

МОРАЛЬНАЯ НЕЙТРАЛЬНОСТЬ КАК ПРАВОВАЯ ЦЕННОСТЬ: КРИТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ ФИЛОСОФСКО-ПРАВОВЫХ АРГУМЕНТОВ А. В. НЕХАЕВА

Статья содержит анализ аргументов, высказанных в статье А. В. Нехаева по поводу критики позитивистской модели права Г. Харта и Дж. Раза. На основе современных тенденций и дискуссий в аналитической философии права показана необоснованность предложенного гипотетического разделения на «калорийные» и «диетические» теории в вопросе о разграничении права и морали. Отмечено, что классификация должна учитывать гибкость позитивистской аргументации и невозможность точной идентификации философско-правовых теорий в современных условиях. Автор делает вывод о том, что именно моральная нейтральность при применении правовых норм является правовой ценностью, способствующей обеспечению верховенства права в теоретических дискуссиях и на практике.

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

Аналитическая философия права как интеллектуальное течение в современной философии права характеризуется, с одной стороны, поиском аргументированного решения проблемы соотношения языка и реальности в контексте правовой системы, а с другой стороны, детальным анализом методологических установок и прояснения значений юридических терминов. В статье А. В. Нехаева, опубликованной в научном журнале «Вестник Томского государственного университета» предпринимается попытка обновить и сделать более глубокими размышления о сути аналитического подхода к праву [1]. Эта задача решается автором с разных позиций. Он стремится продемонстрировать глобальность устремлений аналитических философов права в осмыслении проблемы правопонимания и в то же время на основе гипотетических примеров противоречий «командной модели права» (в терминологии автора — модели Г. Харта — Дж. Раза) показать необоснованность базового тезиса современного правового позитивизма — тезиса о разделении права и морали, то есть суждения о том, что правовые нормы с целью их эффективного применения должны сохранять некую моральную нейтральность для принятия правовых решений. Несмотря на широкий и репрезентативный набор критических аргументов А. В. Нехаева, они не представляют обоснованными и провоцируют новый виток дискуссий о сущности проблемы соотношения права и морали.

Характерно, что размышления автора статьи предваряет эпиграф из известной книги Р. Дворкина «О правах всерьез», сформулированный следующим образом: «Суть вопросов права заключена в вопросах, касающихся моральных принципов. Чтобы успешно решать свои задачи, юриспруденция должна четко сформулировать эти вопросы и решать их как вопросы моральной теории» [1, с. 72]. Выбор такого эпиграфа вызывает удивление, поскольку большинство тезисов Р. Дворкина сформулированы в русле критики правового неопозитивизма Г. Харта и не могут быть рассмотрены в отрыве как некоторая автономная правовая концепция. Более того, Р. Дворкин догматически игнорирует неразрывную связь моральных и правовых принципов, часто иллюстрируя ее примерами из судебной практики, когда правовая процессуальная форма превращает ряд моральных суждений в правовые нормативные предписания. В то же время тяготение автора статьи к аргументации Р. Дворкина в целом не прослеживается, а потому эпиграф выступает скорее эмоциональным, нежели рациональным посылом к дискуссии о сущности позитивистской юриспруденции. И вызывает закономерный вопрос: а почему юриспруденция должна решать моральные вопросы, а не исключительно внутренние для самой науки правовые вопросы?

А. В. Нехаев обозначает важный аргумент о концептуальном «разрыве» теорий в структуре аналитической философии права на две части — «дие-

тические» и «калорийные» теории [1, с. 72]. Суть такого разделения аргументирована автором. Так, «калорийные» теории (примером которых являются концепции Р. Дворкина и Л. Фуллера) формируют представления о праве исходя из его соотношения с другими, преимущественно моральными явлениями. «Диетические» теории (к которым А. В. Нехаев относит концепции Г. Харта и Дж. Раза), напротив, обосновывают правовые суждения только правовыми аргументами, без каких-либо «примесей» в форме морали, религии, этики и политики. Право выступает в этом смысле сферой социальной жизни, нередуцируемой к моральным феноменам, а мораль сама по себе не может выступать критерием юридической силы правовых норм.

