

КАКОВО ИДЕАЛЬНОЕ ИЗМЕРЕНИЕ ПРАВА?

А. КЭЛЕР, доктор права, доктор философии, профессор юридического факультета Бременского университета (ФРТ, г. Бремен), email: lkaehler@uni-bremen.de

В статье рассматривается вопрос о том, обладает ли право идеальным измерением, и как это измерение следует понимать. Автор выделяет три формы идеальности: моральную, юридическую и онтологическую. Первая связана с соответствием права моральным идеалам, вторая – с его внутренними юридическими идеалами, а третья – с нематериальной, пропозициональной природой правовых норм. Показано, что притязание права на правильность не является необходимым условием его идеальности. Идеальное измерение права проявляется прежде всего в его онтологической структуре как системы нематериальных нормативных сущностей.

Ключевые слова: идеальность права; онтологическая идеальность; нормативность; притязание на правильность; юридический позитивизм; непозитивизм; онтология права.

Перевод с английского языка выполнен доктором философских наук, Associate Professor Высшей школы права Maqsut Narikbayev University В. В. Оглезневым по изданию: Kaehler L. What Is the Ideal Dimension of Law?. *Ratio Juris*. 2024. Vol. 37. No. 3. P. 210–229. Публикуется с разрешения автора.

1. Введение

Для характеристики права применялись самые разные эпитеты: справедливое и несправедливое, современное и примитивное, монистическое и плюралистическое и т.д. Любопытно, что слово «идеальное» к праву почти не относили. Возможно потому, что рассматривать право как идеальное действительно кажется натяжкой. Как бы мы не определяли право, оно не всегда согласуется с эстетическими и моральными идеалами. Если бы оно было идеальным, то не было бы нужды отличать его от морали: правовые нормы уже содержали бы морально наилучшее. Но сама необходимость различать мораль и право указывает на то, что последнее не всегда морально идеально.

С точки зрения нонкогнитивизма, утверждающего, что моральные суждения не могут быть рационально обоснованы [38, р. 67; 65], не существует рациональной основы для решения вопроса, является ли право морально идеальным. Ведь для этого пришлось бы оценивать моральные достоинства права. Но даже если принять когнитивистскую позицию, признающую осмысленность таких суждений, право едва ли можно назвать идеальным. В этом случае у нас, по крайней мере, есть инструменты, позволяющие объяснить, почему нормы любой правовой системы могут отклоняться от морально идеального решения. Для позитивистов это вытекает из предпосылки, что правовая норма может иметь любое содержание [28, р. 181, 195; 38, р. 201] и, следовательно, не имеет необходимой связи с моралью, то есть ее действительность не зависит от моральных достоинств [9, р. 220; 25, р. 19]. А поскольку нормы, противоречащие морали, могут быть частью правовой системы, идеальность нормы имеет лишь контингентный характер.

В этом с ними соглашаются и непозитивисты. Хотя они и не признают, что нормы права могут иметь абсолютно любое содержание, они все же допускают их возможную неидеальность. Единственное ограничение, которое они приводят, касается крайних форм несправедливости.

Так, Радбрух после опыта нацистского режима и его бесчеловечных законов сформулировал свою знаменитую «формулу» пределов правовой действительности [57, р. 106]. Эта формула не распространялась на менее тяжелые случаи морально неидеального права. Радбрух прямо допускал возможность несправедливых правовых норм, отрицая лишь их приоритет в случае крайней несправедливости или там, где они даже не претендуют на справедливость (там же). Следовательно, и в этой позиции сохраняется место для несправедливых, а значит, морально неидеальных норм, которые тем не менее являются юридически действительными.

Трудно найти автора, утверждающего, что морально неидеальные нормы не могут быть юридически действительными. Ближе всех к этой позиции подходят взгляды Бейлелевельда и Браунсворда [11, р. 10; 13, р. 76], писавших, что «аморальное правило не может считаться правом». Однако при внимательном рассмотрении видно, что под «аморальным» они имеют в виду особый, ограниченный случай, при котором требование законности сводится лишь к соответствию «некоторым основополагающим моральным требованиям», не охватывающим «способ их достижения» [12, р. 11, 13, 328]. И это также оставляет пространство для морально неидеальных норм.

В основе их теории лежит принцип «всеобщей согласованности» (generic consistency) Гевирта, направленный на обеспечение человеческих действий. Но этот принцип не охватывает всех практических правил. Напротив, Гевирт [26, р. 200] признал необходимость существования «социальных правил», регулирующих действия и институты, и гарантирующих их автономию. Это означает, что социальные правила не выводятся из принципа всеобщей согласованности или иных принципов идеальной морали. Если институты, такие как парламент, должны иметь возможность создавать право, им требуется определенное пространство усмотрения: не каждое малейшее отклонение от идеальной морали влечет юридическую недействительность правила. Однако рациональность их акторов ограничена так же, как и рациональность любого другого человека. Поэтому неудивительно, что Бейлелевельд и Браунсворд прямо признают возможность «неидеального права» [11, р. 7; 12, р. 213]¹. Для них идеальное право состоит из правил, которые должны применяться лишь в идеальном мире (там же). Таким образом, даже их позиция подтверждает, что правовые нормы не обязательно морально идеальны.

Возникает вопрос: обладает ли право все же неким идеальным измерением? Многие теоретики отвечали утвердительно. Наиболее известный аргумент в пользу этой позиции — это тезис о том, что право «притязает на правильность». По Роберту Алекси [4, р. 174] это притязание связано с «самой справедливостью». Для Стефано Бертэи [10, р. 253] идеальное измерение права необходимо влечет за собой нормативное притязание, которое «может понимать как попытку воплотить определяющие характеристики человеческих действий». В более широкой формулировке Джордж Павлакос [54, р. 6] утверждает, что идеальное измерение права заключается в «его необходимом родстве с идеями общего блага, справедливости и морали». Несмотря на различия между этими подходами, по двум пунктам среди них есть согласие. Во-первых, все они считают, что право обладает идеальным измерением благодаря своей связи с некими идеальными сущностями, такими как мораль, справедливость или определяющие свойства человеческих действий.

Во-вторых, эта связь не устраняет различие между правом и идеальностью, с которой оно якобы связано. Право лишь претендует на правильность (Алекси), что подразумевает, что оно не обязательно является таковым; оно лишь стремится воплотить определяющие свойства человеческих действий (Бертэа), что также означает, что оно не всегда достигает цели; или оно имеет лишь «родство» с идеями общего блага, справедливости и морали (Павлакос), что вновь указывает на различие. Во всех этих версиях идеальное измерение носит ограниченный характер. Однако Алекси [4, р. 173] считает такое понимание недостаточным и утверждает, что идеальное измерение «требует в качестве своего дополнения существование реального, то есть позитивного измерения права». Он определяет позитивность как наличие официального издания нормы компетентным органом и ее социальной эффективности [4, р. 174; 6, р. 322].

¹ Иное утверждает Коллер [46, р. 155, 159], который трактует позицию Бейлелевельда и Браунсворда в том смысле, что нормы обладают действительностью только при условии их совместимости с «идеальной моралью».

Однако эти выводы выглядят непоследовательными. Допустим, право действительно притязает на правильность. Каким образом одно это притязание придает праву идеальное измерение? Ведь притязания могут быть несостоятельными. Чтобы нечто было идеальным, недостаточно лишь заявить об этом. Более того, почему идеальное измерение права должно «в качестве дополнения» требовать реального измерения? Само наличие нормативного притязания еще не означает его реализации в социальной действительности. Притязание – это нормативное требование, а не эмпирический факт. Несомненно, существует множество причин, по которым правовая система должна быть социально эффективной. Но без дополнительных уточнений нет оснований полагать, что это придает праву реальное измерение. Кроме того, моральная правильность нормы зависит от ее содержания – от того, соответствует ли оно принципам морали, а не от того, обладает ли норма социальной эффективностью.

Наконец, если, как подчеркивает Алекси (следуя Радбруху), только крайняя несправедливость не может считаться правом [3, р. 133; 4, р. 175; 6, р. 330–335], то почему это должно придавать праву идеальное измерение? Напротив, разве это не основание рассматривать право как потенциально *неидеальное*, ведь из этого следует, что менее серьезные несправедливости могут быть его частью? Несправедливость, правовая она или нет, по определению не может считаться идеальной, если только само понятие идеальности не понимается вне связи с моралью.

