

СООТНОШЕНИЕ ПРАВА И МОРАЛИ В ПРАВОВОЙ КОНЦЕПЦИИ Л. ФУЛЛЕРА

В. В. ЛАПАЕВА *

Анализ соотношения права и морали в правовой концепции Л. Фуллера дан с позиций либертарно-юридической теории права В. С. Нерсисянца, трактующей принцип формального равенства (равенства в свободе) как сущностный принцип права, который отличает право от властного произвола, и от морали, представляющей собой специфическую форму произвола. Рассматриваются отличия фуллеровского подхода к пониманию морали как совокупности суждений в диапазоне «мораль долга — мораль стремления» от юснатуралистской концепции морали, основанной на христианской идее милосердия. Раскрывается взаимосвязь между его прагматичной трактовкой морали и его процедурной концепцией права. Обосновывается тезис о том, что в основе правовой концепции Л. Фуллера лежит стремление автора, с одной стороны, уйти от позитивистской модели законодательного регулирования, не содержащей в себе критерия для оценки правового качества законов, а с другой — отказаться от присущих юснатурализму метафизических критериев оценки закона с позиций абстрактных моральных ценностей.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: понятие права, мораль долга, мораль стремления, моральность права, позитивизм, юснатурализм, либертарно-юридическая теория права.

LAPAEVA V. V. CORRELATION OF LAW AND MORALITY IN L. FULLER'S LEGAL CONCEPTION

Correlation of law and morality in L. Fuller's legal conception is analysed from the perspectives of the libertarian-juridical theory of law by V. Nersesyants which treats the principle of formal equality (equality in freedom) as an essential principle of law that distinguishes law from imperative tyranny and morality which is a specific form of tyranny. The author examines the distinctions between Fuller's approach to the understanding of morality as a complex of judgments within the range of "the morality of duty and the morality of aspiration" and the jusnaturalistic conception of morality based on the Christian idea of mercy. The article reveals the interdependence between his pragmatic interpretation of morality and his procedural conception of law. The author justifies the thesis that Fuller's legal conception is based on his aspiration not to use the positivist model of the legislative regulation which does not contain any criterion to assess the legal quality of statutes, on the one hand, and

* Лапаева Валентина Викторовна — доктор юридических наук, главный научный сотрудник Института государства и права РАН.

Lapaeva Valentina Viktorovna — LLD, Chief Research Fellow of the Institute of State and of the Law Russian Academy of Sciences.

© В. В. Лапаева, 2013

E-mail: lapaeva07@mail.ru

to reject the jusnaturalistic metaphysical criteria of assessing the statutes from the perspectives of abstract moral values, on the other hand.

KEYWORDS: concept of law, morality of duty, morality of aspiration, morality of law, positivism, jusnaturalism, libertarian-judicial theory of law.

Проблема соотношения права и морали (нравственности) относится к числу ключевых в философии и теории права. Глубина и оригинальность в подходе к решению именно этого вопроса в значительной мере определяют вклад исследователя в развитие философско-правового знания. Если автор сумел сказать нечто новое по поводу соотношения права и морали, значит, ему удалось найти свое место в сверхплотной сфере истории философско-правовой мысли, доказав, что интеллектуальный потенциал его учения «действительно расширил и обновил духовные горизонты человеческого бытия, а сформулированные в нем новые суждения стали составным моментом совокупного человеческого знания».¹ В наши дни очень сложно внести какой-либо новый смысл в уже сложившееся понимание фундаментальных проблем, касающихся основ духовной культуры. «Мы живем в такие времена, — писал С. С. Аверинцев, — когда, ненаучно выражаясь, все слова уже сказаны. Каждый говорящий обязан знать, что выражает точку зрения, которая, в общем, известна слушателю вместе со всеми аргументами против нее».² Подобная мысль лежит и в подтексте ироничного замечания Ж. Маритена о том, что «на каждой лейпцигской книжной ярмарке начиная с 1780 г. появлялись восемь или более новых систем естественного права».³ Конечно, эти и аналогичные высказывания вряд ли стоит понимать буквально. Ведь каждое новое время как минимум приносит свои, только ему присущие оттенки в осмысление духовной жизни человека. Тем не менее подобный скептицизм вполне уместен, когда речь идет о теориях, претендующих на новую трактовку таких проблем, как соотношение права и морали, которые непосредственно связаны с пониманием природы человека, его достоинства, принципов и норм его взаимодействия с другими людьми и т. д.

Правовая концепция классика американской теории права Лона Фуллера интересна именно тем, что в ключевом вопросе правопонимания — о соотношении права и морали — она претендует на существенную новизну. И, хотя сам автор характеризует свою концепцию как процедурное *естественное* право, смысл, который он вкладывает в понятия морали и моральности права, не вписывается, как я постараюсь показать далее, в логику естественно-правовой доктрины. С юснатурализмом его роднит лишь уверенность в том, что хваленая интеллектуальная ясность позитивистского разграничения права и морали «является показной» и что не следует «усматривать контрастное черно-белое изображение там, где реальность характеризуется оттенками серого».⁴

Фуллеровская трактовка соотношения права и морали принесла автору большую известность. Однако вопрос о том, позволяет ли оригинальность в подходе к этой проблеме расценивать его правовую концепцию как

¹ Нерсесянц В. С. Философия права Гегеля. М., 1998. С. 347.