Несмотря на заведомо «иронический» способ разграничения аналитических концепций в философии права, предполагающий демонстрацию преимуществ «калорийных» теорий перед «диетическими», с аргументами автора и его классификацией трудно согласиться.

Прежде всего, следует отметить, что в аналитической философии права господствует иная классификация, внутри которой границы философско-правовых теорий постепенно размываются. Проблема разграничения морали и права базируется на основополагающей идее о том, что право и мораль необязательно должны совпадать как регуляторы человеческого поведения. Право может быть несправедливым и соответствующим тем нормам, которые действуют в конкретном обществе в конкретное время. Такая теория противопоставляется теории естественного права, аргументирующей иную природу права, возникающего от рождения, когда законы соответствуют нравственным установкам людей и не могут существовать без них [2, р. 21].

Теория естественного права в любой возможной версии отражает скорее идеальное представление о том, каким право должно быть, но зачастую не отражает действительную картину происходящих процессов в правовой системе общества, в то время как теория юридического позитивизма бывает более близкой к реальности, но приводит к серьезным искажениям понятия права, если мы ориентируемся лишь на принцип законности. Например, при репрессивном политическом режиме принятые законы будут соблюдаться гражданами, даже если они содержат несправедливые положения и такое состояние дел не противоречит законности. Но в то же время очевидно, что такая политическая практика будет нарушать принцип верховенства права, несводимый только к законности и процедурным нормам.

Вариант естественно-правовой теории, которую предложил Л. Фуллер, трудно назвать «калорийным», поскольку не само право приобретает «моральную упаковку», а, наоборот, мораль в форме «морали долга» или «морали стремления» реализуется правовыми средствами и существующими правовыми институтами [3, с. 14–16]. Так, ценности демократии не могут быть реализованы без правового обеспечения свободных выборов, но сам процесс организации избирательной кампании вряд ли можно представить в свете морали, поскольку в нем присутствуют в основном организационно-технические нормы и нормы о полномочиях субъектов избирательного процесса. Л. Фуллер неслучайно говорит о «процедурной» теории естественного права, внутри которой есть место и обсуждению базовых

постулатов правового неопозитивизма, и провозглашение принципа верности праву как основного (но этот принцип, тем не менее, является правовым, а не моральным) [4, с. 171]. Кроме того, правовые предписания имеют грамматическую языковую форму, и лишь наполнение этих предписаний позитивным смыслом может выступать поводом для разногласий.

Но и второй элемент классификации вызывает сомнения ввиду того, что правовой неопозитивизм недостаточно «диетичен». Как отмечает Дж. Раз, «несомненно, выяснение отношений между правом и моралью справедливо имеет центральное значение для объяснения природы права. Но пока мы не зададим правильные вопросы об отношениях, мы не достигнем разъясняющих ответов» [5, р. 1–2].

Г. Харт неслучайно предлагает более гибкую версию позитивистской аргументации, допускающей, в частности, минимальное моральное содержание в правовых нормах и правовой системе [6, р. 16]. В его теории подчеркиваются серьезные недостатки классического позитивизма Джона Остина, где право рассматривается исключительно как приказы, исходящие от суверена.

Во-первых, в такой модели можно найти множество сходств с системой уголовного права. Именно уголовно-правовые нормы содержат запреты на определенные действия под угрозой санкций. И страх перед уголовным наказанием стимулирует нас подчиняться требованиям таких правовых норм. По содержанию нормы уголовного права похожи на приказы (команды), однако все же адресуются не только другим субъектам, но и к самому законодателю, что уже не в полной мере соответствует командной модели права. Неопределенность понятия и статуса суверена превращает теорию Дж. Остина в незавершенный и противоречивый методологический проект.