Эти вопросы показывают, что вовсе не очевидно, обладает ли право идеальным измерением, как именно оно должно быть определено, и каким образом соотносится с реальным измерением. Чтобы прояснить эти проблемы, я предлагаю различать три значения идеальности (раздел 2). Лишь с их помощью становится возможным рассмотреть, действительно ли право притязает на правильность и придает ли это ему идеальное измерение (раздел 3).

2. Различные идеальности права

2.1. Моральная идеальность

Правовые нормы могут быть в большей или меньшей степени морально идеальными. Это зависит от того, насколько они достигают морально значимых целей – будь то в терминах позитивной или критической морали [29, р. 20]. Чтобы это определить, необходимо сопоставить содержание правовой нормы с тем решением, которое с точки зрения морали наилучшим образом отвечает поставленной практической задаче. Однако по ряду причин не все правовые нормы могут быть в принципе морально идеальными. Одна из них – необходимость правовой системы использовать общие нормы для регулирования поведения. В силу своей всеобщности правовые правила не способны учитывать все морально релевантные обстоятельства конкретного случая [Аристотель, *Никомахова этика*, 5.14.1137b; 60, р. 31].

Еще одна причина отсутствия моральной идеальности права заключается в его демократическом основании, характерном для западных правовых систем. Хотя в поддержку такого демократического подхода приводятся веские доводы (он дает лучшие результаты по сравнению с альтернативными процедурами принятия решений [47, р. 63], он неизбежно предполагает компромиссы и «пакетные соглашения» по несвязанным вопросам. Это в свою очередь ограничивает общую согласованность и непротиворечивость права, которые являются необходимыми условиями идеальной правовой системы. Одних лишь аргументов не всегда достаточно для обеспечения парламентского большинства; именно поэтому демократически принятые законы не всегда бывают морально идеальными. Более того, состав большинства со временем меняется, и разные законодатели вносят свой вклад в развитие права по-разному. В результате ее согласованность оказывается ограниченной, а моральная идеальность — скомпрометированной.

2.2. Юридическая идеальность

Помимо моральных идеалов, внешних по отношению к праву, можно задать вопрос: в какой мере само право содержит идеалы, которые подлежат реализации [63, р. 94; 66, р. 8, 203]? Такой вопрос оправдан, поскольку право закрепляет не только моральные идеалы, такие как равенство или свобода, но и собственно юридические идеалы, например идеал верховенства права, которые

не всегда имеют прямой аналог в морали. Более того, право может воплощать идеалы, *противоречащие* морали, как если бы, например, оно закрепляет идеал расовой сегрегации. Хотя подобные аморальные идеалы на первый взгляд кажутся несовместимыми с самим понятием идеала (ведь идеалы обычно связываются с наилучшим, к чему стремятся люди), нет оснований отрицать, что аморальные принципы тоже могут выступать в роли идеалов. Они так же предписывают некое общее положение дел, к которому общество должно стремиться. Так, как бы не относиться к ницшеанской идее «сверхчеловека», призванного стать «смыслом земли» [49, р. 12], трудно отрицать, что она выражает определенный идеал. Следовательно, и право может воплощать идеалы сомнительного содержания.

Поскольку юридические идеалы не обязаны совпадать с моральными и могут от них отклоняться, необходимо различать моральную идеальность и юридическую идеальность. Последняя представляет собой совокупность идеалов, закрепленных в самом праве. Например, можно исследовать, насколько текущее законодательство соответствует идеалам, зафиксированным в конституции, и тем самым определить, насколько право является идеальным по собственным стандартам. Эти идеалы могут совпадать с моральными, но такое совпадение будет лишь случайным. Юридические идеалы обладают значимостью не потому, что их содержание морально, а потому что они имеют юридическое основание. Поэтому в праве могут играть ведущую, а иногда и исключительную роль идеалы иного рода, нежели моральные. При обсуждении идеального измерения права важно уточнять, идет ли речь о собственных идеалах права или о моральных идеалах, с которыми оно связано. Первые являются внутренними для права, а вторые – внешними.

В обоих случаях можно оценивать, насколько эти идеалы реализованы в правовых нормах и в социальной практике. Например, можно спросить, в какой мере идеал равенства воплощен в праве, и критиковать правила, не соответствующие этому идеалу. При этом следует учитывать, закреплены ли ценности равенства в конституции или законах. Кроме того, можно оценивать, насколько равенство реализовано в социальной сфере. Для этого требуется сопоставить идеальное положение дел, предписанное правовой или моральной нормой, с фактическим положением дел в обществе. И это уже эмпирический вопрос, не решаемый лишь анализом права.

Таким образом, право одновременно выступает целью, достижению которой служат идеалы, и источником, из которого они могут быть выведены. Поэтому неудивительно, что в отношении идеалов право может рассматриваться с разных сторон. Крайним примером является концепция Гегеля, согласно которой правовые институты – это воплощение осуществления разума (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 265). Она подчеркивает моральную идеальность права, которая может реализовываться в большей или меньшей степени в зависимости от уровня прогресса правового развития. Здесь внимание сосредоточено не на том, насколько идеалы реализуются в социальной реальности, а на том, основано ли содержание права на идеалах. Противоположный подход предложил О. Ауриу [27, р. 36], который понимал социальные институты, включая юридически закрепленные, через те идеалы, к которым они стремятся. К числу таких идеалов относится *idée directrice* – руководящая идея, лежащая в основании институтов вроде корпораций. В этом смысле речь идет о юридических идеалах, которые могут расходиться с моральными.

Таким образом, если сводить идеальное измерение права только к его соотношению с моралью, то это приведет к игнорированию собственных идеалов права. Между тем учитывать их необходимо. Это, конечно, не исключает того, что моральная и юридическая идеальности могут пересекаться, если одни и те же принципы входят и в состав права, и в состав морали. Но для понимания функционирования права и возможных форм его злоупотребления принципиально важно не упускать из виду возможность включения в право морально несовершенных или даже аморальных идеалов. Они могут объяснить специфику правовой системы и влиять на ее интерпретацию так же, как права человека должны влиять на современные правовые системы. Если рассматривать лишь включение моральных принципов в право или вовсе отрицать возможность того, что идеалы могут становиться частью права, тогда возможность включения аморальных идеалов окажется неучтенной.

Существование юридических идеалов противоречит тезису Алекси о том, что юридический дискурс является лишь частным случаем общего практического дискурса, понимаемого как философское обсуждение того, что следует делать [2, р. 263, 426]. В рамках такого общего дискурса

морально сомнительные или даже аморальные правила, основания и идеалы можно попросту игнорировать: как только показано, что правило лишено моральной ценности, становится безразлично, какие выводы из него следуют. В юридическом же дискурсе все обстоит иначе. Как только норма или идеал становятся частью права, они приобретают силу аргумента в юридическом рассуждении. Поэтому необходимо выяснить, что именно предписывает данная норма или идеал и как они соотносятся с другими нормами и идеалами, даже если они морально неидеальны.

Эта картина не меняется и тогда, когда, подобно Радбруху [57, р. 106], отрицают юридическую действительность крайне несправедливых норм. Тем самым предполагается, что несправедливые правила, не подпадающие под категорию «крайней несправедливости», все же считаются частью права и подлежат исполнению. Эти морально субоптимальные правила действительно составляют часть права и могут служить основанием для выведения юридических идеалов. Сомнительный или даже аморальный характер нормы не является в юридическом дискурсе ни необходимым, ни достаточным основанием, чтобы ее игнорировать. В праве могут существовать как моральные нормы, не входящие в его состав, так и аморальные, которые в него включены. Возможность существования юридических идеалов, лишенных моральной ценности и не подлежащих обсуждению в рамках общего практического дискурса, показывает, что юридическая идеальность не сводится к ее соотношению с моралью.

2.3. Онтологическая идеальность

И моральная, и юридическая идеальность имеют отношение к содержанию права. Поэтому они не затрагивают онтологический вопрос о том, к каким видам сущностей принадлежат правовые нормы. В этом вопросе важно не содержание права, а его онтологическая природа. Здесь ключевое значение имеет нормативность права, то есть его свойство предписывать, каким должно быть положение дел. Нормативность сохраняется даже тогда, когда эмпирическая реальность не совпадает с предписаниями. По этой причине право не может состоять лишь из материальных вещей или физических событий, составляющих эту реальность: сами по себе они не способны предписывать, что должно быть сделано. Нормы же, напротив, предписывают поведение, то есть относятся к тому, что должно произойти. Обычно нормы имеют материальное выражение – в текстах или речевых актах, – но сами по себе они не являются материальными сущностями. Любая конкретная форма проявления нормы может исчезнуть, не уничтожив ее нормативной силы. Это одна из причин, почему правовую норму нельзя увидеть, понюхать или потрогать, хотя ее последствия в социальной реальности вполне ощутимы. Благодаря независимости от конкретных выражения нормы не ограничены определенным местом или временем.