² Аверинцев С. С. Попытки объясниться: беседы о культуре. М., 1988. С. 31.

³ Маритен Ж. Человек и государство. Гл. IV: «Права человека» // http://gumer.info/bogoslov_Buks/Philos/Mariten (2013. 20 янв.).

⁴ Там же. С. 158.

самостоятельную теорию права, основанную на адекватном ей типе правопонимания, остается, на мой взгляд, открытым. Хотя сам Л. Фуллер, казалось бы, не выдвигает подобных претензий, его заявка на теоретическую новизну в основополагающем вопросе правопонимания, по сути, означает и заявку на новую теорию права. Именно под этим углом зрения я и хотела бы рассмотреть обозначенную тему. Теоретико-методологической базой моего анализа являются разработанная В. С. Нерсесянцем либертарно-юридическая теория и соответствующий ей тип правопонимания.⁵ С точки зрения этого подхода критерием разграничения права и морали является принцип формального равенства (равенства в свободе) как сущностный принцип и признак права, отличающий право и от властного произвола, и от морали, представляющей собой специфическую форму произвола.

Привлечению внимания широкой научной общественности к правовой концепции Л. Фуллера в немалой степени способствовала его яркая полемика с выдающимся неопозитивистом Г. Хартом, начавшаяся с вопроса о том, можно ли считать нацистское законодательство правом. Г. Харт, будучи, как и все позитивисты, сторонником разграничения права и морали, не отказывал нацистским законам в правовом статусе, хотя, разумеется, не отрицал их аморальности. При этом он апеллировал к моральному принципу, который Л. Фуллер обозначил как «верность праву». Сам же Г. Харт писал так: «Я пытался показать, что, несмотря на все новые знания и опыт, полученные после утилитаристов, и несмотря на дефекты других частей их доктрины, их протест против смешения сущего и должного в праве имеет не только интеллектуальную, но и моральную ценность».⁶ Моральной ценностью в данном случае он считал приверженность существующему праву, даже если это право и не соответствует высоким требованиям морально должного.

То обстоятельство, что Г. Харт перевел рассмотрение проблемы в моральную плоскость, Л. Фуллер расценил как появившуюся возможность конструктивного диалога, т. е. «реального соединения предмета спора» между сторонниками и противниками разграничения права и морали. До этого момента приверженцы юридического позитивизма, по его словам, говорили, что норма права является «командой суверена, нормой, предписанной судьей, предсказанием о применении в будущем государственного принуждения, паттерном поведения должностных лиц и т. д.», а на вопрос о целях, которым служат такие определения, отвечали, что «нет никакой цели, разве что точно описать социальную реальность, соответствующую слову “право”».⁷ Такая позиция заводила дискуссию в тупик. Однако после признания Г. Харта о том, что в его определении права содержится и нечто такое, что Л. Фуллер охарактеризовал в качестве «указателей, направляющих приложение человеческих сил», стало возможным, по мнению последнего, вести теоретический спор о соотношении права и морали.

Получив таким образом пространство для дискуссии, Л. Фуллер поставил своей задачей доказать неспособность юридического позитивизма достойно служить моральному идеалу верности праву. Его ответная статья так и называлась: «Позитивизм и верность праву». Суть его критики

⁵ Лапаева В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М., 2012. С. 124–174, 220–227.

⁶ Харт Г. Позитивизм и разграничение права и морали // Правоведение. 2005. № 5. С. 129.

⁷ Фуллер Л. Позитивизм и верность праву: Ответ профессору Харту // Правоведение. 2005. № 6. С. 126.

сводилась к тезисам о том, что «право как нечто достойное верности должно выступать как человеческое достижение; оно не может быть простым велением силы или повторяющимся паттерном, распознаваемым в поведении должностных лиц. ... Если законы, будь они даже плохими, требуют нашего уважения, тогда право должно представлять собой некое общее направление человеческой деятельности, которое мы сможем понять и описать, а также принять в общем, даже тогда, когда нам кажется, что оно не достигает своей цели».⁸

В этом высказывании автора заслуживают особого внимания два момента: 1) трактовка права как деятельности, т. е. как некоего процесса, и 2) признание того, что право обладает ценностью даже тогда, когда оно не достигает своей цели. Такой подход позволил автору отграничить право как процесс, подчиняющийся принципам *внутренней морали*, от результата этого процесса, заданного внешними по отношению к праву целями, обозначенными им как *внешняя мораль права*. Позднее эти идеи были развиты им в монографии «Мораль права».⁹

Слово «мораль», которое использует здесь Л. Фуллер, не должно вводить в заблуждение. Мораль у него — это, скорее, целеположенность и ценностная нагруженность права.¹⁰ Причем понятие «ценность» в трактовке Л. Фуллера имеет преимущественно инструменталистскую коннотацию: внешняя мораль права у него — это внешние по отношению к праву («материальные» в терминологии автора) цели права, определяющие ценность, которой обладает право для человека и общества, а внутренняя мораль (точнее — моральность) права — процедурные принципы внутренней логики формирования и осуществления права.