Во-вторых, существуют такие отрасли права, где сложно обнаружить принуждающие правовые нормы, в частности, нормы о заключении брака, составлении завещаний или нормы контрактного права. В содержании этих правовых норм нет принуждения, а скорее содержатся рекомендации о том, как осуществлять права и обязанности в повседневной жизни или в торговом обороте.

В-третьих, по своему происхождению некоторые законы не были сознательно провозглашены (как это происходит в случае с приказом), но возникли на основе обычая, в отдельных случаях препятствуя возникновению государства как аппарата принуждения.

Кроме того, командная теория Дж. Остина либо искажает, либо не может объяснить две фундаментальные особенности правовых систем, в частности преемственность законодательной власти и сохранение законов в течение долгого времени после того, как законодатель и те, кто обычно ему подчинялся, ушли из жизни. Почему мы не опасаемся беззакония и хаоса при каждой смене правителя? Потому что во всех обществах, даже в абсолютных монархиях, есть правила, которые обеспечивают преемственность законодательной власти. В современных демократических государствах это более сложные правила, регулирующие избрание главы государства и депутатов парламента [4, с. 29].

Недостаточно «диетический» характер теории Г. Харта объясняется тем, что он, как и многие другие неопозитивисты, признавая разделение права и морали, относится к этому вопросу двойственно

и гибко [7, с. 188–189]. Эта дало повод некоторым критикам (например, Р. Дворкину) утверждать, что этого делать нельзя, ибо социальные и моральные размышления являются важными факторами образования права и не дают ему возможности узаконить злоупотребление властью.

Использование термина «правило признания» в аналитической юриспруденции Г. Харта во многом сближает его версию юридического позитивизма с другими правовыми теориями, в частности с феноменологией права. У аналитического подхода тем самым появляются некоторые антропологические черты. Человек как субъект правовых отношений — это уже не просто абстракция внутри идентификации нормативной системы как правовой. Образ человека определяется через анализ универсальных принципов его существования в обществе, то есть принципов, которые имеют определенные минимальные черты естественного права.

Перечисление таких определенных антропологических черт сближает позитивистскую аргументацию с правовым реализмом, в частности стремлением к большему учету субъективности и эмпирических условий в процессе познания права. В то же время существенной основой аргументации правового позитивизма является ориентир на выражение воли и политической власти в праве. Эта черта является определяющей как для классического правового позитивизма Дж. Остина, так и для правового неопозитивизма Г. Харта. И хотя в процессе исторической эволюции правового позитивизма, особенно в XX столетии, этот принцип смягчается (например, переходом от терминов «сила», «приказ», «повеление» к терминам «полномочие» и «признание»). Так, «правило признания» в теории Г. Харта выступает формальным критерием, определяющим и внутреннее содержание правовой системы, и ее истоки и ценностную основу [4, с. 114]. Нормативное понимание права может быть тревожным сигналом к тому, что общеобязательность правовых норм обеспечивается волей суверена и принуждением, а вовсе не легитимностью и признанием этих норм в обществе. Безусловная обязательность таких правовых норм исключает точное разделение правовых и моральных обязательств по их функциям и назначению, что и подчеркивает дискуссию вокруг источника их происхождения. Аргументы Л. Фуллера и Р. Дворкина против новой версии юридического позитивизма базируются на игнорировании ценностного признания обществом правил поведения [8, с. 53]. Ценностное же признание не может иметь места без интеллектуальной и эмоциональной оценки содержания правовых правил поведения адресными социальными группами, в то время как позитивисты считают, что формального соблюдения правотворческих процедур органами государства уже вполне достаточно для того, чтобы считать принятые правила поведения правом. С точки зрения концептуального анализа, тем не менее, сближение правовых и моральных предписаний в отдельно взятой правовой системе возможно.