За различием норм и социальной реальности, к которой они применяются, стоит более фундаментальное различие между эмпирическими фактами и нормативностью, короче говоря, – между «сущим» и «должным» [35, р. 469; 36, р. 427], или, в кантовской формулировке, между «царством природы» и «царством свободы» [37, р. 82]. Это различие не исключает существования «связывающих принципов» между «сущим» и «должным», например, предпосылки о том, что «должен» подразумевает «может» [61, р. 25]. Но оно означает, что природу нормативных сущностей вроде норм нельзя объяснить, опираясь лишь на законы физики. Нормы не обладают весом, скоростью или местоположением, но имеют определенное пропозициональное содержание. Именно это объясняет их независимость от пространства (вездесущность), возможность формулировать их на разных языках (переводимость) и устойчивость во времени (устойчивость).

Кантовская идея «царства свободы» подразумевает идеальность, которая на первый взгляд кажется несовместимой с аморальными правилами и принципами. Трудно представить царство свободы, где господствуют несправедливость и неравенство. Однако признание того, что право принадлежит к онтологически идеальной области, не вынуждает считать, что оно имеет морально идеальное содержание. Сам Кант подчеркивал, что в «царстве свободы» могут существовать как благие, так и порочные принципы [37, р. 82]. Из этого следует, что даже порочные принципы принадлежат к «царству свободы», поскольку они также не подчиняются физическим законам причинности.

Следовательно, онтологическая идеальность права независима от его моральных достоинств, а значит, и от вопроса о согласовании юридических идеалов с моральными. В обоих случаях мы имеем дело с онтологически идеальными сущностями, отличными от «царства природы». Их онтологическая идеальность основана не на моральных качествах, а на том, что они обладают пропозициональным содержанием и не подчиняются законам физики.

Невозможность свести право к области материальных вещей и трудность объяснения его онтологического статуса привели некоторых авторов к мысли, что оно, напротив, принадлежит сфере сознания. Так, Карл Оливекрона [51, р. 47–48] и Поль Амселёк полагают, что правовые нормы имеют психическую природу и «принадлежат нашему внутреннему миру, миру наших мыслей» [8, р. 14–15]. Однако такой психологизм вызывает возражения. Во-первых, маловероятно, что правовые нормы являются психическими сущностями. Чтобы установить содержание права, не требуется исследовать психические состояния депутатов, судей или иных лиц. Даже если все забудут о норме, однажды принятой в качестве права, и даже если ее формулировки исчезнет из человеческой памяти, эта норма все же может оставаться действующим правом. Она просто не будет применяться, пока ее кто-то не восстановит, прочитав забытый текст.

Во-вторых, из нематериальной природы права не следует его психическая природа, если только выбор между физическими и психическими сущностями не исчерпывает всех возможностей, а это не так. Существуют идеальные сущности, такие как геометрические фигуры или алгоритмы, которые не являются ни физическими, ни психическими – независимо от того, удастся ли свести последние к первым. В терминологии Фреге существует «третий мир мыслей», который не принадлежит ни внешнему миру, ни нашим представлениям о нем [23, р. 43]. Аналогично, Поппер различает помимо физического мира («мир 1») и мира сознательных переживаний («мир 2») еще и «мир 3» – «мир идей в объективном смысле» [55, р. 74, 153–154]². Благодаря своему нематериальному, непсихическому, нормативному характеру право принадлежит именно к этой онтологически идеальной области.

Онтологически идеальные сущности нередко описываются как абстрактные объекты [21]. Такая терминология применялась и в отношении права [34, р. 124; 48, р. 127–149]. Хотя понятие «абстрактный объект» действительно указывает на отсутствие пространственно-временной локализации, оно может быть не вполне удачным, когда речь идет о праве. Законы или документы вроде «Всеобщей декларации прав человека» конкретны, по крайней мере, в том смысле, что они обозначают определенные пропозициональные объекты. Они отличаются от свойств вроде «белизны», которые универсально применяются ко множеству сущностей, обладающих этим свойством, и позволяют различать конкретный материальный объект и абстрактное свойство, которым он обладает.

В отличие от этого, трудно представить, что конкретные сущности могли бы соответствовать «абстрактным» объектам вроде «Всеобщей декларации прав человека». Ее печатные экземпляры лишь воплощают текст, но по своему смыслу не становятся от этого более «конкретными», чем сам текст. Именно поэтому различие между абстрактным и конкретным является спорным [21]. Более того, само выражение «абстрактный объект» предполагает, что объект абстрагирован от конкретных случаев, подобно тому, как понятие белизны абстрагируется от всех белых вещей. Но невозможно представить, что правовые нормы выводятся из каких-то «случаев» их применения или материальных воплощений. Ни применение, ни материальные воплощения нельзя рассматривать как частные случаи, из которых можно получить более абстрактную сущность. Поэтому предпочтительнее говорить об «онтологической идеальности».

Эта терминология не требует принятия платоновской теории о существовании вечных идей и их первичности по отношению к материи. Так же можно считать нормы онтологически идеальными, не разделяя тезис Фреге о том, что суждения об идеях могут обладать истинностным значением [23, р. 43; 24, р. 73], или тезис Поппера [55, р. 74] о различии между физическим миром и миром идей. Напротив, понятие «онтологически идеальное» лишь обобщает идеи о том, что нечто является нематериальным и при этом имеет определенное значение. Дополнительно онтологиче-

² Поппер приписывает эту точку зрения Платону, Лейбницу и Фреге.

ски идеальным объектам можно приписывать и иные (несущественные) свойства. Как отмечает Амселёк [8, р. 15], понимание норм как онтологически идеальных не исключает признания того, что они могут выступать как «интеллектуальные инструменты». Подобно тому, как числа служат для вычислений, нормы могут (и даже должны) использоваться для решения вопроса о том, как следует действовать. В этом и заключается их функциональное назначение. Таким образом, нормы направляют действия, и именно это придает им способность оказывать значительное эмпирическое воздействие. Вряд ли что-либо может быть столь же действенным, как идея. Но чтобы она обрела силу, необходимы люди, которые ее реализуют. Без этого идеи остаются бездейственными, хотя, несомненно, существующими.

По этим причинам право следует отнести к области онтологически идеальных сущностей, таких как числа, рассказы и игры. Все они могут иметь материальное воплощение в книгах или на цифровых носителях, но не сводятся к ним. Это объясняет, почему правовые нормы не обладают физическими свойствами вроде веса или объема и почему, в отличие от большинства материальных вещей, они могут сохраняться во времени, не подвергаясь разрушению. Норма есть смысла, который остается неизменным во всех ее формулировках и проявлениях. Чтобы понять природу права, необходимо учитывать его онтологически идеальное измерение. Оно независимо от моральной и юридической идеальности, поскольку охватывает как моральные, так и аморальные правила. Онтологическая идеальность права также не зависит от содержания нормы³. Так, обычные правила дорожного движения столь же онтологически идеальны, как и права человека.

Онтологическая идеальность природы права может признаваться как позитивистами, так и непозитивистами. Это показывает, что разногласие между ними не исчерпывает других разделений в философии права, и, возможно, не является самым существенным. Хотя систематические исследования онтологической идеальности права почти отсутствуют, отдельные замечания разных авторов указывают на то, что признание этой природы совместимо с множеством теоретических позиций [см.: 1, р. 96; 33, р. 195–197; 48, р. 148; 45, р. 155, 157; 52, р. 408; 56, р. 11; 67, р. 31].

Особенно показателен в этом отношении случай Кельзена. С одной стороны, трудно найти теоретика права, который настойчивее подчеркивал бы различие между «сущим» и «должным» [39, р. 5]. По его мнению, нормы не являются психическими или иными эмпирическими фактами [39, р. 10, 60]. Напротив, они представляют собой «объективное должно» [39, р. 7, 110; 42, р. 22]. В этом смысле теория Кельзена согласуется с отрицанием материального характера норм и признанием их онтологической идеальности.