Принципы внутренней моральности права Л. Фуллер называет *desiderata* (лат. «что-либо недостающее») и считает, что полный провал даже по одному из выделенных направлений «означает не просто плохую правовую систему, а ведет к тому, что вообще нельзя назвать правовой системой».¹¹ Автор формулирует эти требования как «восемь способов потерпеть неудачу в попытке создания закона»: 1) неспособность установить общую норму; 2) недоступность для ознакомления заинтересованной стороной; 3) злоупотребление законами, имеющими обратную силу; 4) неспособность сделать законы понятными; 5) принятие противоречивых законов; 6) законодательное закрепление требований, превышающих пределы возможного; 7) слишком частое внесение изменений в законы, препятствующее их исполнению; 8) несоответствие между писаными законами и их фактическим применением.¹² Л. Фуллер неоднократно называет требования внутренней моральности права требованиями к совершенству законности, или принципами законности. Как поясняет он позднее в работе «Анатомия права» (в ответ критикам, считающим, что подобные принципы законности не имеют этического измерения), моральная природа этих требований обусловлена тем, что они применяются к людям, создающим

⁸ Там же.

⁹ В нашей литературе представлена и несколько иная, как представляется, более адекватная версия перевода названия книги Л. Фуллера «The Morality of Law» — «Моральность права» (Поляков А. В. Правовые учения XX в. // Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В. История политических и правовых учений. СПб., 2007. С. 479).

¹⁰ Козлихин И. Ю. Процессуальная концепция права Лона Фуллера // Правоведение. 1993. № 2. С. 53.

¹¹ Фуллер Л. Мораль права. М., 2007. С. 53.

¹² Там же.

правила для других людей, а потому такая работа, ориентированная на взаимодействие, несет в себе коммуникативный элемент, выражающий отношение создателей правил к тем, кто будет этими правилами руководствоваться, а значит, она имеет моральную природу.¹³

Предлагаемое им определение права звучит так: «Право — это предприятие, направленное на подчинение поведения человека руководству правил». ¹⁴ В отличие от других современных теорий права, подчеркивает автор, «этот подход трактует право как деятельность и рассматривает правовую систему как продукт продолжительных целенаправленных усилий». ¹⁵ Таким образом, право для Л. Фуллера — это деятельность, служащая подчинению поведения человека руководству неких правил, заданных определенными критериями (*desiderata*) законности, которые он называет требованиями внутренней моральности права. Несоблюдение *desiderata* в процессе подготовки и реализации правил лишает правила правового характера и снимает с человека моральную обязанность подчиняться им. Соответствие этим правилам в большинстве случаев (но, как признает сам автор, не всегда) гарантирует правовой характер нормы.

Споря с Г. Хартом, считающим, что несоблюдение нацистских законов надо рассматривать не как результат отрицания их правового характера, а как итог морального выбора человека, Л. Фуллер утверждает, что эти законы изначально не являлись правом. Данное обстоятельство извлекло их адресатов от сложного морального выбора и делало решение об их соблюдении лишь вопросом благоразумия и храбрости. Тезис о том, что нацистские законы — это пусть и плохое, но все-таки право, может быть опровергнут, считает Л. Фуллер, путем доказательства несоответствия подобных законов требованиям внутренней моральности права. В данной связи он вспоминает и частые обращения гитлеровского режима к ретроспективным статутам, и практику принятия секретных инструкций, и действия судов вопреки законам по указке свыше, и т. п. ¹⁶ Если бы послевоенная немецкая юриспруденция, отмечает автор, более плотно занималась вопросами внутренней моральности права, то не было бы необходимости апеллировать к «высшему закону» в духе «формулы Радбруха», объявляя недействительными наиболее одиозные нацистские статуты. ¹⁷

Основной акцент в подходе Л. Фуллера к пониманию права делается на *средствах* достижения цели упорядочения общественных отношений, т. е. на *правилах процедуры*, с помощью которых должна разрабатываться и проводиться в жизнь система норм для управления человеческим поведением. Поэтому свою концепцию он характеризует как *процедурное* право. При этом термин «процедурный», подчеркивает автор, указывает на то, что нас интересуют не материальные цели юридических норм, а «способы, посредством которых должна разрабатываться и проводиться в жизнь система норм для управления человеческим поведением». ¹⁸

¹³ Архипов В. В. Postmortem: «Анатомия права» Лона Фуллера // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. С. 188–189. — Как справедливо отмечает В. В. Архипов, речь, по сути, идет о принципах профессиональной этики законодателя в духе кодекса профессиональной этики адвоката и т. п.

¹⁴ Фуллер Л. Мораль права. С. 129.

¹⁵ Там же.

¹⁶ Фуллер Л. Позитивизм и верность праву. С. 141–144.

¹⁷ Там же. С. 149.

¹⁸ Там же. С. 119. — Как справедливо отмечает А. В. Поляков, Л. Фуллер использовал термин «процедурность» достаточно нетрадиционно: в узком смысле — как

Прежде чем продолжить рассмотрение фуллеровского понятия права в контексте проблемы соотношения права и морали, необходимо остановиться на его трактовке категории морали, освещением которой он предвзвешивает изложение своей правовой концепции. Анализ этой темы Л. Фуллер начинает с заявления о том, что юридический ум, исчерпавший себя в размышлениях о праве, «удовлетворился тем, что оставил без рассмотрения тот предмет, с которым право соотносится и при том от него отлично»,¹⁹ т. е. мораль. Когда позитивисты отграничивают право от морали, пишет он, они именуют словом «мораль» едва ли не каждый стандарт оценки человеческого поведения, не являющийся правом: «внутренний голос совести, имеющие религиозное происхождение суждения о хорошем и плохом, общие представления о благопристойности и честной игре, культурно обусловленные предрассудки»²⁰ и т. п.