И Л. Фуллер и Г. Харт представляются в равной степени приверженными убеждению, что определение природы права заключается не столько в открытии, сколько в использовании такой нормативной конструкции, где наилучшим пониманием природы права выступили бы более глубокие социальные цели. Таким образом, Харт и Фуллер в основном соглашались, что категория «право»

не является основной категорией моральной онтологии. Они не отрицают, что существуют основные категории моральной онтологии, но они не считают, что категория «право» является одной из них, и, таким образом, не видят ничего предвзятого или неподобающего в том, чтобы исследовать именно право, а не мораль. Они обсуждают с точки зрения моральной желательности их, казалось бы, взаимоисключающие представления о понятии права.

Примером такого отсутствия разногласий можно указать то, что нацистские директивы были несправедливыми и что подобные несправедливые директивы не должны соблюдаться ни гражданами, ни официальными лицами, в том числе так называемыми «законными» должностными лицами, вроде судей. Фуллер и Харт, таким образом, соглашались в том, что жители нацистской Германии, юристы и судьи, должны были сделать, столкнувшись с правилами, произведенными нацистским режимом, хотя Фуллер утверждал, что эти правила не должны соблюдаться, поскольку они не являются правом, а Харт полагал, что они не должны соблюдаться, потому что отсутствует какая бы то ни было гражданская моральная обязанность подчиняться закону (данную позицию отвергают другие позитивисты), и что отсутствует какая-то официальная обязанность подчиняться закону, которой наделено официальное законное лицо. Соответственно, неспособность нацистских правил соответствовать «внутренней морали права» стала аргументом для Фуллера, что право, которое необходимо было соблюдать, не существовало как такового, а для Харта — вывод о том, что вопрос «соблюдать ли закон?» был прямым моральным вопросом, к которому законность правил просто не имеет отношения [4, с. 123–124].

Если бы чувство долга неизбежно действовало при применении термина «право» и если бы какой-то закон фактически реализовывался с обязанностью подчинения, то было бы важно определить слово «право» таким образом, чтобы термин надлежащим образом применялся только в тех случаях, когда обязанность является морально оправданной. По мнению Ф. Шауэра, такая позиция действительно выглядит разумной, поскольку вопрос соответствия права моральным нормам действительно стоит остро и до настоящего времени [9, р. 291–292].

Возвращаясь к аргументам А. В. Нехаева, следует остановиться на его гипотетической конструкции правил некоего общества Z, в котором законодатель ориентируется на «диетическую» теорию права, а потому формулирует две простые по содержанию юридически обязывающие нормы:

(1-А): «Убивший другого человек сам подлежит смерти»;

(1-Б): «Спасший другого человек сам подлежит спасению» [1, с. 73].

Очевидно, что не только абстрактный характер таких всеобщих обязывающих норм, но и их формулировка вызывают сомнения, учитывая, что любые противоречия этих двух норм автоматическим образом опровергают или ограничивают «амбиции» позитивистской модели права Харта–Раза. Ведь формулировки этих двух правовых норм указывают на их моральную и даже религиозную нагруженность (идеи «возмездия» и «спасения»), а потому не соответствуют требованию моральной нейтральности. Отсюда возникает не принцип талиона, а скорее религиозная миссия, претендующая на освобождение общества от преступлений с правовым

и моральным наполнением. Все последующие примеры не могут не выступать иллюстрацией противоречий этих двух норм, если обратить внимание на их двойную гипотетичность (как в теории справедливости Дж. Ролза).