С другой стороны, Кельзен все же связывает это «объективное должно» с конкретными эмпирическими актами, поскольку понимает нормы как «содержание акта воли» [39, р. 9], то есть как содержание эмпирического акта. Это означает, что содержание нормы полностью совпадает с тем, что фактически было волей ее создателя. По Кельзену различие между «субъективным должно» (эмпирический акт воления) и «объективным должно» (норма) основано не на особом содержании, а на существовании более высокой санкционирующей нормы. Таким образом, по его мнению, чтобы норма стала частью права, человек должен был бы пожелать ее во всех деталях⁴. В этом смысле нормы позитивного права должны соответствовать «определенной социальной реальности» [38, р. 49]. Такое отрицание любого идеального содержания сверх эмпирического акта существенно ограничивает область идеального. Согласно этой позиции, норма не может обладать пропозициональным содержанием, о котором никто никогда не помышлял. Более того, Кельзен прямо соглашался с тезисом Росса о том, что действительность права не является «чем-то объективно данным» [39, р. 218]. Онтологическая идеальность, которая, подобно числам и алгоритмам, могла бы «объективно» существовать независимо от человеческого разума, занимает в его теории неясное место.

³ Алексис различает правила, выражающие «реальное “должно”», и принципы, выражающие «идеальное “должно”» [4, р. 180]. Впрочем, вряд ли это касается онтологического измерения, так как оба вида «должно-го» относятся к нему.

⁴ По поводу критики см. Финниса [22, р. 10].

Неслучайно у Кельзена встречаются противоречивые высказывания относительно онто-логической природы права. В некоторых местах, особенно в ранних работах, он рассматривает государство (которое часто отождествляет с правом [39, р. 289; 40, р. 1727]) как «идеальную систему», происходящую из «идеальной сферы». [40, р. 1722]. Соответственно, он утверждает, что действительность нормы заключается в ее особом «идеальном существовании», отличном от «реального существования» [42, р. 22, 132]. В этих пределах его теория действительно признает онтологическую идеальность права и предполагает нормативное существование, выходящее за рамки эмпирических фактов.

Однако в других местах, особенно в поздних работах, Кельзен утверждает прямо противоположное. Объясняя свое понимание справедливости, он противопоставляет «типичный дуализм всей метафизики» собственной «реалистской» теории монизма [44, р. 688]. Критикуемая дуалистическая теория права, в его версии, различает трансцендентный, не созданный людьми «идеальный порядок», стоящий над эмпирической сферой, и созданный людьми «позитивный реальный порядок» (там же). Его собственный монизм ограничен последним [44, р. 689] и, следовательно, не признает существования созданного людьми идеального порядка. Таким образом, он, по-видимому, отрицает идею о том, что человеческие нормы принадлежат к онтологически идеальному порядку. Несмотря на его продолжительный интерес к Платону [41, р. 114, 198], критика платоновских идей у Кельзена в поздний период была столь систематична [42, р. 252; 43, р. 311; 44, р. 688] и так хорошо согласована с антиметафизическим духом времени⁵, что неудивительно, что он больше не возвращался к онтологическим следствиям своих ранних положений об «объективном долге» и о государстве как «идеальной системе».

Теория Кельзена представляет собой лишь одну из версий юридического позитивизма. Другие версии (например, концепция Харта и его последователей) могут включать меньше онтологических обязательств или выражать их менее явно. Центральным для современных позитивистских теорий является тезис о социальных фактах, который считается «наиболее важным среди основных принципов позитивизма» [32, р. 126]. Если социальные факты рассматривать как обладающие пропозициональным содержанием, то юридический позитивизм оказывается совместимым с признанием онтологической идеальности права. Ведь юридическое содержание, как было показано выше, не обладает физическими свойствами. Такая онтологическая классификация не исключает возможности того, что это содержание может иметь дополнительные характеристики, например, быть полностью основанным на социальных фактах. Доказательство этого тезиса (т.е. установление того, что каждый элемент права может быть прослежен до этих фактов) остается сложной и, возможно, неразрешимой задачей. Однако успех или неудача этой гипотезы не влияет на признание того, что право состоит из пропозиционального содержания и потому является онтологически идеальным.

Непозитивистские теории также, по меньшей мере, совместимы с признанием онтологической идеальности права. Отрицая разделение между правом и моралью, они не утверждают и не отрицают, что право обладает пропозициональным содержанием и потому является онтологически идеальным. Они лишь добавляют тезис, что это содержание должно соответствовать определенным моральным требованиям. Однако подобный тезис, по меньшей мере, подразумевает, что право обладает сходной онтологической природой с моралью. В противном случае право и мораль относились бы к разным областям бытия и принципиально не могли бы быть связаны. Если бы право не обладало онтологически идеальным пропозициональным содержанием, трудно было бы представить, как моральные требования могли бы оказывать на него то воздействие, которое приписывают им непозитивистские теории. Ведь сам по себе факт того, что «должно» что-то быть, еще не означает, что это есть эмпирически. «Долженствование», понимаемое как пропозициональное содержание, может воздействовать только на другое пропозициональное содержание.

Близость непозитивизма к тезису об онтологической идеальности права заметна и в знаменитой статье Радбруха [57, р. 106] о конфликте между правом и справедливостью. Хотя эта статья не содержит развернутой онтологии права, показательно, что Радбрух начинает с онтологического аргумента, что позитивизм не способен обосновать действительность законов, поскольку он опи-

⁵ По сообщению Коссио [16, р. 44], Кельзен в беседе с ним отрицал, что право представляет собой идеальный объект. См. далее Хайдемана [31, р. 108–109].

рается лишь на власть, из которой нельзя вывести ни «должное», ни действительность нормы [57, р. 106]. По мнению Радбруха, законы должны основываться на ценностях [57, р. 106]. Этот тезис, впрочем, оставляет открытым множество вопросов о соотношении ценностей, действительности и норм. Сам по себе факт того, что нельзя вывести действительность права из эмпирических фактов, еще не означает, что оно должно основываться на ценностях. Однако первая часть аргумента Радбруха демонстрирует, что онтологическая природа права может служить аргументом в споре о позитивизме. Как только право описывается как действительное или недействительное, его уже нельзя свести к эмпирическим фактам, не обладающим этими свойствами. Следовательно, право должно быть онтологически идеальным.

Таким образом, идеальное измерение права можно понимать самыми разными способами. Право может обладать идеальным измерением благодаря своей связи (а) с моральными идеалами, или (b) с собственными идеалами, или (с) в силу своей онтологической идеальности. Эти измерения столь различны, что ссылка на «идеальное измерение права» в единственном числе оказывается вводящей в заблуждение [6, р. 314], если не подчеркнуть, что таких измерений несколько.

3. Претендует ли право на правильность?

Роберт Алекси утверждает, что право обладает идеальным измерением в силу своего притязания на правильность [6, р. 314; 7). Однако это можно оспорить не только с учетом множественности идеальных измерений, но и исходя из характера самого этого притязания. Было предложено несколько версий тезиса о притязании на правильность (далее – «тезис о притязании»). Ради ясности они будут рассмотрены по отдельности.

3.1. Тезис об основании (foundation thesis)

Первый заслуживающий внимания тезис заключается в том, что притязание на правильность образует идеальную часть двойственной природы права, и что эта природа «проявляется во всех фундаментальных вопросах права» [4, р. 180]. Эту позицию можно называть «тезисом об основании». С точки зрения обсуждавшейся ранее онтологической идеальности права данный тезис можно принять лишь в том случае, если удастся показать одно из двух: либо онтологическая природа права не относится к числу фундаментальных вопросов, либо она не может быть рассмотрена без предположения, что право притязает на правильность. В противном случае придется признать, что существуют фундаментальные вопросы права, не зависящие от любого притязания на правильность.

Обе эти стратегии защиты тезиса об основании выглядят неправдоподобно. Во-первых, онтологический вопрос (к какому виду сущностей принадлежит право) относится к общему вопросу о том, какие из вещей существуют. Этот вопрос требует разграничения мира на разные виды сущностей, что, как и другие онтологические проблемы, имеет фундаментальный характер. От такого разграничения зависит, какими свойствами вообще может обладать сущность. Например, есть решающее различие между тем, говорим ли мы об автомобилях или о законах, касающихся автомобилей. Первые занимают физическое пространство, вторые – нет. Основные свойства права, такие как способность предписывать поведение или возможность ретроактивного действия, можно объяснить только через его независимость от законов физики, а значит – через его онтологическую идеальность. Даже сам вопрос о том, притязает ли право на правильность, зависит от онтологического вопроса о том, принадлежит ли оно к тем видам сущностей, которые вообще способны предъявлять притязания. Следовательно, онтологическая природа права более фундаментальна, чем вопрос о притязании права на правильность. Маловероятно, что онтологическая идеальность права не затрагивает фундаментальные вопросы, тогда как притязание на правильность затрагивает.