При этом главным источником множества неясностей в дискуссиях о соотношении между правом и моралью является, по мнению Л. Фуллера, отсутствие разграничений между такими понятиями, как «мораль стремления» и «мораль долга». Сама по себе идея выделения этих двух видов морали, признает автор, не нова, однако вытекающие отсюда следствия в целом прошли мимо внимания исследователей и не получили надлежащего развития. Поясняя свою позицию, Л. Фуллер пишет, что мораль стремления — это «мораль жизни в соответствии с Благом, стремление к совершенству, к самой полной реализации человеческих сил... Если мораль стремления начинается с вершины человеческих достижений, то мораль долга начинается с их фундамента. Она закладывает базовые нормы, без которых упорядоченное общество не возможно... Это мораль Ветхого Завета и десяти заповедей». В отличие от морали стремления, которая «осуждает людей за то, что они не воспользовались благоприятными возможностями для максимальной реализации своих способностей», мораль долга «осуждает их за несоблюдение базовых требований общественной жизни».²¹ Таким образом, «мораль долга» у Л. Фуллера — это совсем не то «внутреннее осознание долга, выполнению которого человек должен посвятить всю свою жизнь»,²² о чем говорит, например, Л. И. Петражицкий.

Для визуализации своей концепции Л. Фуллер предлагает читателю вообразить своего рода шкалу, которая начинается с самых очевидных, минимальных требований общественной жизни и восходит к не имеющим конечного предела вершинам человеческих устремлений. А где-то на этой шкале есть «невидимый указатель, отмечающий разделительную линию, после которой исчезает давление долга и возникает вызов совершенства».²³ Все дискуссии по вопросам морали, считает он, ведутся за местоположением данного указателя: если мы сдвигаем его выше, то расширяем сферу долга и сужаем область совершенства, и наоборот. При этом поиск правильного местоположения данного указателя усложнен

соответствие официальных действий тому, что установлено в законе, и в широком — как то, что позволяет сконструировать систему правил для подчинения человеческого поведения и управления им (Поляков А. В. Правовые учения XX в. // Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В. История политических и правовых учений. С. 486).

¹⁹ Фуллер Л. Мораль права. С. 13.

²⁰ Фуллер Л. Позитивизм и верность праву. С. 128.

²¹ Фуллер Л. Мораль права. С. 15.

²² Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С. 508.

²³ Фуллер Л. Мораль права. С. 20–21.

«интеллектуальной путаницей, которая восходит по меньшей мере к Платону» и связана с представлениями о том, что, «не имея перед собой картины идеала человеческого существования, мы не располагаем никаким критерием ни для предписания обязанностей, ни для открытия новых путей для выражения человеческих способностей».²⁴ Такая позиция, означающая, что основой всякой морали является мораль стремления, является, по мнению Л. Фуллера, заблуждением. Ведь моральный запрет «не убий», говорит он, не подразумевает знания абсолютного блага, а «покоится на той банальной истине, что если люди поубивают друг друга, то реализация морали стремления будет невозможна».²⁵

Может показаться, что рассуждения Л. Фуллера о том, что мораль долга — это фундамент человеческих достижений, а мораль стремления к совершенству — это их вершина, перекликаются с этической концепцией В. С. Соловьева, где право предстает как некий обязательный минимум требований в безграничном пространстве нравственного совершенства. Однако это не так. Фуллеровская мораль стремления базируется вовсе не на идее добра, которая, по мнению В. С. Соловьева, составляет предмет нравственной философии, а, скорее, на идее творческой, интеллектуальной, профессиональной и т. п. реализации личности. Русский философ был бы шокирован фуллеровской трактовкой понятия морали, допускающей рассуждения о том, что «если мораль стремления вторгается в область долга, люди могут начать взвешивать и оценивать свои обязательства по своим собственным критериям, и дело может дойти до того, что поэт утопит в реке свою жену, будучи уверен (возможно, вполне обоснованно), что без нее он сможет лучше писать стихи».²⁶

В подобных суждениях хорошо просматриваются отличия концепции права Л. Фуллера от юснатурализма как доктрины, выросшей из соединения античного рационализма и христианской идеи милосердия (любви), истоки которой восходят к Ветхому Завету. Сочетание этих двух различных по своей внутренней интенции ментальных традиций породило тот сплав права и морали, который лежит в основе современного юснатурализма. Мораль как выражение идеи любви к ближнему выступает здесь в качестве ограничивающего, сдерживающего, смягчающего начала по отношению к холодному, бездушному и безжалостному принципу равенства. К такому естественному праву как некоему симбиозу разумных начал общественной жизни и христианской морали Л. Фуллер относится весьма иронично, называя его «всеприсутствием, нависающим с небес».²⁷ Его мораль стремления по своей природе не христианская, а, скорее, языческая. Классическая формулировка морали стремления, по мнению ученого, принадлежит греческим философам. Суть такой морали он видит в сохранении и обогащении тех достижений человечества, которые составляют его социальное наследие.²⁸

Показательна в этом плане попытка Л. Фуллера пояснить свое понимание морали стремления на примере сократовского тезиса о том, что добродетель — это знание. То обстоятельство, говорит он, что многочисленные критики данного тезиса рассматривают его то как загадку, то как

²⁴ Там же. С. 20.