А. В. Нехаев утверждает, что, «желая избавить юридические практики от подобной концептуальной путаницы, возникающей на основе поисков общей правовой теории для различного рода *mens rea*, Гербертом Хартом и была сформулирована вызвавшая яростные возражения идея об отменяемости (defeasibility) характере юридических понятий и, прежде всего, таких понятий, как «действие» и «ответственность» [1, с. 73]. Между тем в теории права Г. Харта переосмысление природы юридического языка имело совсем иную направленность. Он сформулировал базовый тезис об отменяемости юридических понятий как эпистемологический аргумент, а не иллюстрацию тезиса о разделении права и морали. Именно поэтому «... оно («действие». — Прим. А. Д.) представляет собой отменяемое понятие, определяемое посредством исключений, а не посредством множества необходимых и достаточных условий; физических или же психологических» [10, с. 47]. Установка на признание аскриптивности (а не дескриптивности) юридических понятий проясняет значение юридических терминов, устраняет путаницу при применении смутных по содержанию категорий, но, конечно же, не претендует на абсолютизацию разделения права и морали. Дж. Колман замечает по этому поводу: «...Закон познаваем и поддается определению; так что, в то время как человек может и не знать круг своих моральных обязательств, он знает (или может узнать), что именно от него ожидает закон» [11, р. 145].

Отсюда следует важный тезис в поддержку правового позитивизма: именно моральная нейтральность правовых норм исключает их необоснованные интерпретации, нагруженные религиозным, индивидуалистическим или политическим смыслом. Этот тезис исключительно важен, потому что, например, участвуя в судебном процессе, человек надеется не на образное и морально выдержанное восприятие справедливости как возмездия или решения конкретного казуса, а на соблюдение морально нейтральных правовых процедур. Судебное решение оспаривается как несправедливое в особой с языковой и процессуальной точек зрения процедуре, если объем применимых правовых норм был недостаточно полным и объективным. Конечно, существуют практики в исламском праве, когда мнения толкователей фикха выступают базовым аргументом в пользу принятия судебного решения, но система исламского права содержит иную иерархию ценностей, внутри которых моральная нейтральность не присутствует в качестве главной ценности. Правовой позитивизм претендует на то, чтобы превратить моральную нейтральность в правовую ценность и гарантию обеспечения прав и свобод, в средство обеспечения правового равенства, что по своей сути заслуживает скорее поддержки, нежели критических реплик.

Библиографический список

1. 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.
2. Bix B. Natural Law Theory: The Modern Tradition // The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law / Eds.: J. Coleman, S. Shapiro. Oxford University Press, 2002. P. 1–35. DOI: 10.2139/ssrn.199928.
3. Фуллер Л. Л. Мораль права / пер. с англ. Т. Даниловой; под ред. А. Куряева. М.: ИРИСЭН, 2012. 308 с. ISBN 978-5-91066-011-8.
4. Дидикин А. Б. Аналитическая философия права: истоки, генезис и структура: моногр. Томск: Изд-во Томского ун-та, 2016. 244 с. ISBN 978-5-7511-2439-7.
5. Raz J. About Morality and the Nature of Law // The American Journal of Jurisprudence. 2003. Vol. 48 (1). P. 1–15. DOI: 10.1093/ajj/48.1.1.
6. Gardner J. Hart on Legality, Justice and Morality // Oxford Legal Research Paper Series. 2010. No. 44. P. 1–22. DOI: 10.2139/ssrn.1606463.
7. Харт Г. Л. А. Понятие права / Пер. с англ. под общ. ред. Е. В. Афонасина, С. В. Моисеева. СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского ун-та, 2007. 302 с. ISBN 978-5-288-04211-9.
8. Козлихин И. Ю. Процессуальная концепция права Лона Фуллера // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 1993. № 2. С. 53–58.
9. Schauer F. Fuller's Internal Point of View // Law and Philosophy. 1994. Vol. 13 (3). P. 285–312. DOI: 10.1007/BF01001677.
10. Харт Г. Л. А. Приписывание ответственности и прав // Философия и язык права. М.: Канон+ РООИ Реабилитация, 2017. С. 27–52.
11. Coleman J. L. Negative and Positive Positivism // The Journal of Legal Studies. 1982. Vol. 11 (1). P. 139–164. DOI: 10.1086/467696.