Можно, конечно, отрицать самую возможность обсуждения онтологической идеальности права, если принять допущение Алекси [2, р. 221] в его ранней работе, что нормативные притязания «не относятся ни к какому неэмпирическому объекту, свойству или отношению»⁶. В этом случае

⁶ Вызывает сомнение, совместимо ли это допущение с тезисом о том, что каждая правовая норма предъявляет притязание на моральную правильность [4, р. 168], поскольку данный тезис, по-видимому, отсылает к правильности как к неэмпирическому свойству права.

правовые притязания не состояли бы из идеальных объектов, таких как нормы, о которых можно было бы осмысленно говорить. Однако даже тогда остается возможным и независимым от тезиса о притязании фундаментальный вопрос: существует ли подобная идеальность как таковая?

Во-вторых, можно попытаться спасти тезис об основании, признав, что онтологическая природа права действительно фундаментальна, но утверждая, что она необходимым образом связана с вопросом о притязании права на правильность. Но и это маловероятно. Как мы видели, вопрос о том, обладает ли право онтологически идеальной природой, можно обсуждать независимо от его конкретного содержания. Можно рассуждать о том, является ли право эмпирической сущностью или обладает пропозициональным содержанием или иным смыслом, не занимая при этом никакой позиции относительно притязания на правильность. И это не случайно. Онтологическая природа права зависит от того, к каким видам сущностей оно принадлежит, а не от того, каким содержанием оно обладает. Поэтому притязает ли право на правильность, заявляет ли о легитимном авторитете [59, р. 30] или вовсе не предъявляет никаких притязаний, в данном отношении не имеет значения. Онтологическая идеальность права является фундаментальной, но не зависит от того, претендует ли право на правильность.

3.2. Тезис о способности (capability thesis)

Одного лишь отрицания того, что притязание на правильность проявляется во всех фундаментальных вопросах права, недостаточно, чтобы полностью отвергнуть тезис о притязании. Возможно, то, что право притязает на правильность, не зависит от его онтологических характеристик. Поэтому необходимо рассмотреть такую предпосылку, как способно ли вообще право притязать на правильность. Этот вопрос и составляет суть «тезиса о способности». На первый взгляд, данный тезис опровергается самой онтологической идеальностью права. Его онтология показывает, что право не является лицом, способным действовать, оно не может совершить речевой акт, включающий предъявление притязания. Именно так критикуют тезис о притязании Маккормик и Химма [46; 34]. Алекси с этим соглашается, заявляя, что «без сомнения [...] право как таковое в буквальном смысле неспособно предъявлять какие-либо притязания» [4, р. 168].

Однако понятие «притязание» является достаточно широким, чтобы охватывать не только сам акт предъявления, но и его результат⁷. Поэтому притязание на правильность не требует, чтобы право само совершало речевой акт. Достаточно показать, что оно право может обладать пропозициональным содержанием такого акта. Право состоит из множества пропозиций: первичные правила о поведении, вторичные правила о процедурах принятия и изменения правил [28, р. 79], а также преамбулы о целях этих правил. Следовательно, по крайней мере на первый взгляд, нет оснований полагать, что право не способно содержать пропозицию, выражающую предполагаемое притязание на правильность. Особенно когда законодатель прямо формулирует подобное притязание в тексте закона, соответствующая пропозиция становится его частью. Это показывает, что право в принципе способно притязать на правильность. Подобным образом оно может «запрещать», «предписывать» или «дозволять». Это не означает, что право является лицом, совершающим такие речевые акты, а лишь предполагает, что оно может содержать выражающие их пропозиции.

Такой вывод особенно убедителен в рамках позитивистской позиции, согласно которой право может иметь любое содержание [39, р. 201]. В этом случае нет причин отрицать, что оно способно содержать притязание на самого себя. Это не значит, что право непременно содержит такое притязание, но оно может его содержать. Если нет ограничений для содержания, которое может стать правом, трудно понять, почему право должно быть неспособно содержать притязание. В крайнем случае позитивистам пришлось бы модифицировать свой тезис «право может иметь любое содержание» в «право может иметь любое содержание, кроме притязания на справедливое». Но трудно представить, на каком основании могла бы держаться такая исключительная оговорка.

Алекси [4, р. 168] и Гарднер [25, р. 131] отстаивают идею о том, что право притязает на правильность или моральный авторитет, утверждая, что это притязание выражается его представителями.

⁷ Ср. определение «притязания», приведенное в *Oxford English Dictionary*: «утверждение, что нечто является истинным» (OED 2024).

Однако это вызывает еще больше вопросов. Если притязание должно быть частью права, оно должно входить в его пропозициональное содержание. В этом отношении не имеет значения, какие заявления делают люди о праве. Люди вместе со своими действиями не являются самим правом; они лишь создают его. Поэтому необходимо обосновать, почему притязание, якобы высказанное отдельными людьми, следует считать частью права. Ведь далеко не все, что представитель говорит о представляемой сущности, становится ее частью [19, р. 725, 731]. Но если удастся показать, что некоторые притязания действительно становятся частью права, то отпадает необходимость ссылаться на людей: можно сосредоточиться на пропозициональном содержании самого права. Это возвращает нас к вопросу о том, содержит ли право притязание на правильность. Поэтому объяснить это притязание через ссылки на людей, якобы представляющих право, – значит совершать категориальную ошибку.

Более того, неясно, имеет ли право вообще представителей. Парламент создает право, но не представляет его. До момента создания никакого права еще нет, и, следовательно, нечего представлять. После создания работа законодателя завершена, и парламент больше не имеет особой роли в отношении принятого права (за исключением его изменения или отмены). Поэтому он его не представляет. Судьи толкуют и применяют право, но и они не являются его представителями. Никто не действует от имени права. Это справедливо не только для правовых систем, где решения не имеют обязательной силы прецедента, но и для тех, где они ею обладают и где судьи, таким образом, уполномочены создавать право. Однако в таких системах обязательную силу имеет именно *ratio decidendi* [20, р. 67], то есть правило, обосновывающее конкретный результат, а не *obiter dicta*, которые судьи могут высказывать о предполагаемых притязаниях права. Даже если в решении встречается утверждение, что право является правильным, это все равно не право предьявляет такое притязание и не от его имени оно заявляется, а сами судьи, которые его комментируют.

Но если парламент не может быть представителем права, и судьи (даже как «оракулы права» [17]) также не могут, то кто же тогда может? Если принять всерьез, что право состоит из онтологически идеальных пропозиций, становится очевидно, что право и не нуждается, и не может иметь представителей. В отличие от людей или институтов, пропозиции никто не представляет. Чиновники или юристы не являются «представителями» права так же, как математики не являются представителями чисел, а программисты – алгоритмов. Право может «говорить» то, что оно говорит, без того, чтобы кто-то выступал от его имени. Это одна из причин, почему право способно оказывать мощное нормативное воздействие. Норма, однажды принятая как право, не зависит по своему содержанию или действительности от какого-либо лица, которое ее представляет. Люди нужны лишь для ее создания и обеспечения исполнения.

Таким образом, хотя онтологическая идеальность права помогает объяснить, почему право способно притязать на правильность, маловероятно, что оно может делать это через представителей. Необходимы иные аргументы, чтобы показать, что право действительно в обязательном порядке предьявляет такое притязание. Следует также отметить, что это притязание существенно отличается от требования, выдвинутого Радбрухом [57, р. 106]⁸ и другими, согласно которому право должно удовлетворять минимальным требованиям справедливости или правильности. Одно дело утверждать, что правовые правила должны соответствовать этим требованиям, и совсем другое – утверждать, что право не только содержит такие правила, но и выдвигает метапритязание относительно других норм, утверждая их правильность. Последнее утверждение можно последовательно отвергать, а вместе с ним и представление о том, что право тем самым обладает идеальным измерением, но при этом все же признавать, что оно должно отвечать минимальным моральным требованиям и потому не может извращать моральные идеалы. Отрицание тезиса о притязании, таким образом, совместимо с признанием моральной идеальности права.

⁸ Уже в ранней работе Радбрух [58, р. 64] утверждал, что право «по своей сути содержит притязание на справедливость». Именно поэтому Алекси [7, р. 109] относит его к сторонникам тезиса о притязании на правильность. Тем не менее различие с формулой Радбруха остается.