²⁵ Там же. С. 22.

²⁶ Там же. С. 40.

²⁷ Там же. С. 118. — Здесь автор использует фразу, принадлежащую известному представителю американской социологической юриспруденции О. Холмсу.

²⁸ Там же. С. 23.

нелепицу, вызвано непониманием природы сократовской добродетели. «Критика была бы совершенно оправдана, — пишет Л. Фуллер, — если бы Сократ учил морали долга. Но его мораль была моралью стремления».²⁹ Между тем столь прямолинейное отождествление сократовского тезиса о знании как добродетели с идеей интеллектуальной самореализации личности (что, скорее всего, в данном случае соответствует фуллеровской морали стремления) вряд ли можно считать верным.

В центре всего сократовского философствования, считает В. С. Нерсисянц, «стоят вопросы о нравственных добродетелях, моральных качествах человека. По существу своему учение Сократа — это философия морали, этика».³⁰ Сказанное в полной мере относится и к рассматриваемому (ключевому для сократовской философии) тезису. Знание для Сократа — это не сумма частных сведений о различных сторонах жизни, а некое единое духовное знание о божественной истине бытия, приобщение к которому осуществляется благодаря божественному началу в человеке — его разумной душе. Пребывающая в смертном теле бессмертная разумная душа «соединяет в одно целое земные и небесные, естественные и божественные аспекты человеческого бытия. Бессмертие души, по мысли Сократа, со всей очевидностью показывает, что только разумная и добродетельная жизнь целесообразна и соответствует божественной гармонии Вселенной, ее провиденциальным целям».³¹ Это морализаторство (в хорошем смысле слова) Сократа сближает его философствование с христианским учением.

В фуллеровской трактовке морали стремления прослеживаются черты такого мировоззрения, которые иногда называют современным язычеством, вытесняющим христианские начала из европейской культуры. По мнению одного из выдающихся мыслителей XX в. Э. Фромма, о христианизации Европы как о духовном процессе, оказавшем влияние на сердца людей, можно говорить лишь применительно к периоду XII–XVI вв. Позднее, считает он, «Европа возвратилась к своему изначальному язычеству»,³² отказавшись от идеала героя-мученика в пользу героя-победителя, нацеленного на завоевание власти, денег, славы и т. п. Утверждение нового язычества индустриальной эры, которое развивалось одновременно с гуманизмом, но сумело в значительной мере преодолеть и подавить гуманистические начала социальной жизни, Э. Фромм связывает с изменением «соотношения сил» между двумя основополагающими принципами организации человеческого общества — матриархальным (это принцип безусловной материнской любви) и патриархальным (принцип отцовской любви, которая дается как награда за достижения). Эти два принципа организации общества, пишет автор, «соответствуют не только существованию мужского и женского начал в любом человеке, но и столь свойственной каждому мужчине и женщине потребности в милосердии и справедливости. Самое глубокое желание человека, по-видимому, добиться такого синтеза, в котором эти два полюса (материнство и отцовство, женское и мужское начала, милосердие и справедливость, чувство и разум, природа и интеллект)

²⁹ Там же. С. 25.

³⁰ Нерсисянц В. С. Сократ. М., 1996. С. 31.

³¹ Это означает, что «сознательное следование разуму бытия — вопреки всем встречным препятствиям — является ясным, хотя и тяжким жизненным долгом человека перед собой, своим окружением, полисом, грядущими поколениями и богами» (Там же. С. 39–40).

³² Фромм Э. Иметь или быть? Ради любви к жизни. М., 2004. С. 159.

не только утратили бы взаимный антагонизм, но и дополняли и оттеняли бы друг друга».³³

В контексте анализа взглядов Л. Фуллера как одного из ярких представителей американской философско-правовой традиции, которая в значительной мере базируется на прагматических началах протестантской этики, представляют интерес суждения Э. Фромма о том, что осуществленная Лютером элиминация материнского элемента в церкви привела к окончательному установлению чисто патриархальной формы христианства, для которой «единственным способом заслужить любовь и одобрение стал труд».³⁴ Мораль такого общества выражена не в христианской идее милосердия, а в справедливом воздаянии за труды и заслуги. Можно, по-видимому, сказать, что фуллеровская мораль стремления соответствует протестантской этике, которая в значительной мере нацелена на внешние достижения, а не на внутреннее духовное развитие человека. В основе такой морали лежит не любовь к ближнему, а заслуженная гордость профессионально состоявшегося труженика. Именно в этом смысле Л. Фуллер говорит о том, что внутренняя мораль права — это мораль стремления, а именно стремления к правовому совершенству. Правда, автор не высказывается по этому вопросу однозначно. Внутренней морали права, пишет он, «суждено оставаться в значительной степени моралью стремления, а не долга».³⁵

