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2007. 275 p. ISBN 9780199206490.
7. Харт Г. Л. А. Философия и язык права. М.: Канон + РООИ Реабилитация, 2017. 384 с. ISBN 978-5-88373-016-9.

8. Финнис Дж. Естественное право и естественные права / пер. с англ. В. П. Гайдамова, А. В. Панихиной. М.: ИРИСЭН: Мысль, 2012. 552 с. ISBN 978-5-91066-053-7.

9. Кельзен Г. Чистое учение о праве / пер. с нем. М. В. Антоновой, С. В. Лезовой. 2-е изд. СПб.: Алеф-Пресс, 2015. 540 с. ISBN 978-5-905966-54-5.

ДИДИКИН Антон Борисович, доктор философских наук, кандидат юридических наук, заведующий сектором философии права, истории и теории государства и права, ведущий научный сотрудник.

SPIN-код: 4897-4450

ORCID: 0000-0003-0808-8900

AuthorID (SCOPUS): 56308857400

ResearcherID: C-7039-2018

Адрес для переписки: abdidikin@bk.ru

Для цитирования

Дидикин А. Б. Моральные суждения и действительность права // Омский научный вестник. Сер. Общество. История. Современность. 2019. Т. 4, № 4. С. 112–116. DOI: 10.25206/2542-0488-2019-4-4-112-116.

Статья поступила в редакцию 21.10.2019 г.

© А. Б. Дидикин

MORAL JUDGMENTS AND VALIDITY OF LAW

The paper is devoted to the analysis of A. V. Nekhaev's arguments, which substantiate the primary moral basis of legal regulations. On the basis of modern discussions in the legal philosophy, the groundlessness of arbitrary transfer of moral judgments in the field of law is proved, as well as on the example of judicial practice, it is demonstrated that the judicial process does not include a moral interpretation of actions, by virtue of which the nature of the sanction or punishment can be determined. As additional arguments for the definition of the legal force theory, the arguments of the normativism adapted to the modern realities of lawmaking are given.

Keywords: legal positivism, natural law theory, morality, moral neutrality, actions, responsibility, legal language.

References

1. Hayry H. Liberalism and Legal Moralism: The Hart-Devlin Debate and Beyond // *Ratio Juris*. 1991. Vol. 4, Issue 2. P. 202–218. DOI: 10.1111/j.1467-9337.1991.tb00093.x. (In Engl.).
2. Hayry H. Legal Paternalism and Moralism: Devlin, Hart and Ten // *Ratio Juris*. 1992. Vol. 5, Issue 2. P. 191–201. DOI: 10.1111/j.1467-9337.1992.tb00124.x. (In Engl.).
3. Hart H. L. A. Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. 277 p. ISBN 9780199534777. (In Engl.).
4. 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.).
5. 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.).
6. Leiter B. Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2007. 275 p. ISBN 9780199206490. (In Engl.).
7. Hart H. L. A. *Filosofiya i yazyk prava* [The Concept of Law]. Moscow, 2017. 384 p. ISBN 978-5-88373-016-9. (In Russ.).
8. Finnis J. *Estestvennoye pravo i estestvennyye prava* [Natural law and natural rights] / trans. from Engl. V. P. Gaydamov, A. V. Panikhina. Moscow, 2012. 552 p. ISBN 978-5-91066-053-7. (In Russ.).
9. Kelsen H. *Chistoye ucheniye o prave* [Reine Rechtslehre] / trans. from Germ. M. V. Antonova, S. V. Lezovaya. 2nd ed. St. Petersburg, 2015. 540 p. ISBN 978-5-905966-54-5. (In Russ.).

DIDIKIN Anton Borisovich, Doctor of Philosophical Sciences, Candidate of Law, Head of Legal Philosophy, Legal History and Legal Theory Department, Leading Researcher.
SPIN-code: 4897-4450
ORCID: 0000-0003-0808-8900
AuthorID (SCOPUS): 56308857400
ResearcherID: C-7039-2018
Address for correspondence: abdidikin@bk.ru

For citation

Didikin A. B. Moral judgments and validity of law // *Omsk Scientific Bulletin. Series Society. History. Modernity*. 2019. Vol. 4, no. 4. P. 112–116. DOI: 10.25206/2542-0488-2019-4-4-112-116.

Received 21 October 2019.
© A. B. Didikin