3.3. Сильный тезис о притязании

Тезис о притязании на правильность становится еще более сомнительным, если спросить: о какой именно правильности идет речь? В острой дискуссии вокруг этого тезиса [см.: 19; 54; 64] этому вопросу уделяется удивительно мало внимания. Между тем он имеет принципиальное значение, поскольку право может придерживаться собственных идеалов, таких как верховенство права, не обязательно при этом претендуя на реализацию других идеалов. Как уже отмечалось, моральную идеальность необходимо отличать от юридической. Но даже если не проводить этого различия, остается вопрос: что именно понимается под моральной правильностью, на которую, предположительно, должно ориентироваться право? Возможны два ответа: (1) правовая норма морально правильна, если она полностью соответствует моральным идеалам (сильный тезис); (2) правовая норма морально правильна, если она хотя бы минимально согласуется с моральными идеалами, то есть не предписывает крайней несправедливости (слабый тезис).

Если верно (1), то притязание на правильность сводится к притязанию на моральную идеальность. В этом случае каждое правовое решение практического вопроса должно быть морально предпочтительнее любого иного решения. Однако, как уже было показано, право не способно в полной мере реализовать моральные идеалы. Его всеобщность и публичность накладывают ограничения на то, что оно может достичь. Почти всегда право можно улучшить, хотя бы немного, при этом оно не перестанет быть правом. Но если для того, чтобы считаться правом, оно не обязано быть морально идеальным, то маловероятно, что оно должно на это притязать. В противном случае оно предьявляло бы ложное притязание.

Можно даже представить, что право содержит прямо противоположное притязание – притязание на моральную неидеальность. Законодатель может осознавать ограничения и несовершенства права и прямо это признавать в его тексте. Речь не о том, что это происходит всегда, а о том, что это возможно. А поскольку, по Алекси [4, р. 168; 10, р. 48], притязание на правильность считается необходимым свойством права, достаточно одного контрпримера, чтобы этот тезис опровергнуть. Представим, что многократно пытаюсь и всякий раз терпя неудачу в создании идеальной конституции, учредительное собрание в итоге принимает следующую преамбулу:

P₁: Будучи склонными к ошибкам людьми, мы сознаем, что эта конституция не является совершенно справедливой. Но это наилучшее, чего нам удалось достичь, и она подлежит изменению.

Такая конституция явно отрицала бы свою моральную идеальность и, следовательно, опровергала бы сильный тезис. При этом она вовсе не превращалась бы в «систему голых властных отношений» [4, р. 315], так как могла бы содержать правила, ограничивающие власть. Напротив, официальное напоминание о том, что в праве присутствуют элементы несправедливости, могло бы даже служить защитой от злоупотреблений властью. Последовательно и, пожалуй, даже благоразумно, саморефлексивно указывать на пределы собственного замысла. Такой подход не противоречит и этике дискурса, которая также признает человеческую конечность [15, р. 243], лежащую в основе неспособности права быть морально идеальным. Как бы то ни было, нет причин отрицать, что создание права может сопровождаться признанием его ошибок и ограничений. В этом случае человеческое право могло бы сочетаться с притязанием на неправильность, то есть с признанием того, что оно, по крайней мере в некоторых аспектах, неидеально и в этом смысле «неправильно».

Показательно, что подобный подход действительно встречается в некоторых конституциях. Так, Основной закон Германии начинается с упоминания Бога, что можно рассматривать как указание на пределы человеческого законодательного творчества⁹. Исторически это отсылка к христианской идее о том, что государство, как и все человеческие создания, способно достичь лишь

⁹ Во время существенной переработки Основного закона, предпринятой после объединения Германии, было предложено удалить упоминание Бога, однако это предложение было отклонено, поскольку данное упоминание служит «самонапоминанием о пределах человеческих возможностей» (Документ Бундестага № 12/6000, 110; перевод мой — Л.К.). См. также преамбулу, ч. 35 [18], где утверждается, что, ссылаясь на Бога, Конституция подчеркивает подверженность государства ошибкам.

ограниченной справедливости (ср. Послание к Римлянам 3:21, 28). Следовательно, ссылка на Бога может быть истолкована как признание человеческой ошибочности применительно к праву. Можно представить, что в таком духе государство могло бы признать собственные пределы и в преамбуле своей конституции зафиксировать, например, следующее:

Р₂: «X – суверенная [...] неидеальная и в этом смысле несправедливая республика».

Вопреки утверждениям о подобных формулировках [3, р. 67; 4, р. 169], Р₂ не содержит перформативного противоречия. Принятие конституции не мешает признать, что никакая созданная людьми конституция не является морально идеальной. Как только допускается возможность формулирования такой преамбулы, описывающей предполагаемый характер права, становится проблематичным противоположное утверждение сильного тезиса: будто право обязательно утверждает безусловную моральную правильность. Статья конституции, провозглашающая, что данная страна «является справедливым государством», вовсе не обязательно избыточна [3, р. 317], скорее, она свидетельствует о претенциозности. Создание государства сопряжено с множеством трудных выборов, и почти невозможно каждый раз быть последовательно правым. Даже если бы это удалось, не существовало бы доказательств, подтверждающих такое притязание. Следовательно, нет достаточного основания для того, чтобы провозглашать государство справедливым, и, тем более, нет оснований приписывать такое притязание самому праву.

3.4. Слабый тезис о притязании

Можно попытаться защитить тезис о притязании, снизив уровень его амбициозности. Вместо утверждения, что право претендует на моральную идеальность, можно утверждать, что оно лишь заявляет о своей свободе от крайней несправедливости [14, р. 50]. Такой вариант позволяет избежать притязания на моральную идеальность, сохранив при этом идею о необходимости достижения минимального уровня правильности. В этом смысле право претендует на то, что оно не содержит крайне несправедливых норм. На первый взгляд, подобная версия тезиса о притязании хорошо согласуется с формулой Радбруха, согласно которой крайняя несправедливость не является правом или, по крайней мере, не является действительным правом [57, р. 106].

Однако, как уже отмечалось, существует важное различие между утверждением, что право должно удовлетворять минимальным требованиям, и утверждением, что оно притязает на их удовлетворение. Именно здесь «слабый тезис» сталкивается с серьезными трудностями. Он предполагает, что право обязательно различает крайнюю и менее серьезную несправедливость, и притязает на то, что избегает первой, но не обязательно второй. Это предположение маловероятно, так как вовсе не очевидно, что такое различие между разными формами несправедливости является либо явной, либо скрытой частью самого права. Следовательно, слабый тезис предполагает сложное метапритязание, которое трудно согласовать с природой права. Есть пределы сложности, которые можно приписать праву как таковому.

Подход правовой системы может быть куда проще, чем предполагает этот тезис. Право вовсе не обязано опираться на различие, для формулирования которого самому Радбруху потребовалась вся жизнь, и которое до сих пор вызывает оживленные споры. Право может вообще не содержать никаких притязаний о самом себе [64, р. 34], ограничиваясь лишь первичными правилами, регулирующими поведение, и вторичными правилами, касающимися изменения и признания первичных правил [28, р. 79]. Право может оставаться нейтральным по отношению к собственной ценности, не включая никаких оценочных утверждений о себе самом. Эта возможность нейтральности саморефлексии показывает, что правовые системы не обязаны притязать даже на то, что они не являются крайне несправедливыми. Важно заметить, что этот аргумент не требует принятия какой-либо определенной теории правильности. Он лишь указывает на то, что право не обязано различать разные версии правильности.

Слабый тезис также нельзя обосновать аргументом о том, что утверждение о якобы (крайне) несправедливой природе права является перформативным противоречием [7, р. 316]. Даже если подобное противоречие действительно существует, оно лишь показывает, что отрицательное

утверждение («право несправедливо») неудачно. Но из этого не следует положительное утверждение, что право соответствует минимальным требованиям справедливости. Есть разница между утверждением, что право не является крайне несправедливым, и невозможностью утверждать, что оно крайне несправедливо. Право может оставаться нейтральным в отношении первого вопроса, так что из невозможности утверждать о несправедливости права вовсе не следует, что оно притязает на справедливость. Нет никаких причин считать, что необходимо позитивно утверждать все то, противоположное чему мы не вправе утверждать. Если нельзя сказать «черное», из этого не следует, что нужно сказать «белое».