Очевидно, что подобная этическая концепция существенно отклоняется от гуманистической традиции классического юснатурализма, который начиная с Нового времени ставит во главу угла человека, делающего выбор между добром и злом на основе свободной разумной воли. У Л. Фуллера речь идет вовсе не о естественном праве в духе юснатурализма, а о естественных законах (скорее — об эмпирических закономерностях) правовой деятельности, которые «походят на естественные законы плотницкого дела или по крайней мере на те законы, которые уважает плотник, желающий, чтобы возводимый им дом остался стоять и служить тем, кто в нем живет».³⁶ Поэтому вряд ли можно согласиться с тем, что естественно-правовая традиция проявляется у Л. Фуллера «в подчеркивании роли разума в праве, в правовом порядке».³⁷ Разум в его концепции права — это не столько сущностная характеристика человека как носителя разумной свободной воли, определяющая систему его мировоззренческих ценностей, сколько инструменталистская рассудочность³⁸ ремесленника, деятельность которого, по большому счету, не имеет ценностной составляющей, связанной с сущностью человека. Те разумные правила законодательной техники и правоприменительной деятельности, о которых говорит Л. Фуллер,

³³ Там же. С. 163.

³⁴ Там же.

³⁵ Фуллер Л. Мораль права. С. 58.

³⁶ Там же. С. 118.

³⁷ Козлихин И. Ю. Процессуальная концепция права Лона Фуллера // <http://aw.edu.ru/script/matredirect.asp> (2013. 11 янв.).

³⁸ О соотношении между разумом и рассудком хорошо сказал Э. Фромм: «Разум проистекает из смешения рациональной мысли и чувства. Если эти две функции разорваны, мышление деградирует в шизоидную интеллектуальную деятельность (вспомним фуллеровского поэта, способного убить жену из стремления к профессиональному совершенству. — В. Л.), а чувство — в невротическое страстное желание причинить жизни вред» (Фромм Э. Революция надежды. М., 2006. С. 77).

вполне могут быть приняты многими современными приверженцами юридического позитивизма.³⁹

Если что-то и объединяет правовую концепцию американского ученого с юснатурализмом, то это, пожалуй, лишь высказанный, но не развитый им в должной мере тезис о том, что всякий отход от принципов внутренней морали права «представляет собой оскорбление достоинства человека как ответственного субъекта».⁴⁰ Как верно замечает в этой связи Н. В. Варламова, отсюда Л. Фуллер, казалось бы, должен был сделать вывод о том, что «именно предствление о человеке как о свободном и ответственном субъекте и должно лежать в основе как внутренней, так и внешней моральности права... или, говоря на общепринятом языке, определять сущность права в единстве ее содержательных и формальных проявлений».⁴¹ Однако такого вывода он не делает, более того, вся логика рассуждений автора как раз уводит его от подобных умозаключений.

Понимая, по-видимому, уязвимость своей концепции в этом моменте, Л. Фуллер настаивает на наличии взаимосвязи между внутренней и внешней моральностью права, показывая на ряде примеров, что обосновываемые им требования внутренней моральности права являются существенным фактором достижения его внешней моральности, которая в конечном счете связана с целями установления справедливого порядка человеческого общения. Он пытается оспорить ироничное замечание Г. Харта по поводу «некоего критика позитивизма», который увидел в способах нормативного контроля «нечто, представляющее собой необходимую связь между правом и моралью, и предложил назвать их “внутренней моралью права”». Если необходимая связь между правом и моралью означает именно это, то с ним можно согласиться. К сожалению, это совместимо с огромной несправедливостью».⁴² Возражая на эту критику, Л. Фуллер утверждает, что в истории вряд ли можно найти «сколько-нибудь заметные примеры режимов, сочетавшие искреннюю приверженность внутренней морали права с грубым безразличием к справедливости и благополучию людей».⁴³

Однако при этом он признает, что по широкому кругу проблем внутренняя мораль «безразлична к материальным целям права и готова служить самым разнообразным целям с равной эффективностью».⁴⁴ Поэтому логика его рассуждений, состоящая, как отмечает И. Ю. Козлихин, в том, что «если мы что-либо будем делать правильным способом, то вероятнее всего получим и правильный результат»,⁴⁵ может быть распространена далеко не на все нормы, претендующие на статус правовых. Верно, что во многих случаях «законодатель не будет склонен излагать порочное право в ясных терминах и промудривать его»⁴⁶ и т. д. Но это верно не всегда.

³⁹ Данное обстоятельство, кстати, не отрицает и сам автор, когда признает, что «у позитивистов в этом отношении не прослеживается никаких четких закономерностей» (Фуллер Л. Мораль права. С. 119).

⁴⁰ Там же. С. 194.

⁴¹ Варламова Н. В. Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права. М., 2010. С. 40–41.

⁴² Фуллер Л. Мораль права. С. 185.

⁴³ Там же.

⁴⁴ Там же.

⁴⁵ Козлихин И. Ю. Процессуальная концепция права Лона Фуллера // <http://aw.edu.ru/script/matredirect.asp> (2013. 11 янв.).

⁴⁶ Там же.

А поскольку мы не можем утверждать, что в правовой сфере правильный способ всегда предопределяет правильный результат, то концепция, увязывающая понятие права с его внутренней моральностью (т. е. правильностью способа), не может претендовать на имплицитное включение в это понятие также и внешней моральности права, отвечающей в данном случае за «правильный результат».