ДИДИКИН Антон Борисович, доктор философских наук, кандидат юридических наук, заведующий сектором философии права, истории и теории государства и права, ведущий научный сотрудник Института государства и права РАН, г. Москва; профессор факультета права НИУ Высшая школа экономики, г. Москва.

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. 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.

Статья поступила в редакцию 17.06.2019 г.

© А. Б. Дидикин

MORAL NEUTRALITY AS LEGAL VALUE: CRITICAL ANALYSIS OF PHILOSOPHICAL AND LEGAL ARGUMENTS OF A. V. NEKHAEV

The article is devoted to the analysis of the arguments expressed by A. V. Nekhaev in his paper with the criticism of the positivist model of law proposed by H. Hart and J. Raz. On the basis of modern trends and discussions in the analytical philosophy of law the author shows the groundlessness of the proposed hypothetical division into «calorie» and «dietary» theories in the question of the distinction between law and morality. It is noted that the classification should take into account the flexibility of positivist argumentation and the impossibility of accurate identification of philosophical and legal theories in modern conditions. The author concludes that moral neutrality in the application of legal norms is a legal value that contributes to the rule of law in theoretical discussions and in practice.

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

References

1. 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.).
2. Bix B. Natural Law Theory: The Modern Tradition // The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law / Eds. J. Coleman, S. Shapiro. Oxford University Press, 2002. P. 1–35. DOI: 10.2139/ssrn.199928. (In Engl.).
3. Fuller L. L. Moral' prava [The Morality of Law] / Trans. T. Danilova; Ed. A. Kuryayev. Moscow: IRISEN Publ., 2012. 308 p. ISBN 978-5-91066-011-8. (In Russ.).
4. Didikin A. B. Analiticheskaya filosofiya prava: istoki, genezis i struktura [Analytical Legal Philosophy: Origins, Genesis and Structure]. Tomsk: TSU Publ., 2016. 244 p. ISBN 978-5-7511-8. (In Russ.).
5. Raz J. About Morality and the Nature of Law // The American Journal of Jurisprudence. 2003. Vol. 48 (1). P. 1–15. DOI: 10.1093/ajj/48.1.1. (In Engl.).
6. Gardner J. Hart on Legality, Justice and Morality // Oxford Legal Research Paper Series. 2010. No. 44. P. 1–22. DOI: 10.2139/ssrn.1606463. (In Engl.).
7. Hart H. L. A. Ponyatiye prava [The Concept of law] / Trans.: E. V. Afonasin, S. V. Moiseyev. St. Petersburg: SPbU Publ., 2007. 302 p. ISBN 978-5-288-04211-9. (In Russ.).
8. Kozlikhin I. Yu. Protssessual'naya kontseptsiya prava Lona Fullera [L. Fuller's procedure conception of law] // Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Pravovedeniye. *The Journal Pravovedenie*. 1993. No. 2. P. 53–58. (In Russ.).
9. Schauer F. Fuller's Internal Point of View // Law and Philosophy. 1994. Vol. 13 (3). P. 285–312. DOI: 10.1007/BF01001677. (In Engl.).

10. Hart H. L. A. Pripisyvaniye otvetstvennosti i prav [Attribution of responsibility and rights] // Filosofiya i yazyk prava [Philosophy and Language of Law]. Moscow, 2017. P. 27–52. (In Russ.).

11. Coleman J. L. Negative and Positive Positivism // The Journal of Legal Studies. 1982. Vol. 11 (1). P. 139–164. DOI: 10.1086/467696. (In Engl.).

DIDIKIN Anton Borisovich, Doctor of Philosophy Sciences, Candidate of Law Sciences, Head of Legal Philosophy, Legal History and Legal Theory Department, Leading Researcher, Institute of State and Law RAS, Moscow; Professor of Law, National Research University, Higher School of Economics Department, Moscow.

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 neutrality as legal value: critical analysis of philosophical and legal arguments of A. V. Nekhaev // 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.

Received 17 June 2019.

© A. B. Didikin