Слабый тезис особенно проблематичен для нонкогнитивистов, которые, как и все остальные, могут участвовать в создании конституции. С их точки зрения, моральные суждения не могут быть рационально обоснованы [65]; это касается и суждений о крайней несправедливости. Поэтому они могли бы принять следующую преамбулу:

Р₃: Сознавая серьезные пределы человеческого познания, мы не притязаем на то, что данная конституция является справедливой. Она целиком и полностью основывается лишь на нашем согласии.

В таком случае право нельзя было бы истолковывать как заявляющее, что о своей крайней несправедливости. Здесь создание конституции никак не связано с притязанием на моральную правильность. Можно возразить, что подобная позиция неубедительна, что даже нонкогнитивисты должны признавать минимальную моральность и что их конституция фактически соответствует минимальным требованиям морали. Но все это не отменяет того факта, что подобная преамбула может быть принята, и при этом исключать притязание даже на минимальную правильность.

Важно отметить, что данный аргумент не основывается на мнении создателя, которое может быть вовсе не релевантным для интерпретации официальных актов [ср. 64, р. 32]. Он опирается на саму возможность включения нонкогнитивистского утверждения в конституцию и тем самым превращения его в часть права. У нонкогнитивизма могут быть серьезные внутренние проблемы. Однако конституция все еще может использовать его для того, чтобы сформулировать притязание о самой себе. Преимущество права заключается в том, что его нормы могут создаваться на основании различных философских позиций с радикально различающимися взглядами на справедливость и возможность ее познания. Поэтому нельзя исключать, что нонкогнитивисты включают в право утверждения о его характере. Конституции предназначены не только для моральных реалистов. Таким образом, возможно, что правовая система прямо отрицает притязание даже на минимальную моральную правильность. Следовательно, противоположный тезис, что любая правовая система по необходимости притязает на (минимальную) правильность, представляется неправдоподобным.

Однако нужны некоторые оговорки. Во-первых, из данного анализа не следует, что с утверждением вроде «X – несправедливая республика» [ср. 3, р. 65] все в порядке. Обычно законодатель действует исходя из предпосылки, что принятые им нормы представляют собой улучшение по сравнению с предыдущим положением дел. Иначе у него не было бы причин их принимать. Поэтому утверждение, что данные нормы несправедливы, выглядит неожиданным и требует объяснения. Однако при определенных интерпретациях понятия «несправедливый» такое объяснение возможно, как это демонстрирует ссыла на человеческую склонность к ошибкам. Даже если никакое объяснение не удастся, ошибочность статьи все же не обосновывает противоположного притязания на правильность.

Во-вторых, из аргумента не следует, что моральная правильность не может играть значительной роли в основании права. Могут существовать убедительные причины, почему правовая система, лишенная минимального уровня справедливости, не может признаваться действительным правом. Но это один вопрос – что может утверждать законодатель, а другой вопрос – при каких условиях мы должны признавать утверждения законодателя как право. Даже конституционное утверждение о том, что справедливости не существует, не препятствует тому, чтобы конституция в целом соответствовала морали. Можно поступать правильно по неправильным причинам. И законодатель может создать справедливое право, даже если ошибочно утверждает, что справедливости не существует.

В-третьих, из того, что право не обязательно притязает на правильность, не следует, что у него нет никаких пропозиций, которые можно было бы ему осмысленно приписать. В частности, высказывание предложения обычно подразумевает (при нормальных обстоятельствах) условие искренности, что его пропозиции действительны и не произнесены с иронией [62, р. 9]. Подобным образом, предложение, будучи частью закона, может пониматься как выражающее юридически действительную пропозицию. Но это далеко от того, чтобы считать, что правовая пропозиция содержит метапритязание относительно своих моральных достоинств, легитимного авторитета [59, р. 30] или легитимности [45, р. 168]. Теория коммуникации, исследующая условия нормативных речевых актов, таким образом, вряд ли может помочь доказать тезис о притязании.

Наконец, даже если право действительно притязает на моральную правильность, отсюда само по себе вовсе не следует, что оно обладает идеальным измерением. Притязания могут быть ложными. Само утверждение или видимость утверждения, что нечто морально правильно, не делает его таковым. Содержание нормы необходимо отличать от метапритязания относительно самой нормы. Если у права действительно есть моральное идеальное измерение, то оно коренится не в том, что право говорит о себе, а в его содержании, то есть в том, насколько его нормы соответствуют требованиям справедливости. Главное здесь не то, что право явно или неявно говорит о себе, а то, чего оно требует от своих адресатов или, выражаясь кантовским языком, как оно ограничивает сферу их свободы.

4. Заключение

Ссылка на идеальное измерение права может иметь совершенно разные значения. Она может означать степень, в которой моральные идеалы воплощены в праве. В этом случае речь идет о применении внешнего по отношению к праву стандарта. Идеальное измерение может также включать собственные идеалы права, внутренние для него самого и потенциально расходящиеся с моральными идеалами. В обоих случаях речь идет о содержании права.

В противоположность этому, идеальное измерение может относиться к онтологическому статусу права как нематериальной сущности, наделенной определенным смыслом. Здесь важно подчеркнуть, что правовые нормы подобны числам в том отношении, что их существование не зависит от материальных воплощений. Этот нематериальный, онтологически идеальный характер объясняет ключевые свойства права, такие как его переводимость и устойчивость во времени.

Онтологическая идеальность права помогает понять, что право способно включать в себя притязания на правильность, но вовсе не *обязано* этого делать. Притязание на моральную идеальность для права с учетом его ограниченной природы равносильно проявлению высокомерия. Приписывать праву даже слабое притязание (что оно не является крайне несправедливым, но может быть просто несправедливым) означало бы навязывать ему саморефлективную и дифференцированную установку, которую нельзя предполагать для всех правовых систем. Если право и имеет идеальное измерение, то оно заключается не в притязании на правильность, а либо в его онтологической природе, либо в той степени, в которой оно соответствует морали или собственным идеалам.

Лоренц Келер, заң ғылымдарының докторы, философия ғылымдарының докторы, профессор, Бремен университеті, Құқық факультеті (Бремен, Германия): Заңның идеалды өлшемі қандай?

Бұл мақалада құқықтың идеалды өлшемі бар ма және бұл өлшем қалай түсіндірілуі керек деген мәселе қарастырылады. Онда идеалдылықтың үш түрі ажыратылады: моральдық, құқықтық және онтологиялық. Моральдық идеалдылық заңның моральдық қағидаттарға сәйкес келуін; құқықтық идеалдылық құқықтық жүйелердің ішкі идеалдарына; ал онтологиялық идеалдылық құқықтық нормалардың материалдық емес, ұсыныстық табиғатына қатысты. Мақалада құқықтың дұрыстыққа ұмтылысы оның идеалдылығының қажетті шарты емес деген көзқарас қорғалады. Құқықтың идеалды өлшемі ең алдымен оның онтологиялық құрылымында, яғни материалдық емес нормативтік мәндер жүйесі ретіндегі болмысында жатыр.

Кілт сөздер: құқықтың идеалдылығы; моральдық идеалдылық; нормативтілік; дұрыстыққа ұмтылыс; құқықтық позитивизм; позитивизмге қарсы бағыт; құқық онтологиясы.

Lorenz Kaehler, PhD in Law, PhD in Philosophy, Professor, Law Faculty, University of Bremen (Bremen, Germany): What Is the Ideal Dimension of Law?

The paper examines whether law possesses an ideal dimension and how this dimension should be understood. It distinguishes three types of ideality: moral, legal, and ontological. The moral ideality concerns the conformity of law to moral principles; the legal ideality refers to the internal ideals embedded in legal systems; and the ontological ideality denotes the immaterial, propositional nature of legal norms. The paper argues that law's claim to correctness is not a necessary condition of its ideality. The ideal dimension of law lies primarily in its ontological structure as a system of immaterial normative entities.

Keywords: ideality of law; moral ideality; normativity; claim to correctness; legal positivism; non-positivism; ontology of law.