С позиций либертарно-юридического правопонимания внутренняя связь между правовым качеством нормы, с одной стороны, и правовым характером процедуры ее создания и реализации — с другой, выстраивается по прямо противоположной модели причинно-следственной зависимости: не процедура определяет правовой характер нормы, а правовая природа нормы задает правовые параметры процедуры. Так, применительно к таким *desiderata* Л. Фуллера, как требование доступности содержания нормы для ознакомления заинтересованной стороной и требование соответствия между писаными законами и их фактическим применением, В. С. Нерсесянц со ссылкой на Г. Гегеля пишет: «Подобно тому, как из права человека знать закон вытекает необходимость публичного оглашения законов, так и из права знать осуществление закона в особом случае вытекает, что судопроизводство должно быть публичным».⁴⁷

Проводя аналогию права как деятельности с работой плотника, Л. Фуллер говорит о том, что «добросовестный плотник, который хорошо изучил свое ремесло и чьи инструменты всегда наточены, вполне может посвятить свой труд постройке как воровского притона, так и сиротского приюта. Но и в этом случае остается верным то, что для постройки сиротского приюта нужен плотник или помощь плотника, и приют будет построен качественнее, если плотник окажется опытным мастером, располагающим хорошим инструментом, к которому он относится заботливо и обращается с ним надлежащим образом».⁴⁸ Удивительно, замечает по этому поводу Н. В. Варламова, что «от его внимания ускользает тот факт, что у добросовестного плотника и воровской притон выйдет весьма качественным (прочным, удобным)».⁴⁹ На мой взгляд, этот вывод автора логично вытекает из гораздо более удивительного представления о том, что право — это не норма, созданная в результате правотворческой деятельности (т. е., условно говоря, не приют и даже не притон), а всего лишь правила, определяющие деятельность по созданию нормы и ее применению (т. е. в рамках рассматриваемой аналогии — профессиональные приемы плотницкого дела в процессе их применения).

Эту мысль Л. Фуллер по-разному формулирует в различных местах книги, но всегда недостаточно ясно, оставляя за читателем возможность по-своему интерпретировать сказанное. Так, он пишет: «Внутренняя мораль права не есть нечто дополнительное или навязанное власти права, но важнейшее условие самой этой власти. Если этот вывод принимается, то первое же замечание, которое следует высказать, заключается в том, что для того, чтобы существовало хорошее право, необходимо, чтобы вообще существовало право».⁵⁰ Пользуясь его аналогией права как деятельности с работой плотника, можно сказать, что «хорошее право» в данном

⁴⁷ Нерсесянц В. С. Гегелевская философия права. С. 71. — Подробнее см.: Гегель Г. Философия права. С. 247–260.

⁴⁸ Фуллер Л. Мораль права. С. 186.

⁴⁹ Варламова Н. В. Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права. С. 37.

⁵⁰ Фуллер Л. Мораль права. С. 186.

случае — это качественно построенное здание, а просто право — это приемы работы, используемые добросовестным и умелым плотником. Противоречие здесь даже не в том, что хороший плотник может построить и притон, а в чисто логическом несоответствии «права» как деятельности (хороших приемов работы) и «хорошего права» как результата этой деятельности (возведенной постройки). Логическое несоответствие между определением некоего феномена в качестве деятельности, а того же самого феномена, но маркированного характеристикой «хороший», как результата деятельности обнаруживается, когда мы видим, что хорошие приемы работы умелого плотника позволили построить крепкий и надежный притон. То же самое можно сказать и применительно к качественным характеристикам права, которые не исчерпываются лишь требованиями к процедуре его создания и применения. Для права важно прежде всего то, что именно мы в результате выстраиваем: систему гарантий свободы, основанную на началах разума, или систему инструментов для произвола, т. е. для подавления разумной и свободной воли людей.

Если с учетом сказанного вернуться к фуллеровскому понятию права как предприятия, направленного на подчинение поведения человека руководству правил, то встает вопрос: чем отличается такое право от других социальных норм, которые также направлены на упорядочение поведения человека, и прежде всего от норм морали? Ответ на этот вопрос, говорит Л. Фуллер, надо искать в слове «предприятие». Поясняя свою позицию, он предлагает представить группу людей, «высаженную на некий тропический остров, — которые наладили успешную совместную жизнь, ориентируясь лишь на определенные, разделяемые всеми стандарты поведения... под влиянием сходного опыта и образования. В подобном обществе то, что можно назвать правовым опытом, впервые может появиться, если будет избрана некая комиссия для составления официального заявления об общепринятых нормах поведения. Такая комиссия окажется *exnecessitate* вовлеченной в то предприятие, которое мы называем правом. Ей пришлось бы заняться разрешением противоречий в стандартах поведения, которые прежде носили скрытый характер... Постепенно обретая другие знакомые инструменты правовой системы, вроде судей и законодательного собрания, общество вовлекалось бы в правовое предприятие все сильнее и сильнее».⁵¹

Впрочем, как я уже отмечала, автор не придает проблеме разграничения права и морали принципиального значения. Этот вопрос, по его мнению, «не представляет большого интереса для практики. Трудной проблемой здесь является скорее определение надлежащего соотношения между безусловно признаваемой и функционирующей системой права, с одной стороны, и общими критериями морали — с другой».⁵² Достоинство своего подхода к трактовке права Л. Фуллер видит именно в том, что он не затрудняет, а, напротив, облегчает решение этой проблемы. Предлагаемое им различие внешней и внутренней целей права призвано помочь судье, ориентируя его на то, чтобы при толковании закона сохранять нейтральную позицию по отношению к внешним целям закона (связанным с такими проблемами внешней морали права, как, например, «развод, контрацепция, азартные игры или реквизиция частной собственности для общественного

⁵¹ Там же. С. 156–157.