Список литературы:

1. Alchourrón C., Bulygin E. The Expressive Conception of Norms. *New Studies in Deontic Logic*. Hilpinen R. (ed.). Reidel, 1981. P. 95–124.
2. Alexy R. *Theorie der juristischen Argumentation*. Suhrkamp, 1983.
3. Alexy R. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4th ed. Karl Alber, 2005.
4. Alexy R. The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*. 2010. Vol. 23(2). P. 167–182.
5. Alexy R. Legal Certainty and Correctness. *Ratio Juris*. 2015. Vol. 28(4). P. 441–451.
6. Alexy R. The Ideal Dimension of Law. Chap. 12. *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*. Duke G. and George R. P. (eds.). Cambridge University Press, 2017. P. 314–341.
7. Alexy R. *Law's Ideal Dimension*. Oxford University Press, 2021.
8. Amselek P. Law in the Mind. Chap. 2. *Controversies about Law's Ontology*. Amselek P. and MacCormick N. (eds.). Edinburgh University Press, 1991. P. 13–29.
9. Austin J. *Lectures on Jurisprudence; or, the Philosophy of Positive Law*. 3rd ed. Vol. 1. John Murray, 1869.
10. Berteia S. *The Normative Claim of Law*. Hart Publishing, 2009.
11. Beyleveld D. Brownsword R. The Practical Difference between Natural-Law Theory and Legal Positivism. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1985. Vol. 5(1). P. 1–32.
12. Beyleveld D. Brownsword R. *Law as a Moral Judgment*. Sweet & Maxwell, 1986.
13. Beyleveld D. Brownsword R. *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*. Oxford University Press, 2001.
14. Bix B. Radbruch's Formula and Conceptual Analysis. *The American Journal of Jurisprudence*. 2011. Vol. 56(1). P. 45–57.
15. Cooke M. Law's Claim to Correctness. *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Pavlakos G. (ed.). Hart Publishing, 2007. P. 225–247.
16. Cossio C. *Egologische Theorie und Reine Rechtslehre*. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*. 1953. Vol. 5. P. 15–69.
17. Dawson J. P. *The Oracles of the Law*. University of Michigan Law School, 1968.
18. Dreier H. *Grundgesetz*. 3rd ed. Vol. 1. Mohr Siebeck, 2013.
19. Duarte d'Almeida L., Edwards J. Some Claims about Law's Claims. *Law and Philosophy*. 2014. Vol. 33(6). P. 725–746.
20. Duxbury N. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge University Press, 2008.
21. Falguera J. L., Martínez-Vidal C., Rosen G. Abstract Objects. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Summer 2022 edition. Zalta E. N. (ed.). <https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/abstract-objects/>.
22. Finnis J. *Natural Law: The Classical Tradition*. Chap 1. *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Coleman J. and Shapiro S. (eds.). Oxford University Press, 2002. P. 1–60.
23. Frege G. (1918) *Der Gedanke*. *Logische Untersuchungen*. Patzig G. (ed.). Vandenhoeck & Ruprecht, 1966. P. 30–53.
24. Frege G. (1923). *Gedankengefüge*. *Logische Untersuchungen*. Patzig G. (ed.). Vandenhoeck & Ruprecht, 1966. P. 72–91.
25. Gardner J. *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*. Oxford University Press, 2012.

26. Gewirth A. Reason and Morality. University of Chicago Press, 1978.
27. Hauriou M. (1925) Die Theorie der Institution. Schnur R. (ed.). Duncker & Humblot, 1965.
28. Hart H. L. A. The Concept of Law. Oxford University Press, 1961.
29. Hart H. L. A. Law, Liberty, and Morality. Stanford University Press, 1963.
30. Hegel G. W. F. (1821) Grundlinien der Philosophie des Rechts. Felix Meiner, 1995.
31. Heidemann C. Die Norm als Tatsache. Nomos, 1997.
32. Himma K. E. Inclusive Legal Positivism. Chap. 4. The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. Coleman J. and Shapiro S. (eds.). Oxford University Press, 2002. P. 125–165.
33. Himma K. E. Authority. Handbook of Legal Reasoning and Argumentation. Bongiovanni G., Postema G., Rotolo A., Sartor G., Valentini C., and Walton D. (eds.). Springer, 2018. P. 191–217.
34. Himma K. E. Morality and the Nature of Law. Oxford University Press, 2019.
35. Hume D. (1793) A Treatise of Human Nature. Norton D. F. and Norton M. J. (eds.). Oxford University Press, 2000.
36. Kant I. (1785) Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Akademie Ausgabe. Vol. 4. Walter de Gruyter, 1963.
37. Kant I. (1793) Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft. Akademie Ausgabe. Vol. 6. Walter de Gruyter, 1968.
38. Kelsen H. General Theory of Law and State. Trans. A. Wedberg. Harvard University Press, 1945.
39. Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2nd ed. Verlag Österreich, 1960.
40. Kelsen H. (1926) Das Wesen des Staates. Die Wiener rechtstheoretische Schule. Klecatsky H., Marcic R., and Schambeck H. (eds.). Vol. 2. Europa Verlag, 1968.
41. Kelsen H. Staat und Naturrecht. 2nd ed. Wilhelm Fink, 1989.
42. Kelsen H. (1979) Allgemeine Theorie der Normen. Manz Verlag, 1990.
43. Kelsen H. (1932) Verteidigung der Demokratie. Jestaedt M. and Lepsius O. (eds.). Mohr Siebeck, 2006.
44. Kelsen H. Das Problem der Gerechtigkeit. Reine Rechtslehre. Jestaedt M. (ed.), 2nd ed. of 1960, as updated to reflect Kelsen's 1966 revisions. Mohr Siebeck, 2017. P. 611–758.
45. Koller P. On the Nature of Norms. Ratio Juris. 2014. Vol. 27(2). P. 155–175.
46. McCormick N. Why Law Makes No Claims. Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy. Pavlakos G. (ed.). Hart Publishing, 2007. P. 59–67.
47. Mackie G. Democracy Defended. Cambridge University Press, 2003.
48. Mackor A. R. Legal Doctrine Is a Non-normative Discipline: An Argument from Abstract Object Theory. Facts and Norms in Law: Interdisciplinary Reflections on Legal Method. Taekema S., van Klink B. and de Been W. (eds.). Edward Elgar, 2016. P. 127–149.
49. Nietzsche F. (1883-1885) Thus Spoke Zarathustra: A Book for Everyone and Nobody. Trans. G. Parkes. Oxford University Press, 2005.
50. OED (Oxford English Dictionary) 2024. s.v. “claim,” noun, additional sense (2023). March 2024. <https://doi.org/10.1093/OED/4831360695>.
51. Olivecrona K. Law as Fact. Einar Munksgaard, 1939.
52. Pavlakos G. Normativity versus Ontology: Law, Facts, and Practical Reasons. Rechtstheorie. 2003. Vol. 34(4). P. 393–419.
53. Pavlakos G. Introduction. Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy. Pavlakos G. (ed.). Hart Publishing, 2007. P. 1–13.
54. Pavlakos G. Correctness and Cognitivism: Remarks on Robert Alexy's Argument from the Claim to Correctness. Ratio Juris. 2012. Vol. 25(1). P. 15–30.
55. Popper K. R. Objective Knowledge: An Evolutionary Approach. Oxford University Press, 1972.
- Ross A. Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law. Einar Munksgaard, 1946.
56. Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. Süddeutsche Juristenzeitung. 1946. Vol. 1. P. 105–108.
57. Radbruch, G. (1932) Legal Philosophy. The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin. Trans. K. Wilk. Harvard University Press, 1950. P. 43–224.

58. Raz J. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. 2nd ed. Oxford University Press, 2009.
59. Schauer F. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*. Oxford University Press, 1991.
60. Schurz G. *The Is-Ought Problem: An Investigation in Philosophical Logic*. Springer, 1997.
61. Searle J. R. *Intentionality: An Essay in the Philosophy of Mind*. Cambridge University Press, 1983.
62. Selznick P. *Sociology and Natural Law*. *Natural Law Forum*. 1961. Vol. 61. P. 84–108.
63. Spector H. *A Pragmatic Reconstruction of Law's Claim to Authority*. *Ratio Juris*. 2019. Vol. 32(1). P. 21–48.
64. Van Roojen M. *Moral Cognitivism vs. Non-cognitivism*. In *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Summer 2024 edition. Zalta E.N. and Nodelman U. (eds.). <https://plato.stanford.edu/archives/sum2024/entries/moral-cognitivism/>.
65. Taekema S. *The Concept of Ideals in Legal Theory*. Springer, 2003.
66. Weinberger O. *The Norm as Thought and as Reality. An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*. MacCormick N. and Weinberger O. (eds.). Springer, 1986. P. 31–48.

Для цитирования и библиографии: Кэлер Л. Каково идеальное измерение права? // *Право и государство*. № 4(109), 2025. – С. 100-117. DOI: 10.51634/2307-5201_2025_4_100

Материал поступил в редакцию 02.11.2025