⁵² Там же. С. 158.

пользования»⁵³), но при этом исключить подобный нейтралитет в ситуации, когда речь идет о требованиях внутренней морали права. Поясняя эту мысль на примере отношения к гомосексуализму, он утверждает, что «закон не должен объявлять преступлением гомосексуальный акт между взрослыми, совершенный в частном порядке по взаимному согласию» только потому, что «любой подобный закон просто не может быть обеспечен правовой санкцией, а его формальное наличие является откровенным приглашением к шантажу, что привело бы к глубокому несоответствию между писанным законом и его применением на практике».⁵⁴

Приведенная Л. Фуллером в качестве иллюстрации его теоретических рассуждений гипотетическая реконструкция генезиса права в случайном сообществе людей, вынужденных упорядочивать свою жизнь на необитаемом острове, очень важна для уяснения его концепции. Ведь именно понимание истоков формирования того или иного явления дает ключ к осмыслению его природы. Поэтому то, как автор трактует генезис права, наглядно демонстрирует особенности его подхода. Эти особенности сводятся здесь к следующим основным моментам:

1. Процесс зарождения права на острове автор связывает с появлением властной структуры — комиссии для составления официального заявления об общепринятых нормах поведения, которая берет на себя функцию законодателя. В этом он расходится с юснатурализмом и социологическим позитивизмом, но сближается с легистским позитивизмом (для которого право — это продукт государства) и с либертарно-юридическим подходом (в основе которого лежит принцип концептуального единства права и государства).

2. Не принципиально, как формируются ни эта, по его словам, «некая комиссия», ни возникший позднее на острове законодательный орган (он не считает даже нужным упомянуть о порядке формирования такого органа). Отсюда можно сделать вывод, что процесс формирования законодательного органа не связан в его концепции с правовой природой издаваемых им норм. Данное обстоятельство еще больше сближает фуллеровский подход с легистским позитивизмом и разводит его с либеральными течениями юснатурализма и либертарно-юридической теорией. Принципиально важный для либеральных концепций правопонимания вопрос о правовой природе законодательной власти он связывает лишь с требованием того, чтобы власть подчинялась издаваемым ею законам. Оспаривая критику со стороны тех, кто считает, что его принципы моральности права представляют собой не более чем «рецепты результативности, направленные на достижение целей правительства»,⁵⁵ Л. Фуллер настаивает на том, что сформулированные им принципы разумного законотворчества и правоприменения не сводятся к управленческим командам, поскольку предполагают «обязательство правящей власти соблюдать свои собственные правила в своих делах с подданными».⁵⁶ Он подчеркивает, что в его трактовке «функционирование правовой системы зависит от... эффективного и ответственного взаимодействия законодателя и подданного».⁵⁷

Автор явно придает этому положению особое значение, строя на нем главное отличие своей концепции от доктрины юридического позитивизма,

⁵³ Там же.

⁵⁴ Там же. С. 159–160.

⁵⁵ Там же. С. 253.

⁵⁶ Там же. С. 275.

⁵⁷ Там же. С. 259.

замкнутого, по его мнению, на управленческой парадигме. В приведенном им перечне «отправных точек», формирующих позитивистское кредо, он ставит на первое место то обстоятельство, что позитивизм «рассматривает право как одностороннюю проекцию власти, исходящую от наделенного властью источника и направленную на гражданина. Такая позиция не выделяет молчаливое сотрудничество между законодателем и гражданином в качестве существенного элемента в процессе создания правовой системы».⁵⁸ На мой взгляд, это довольно шаткий фундамент, поскольку для Л. Фуллера взаимодействие власти и подданных (здесь обращает на себя внимание неоднократно употребляемое им слово «подданные») сводится лишь к тому, что власть должна быть связана своими собственными решениями. Однако подобный подход вполне укладывается в современную доктрину аналитической юриспруденции. Во всяком случае Л. Фуллер вынужден признать, что и у Г. Харта есть несколько замечаний, свидетельствующих о его отступлении от того, «что можно назвать управленческой системой координат».⁵⁹

Справедливо упрекая позитивистов в том, что они не выделяют «молчаливое сотрудничество между законодателем и гражданином» в качестве существенного элемента в процессе создания права, сам Л. Фуллер, делающий акцент на молчаливом характере такого сотрудничества, явно не имеет в виду, что каждый, на кого направлено действие закона, должен иметь возможность в той или иной (пусть и очень опосредованной) форме принимать участие в его создании, выступая таким образом в качестве субъекта, а не объекта государственной правовой политики. А между тем именно в этой идее, общей для либеральных направлений естественно-правовой доктрины и либертарно-юридического правопонимания, находит наиболее полное выражение принцип соблюдения достоинства человека.

3. И наконец, последней и наиболее важной особенностью фуллеровской концепции права является то, что правовое качество имеют у него не все законы, а только те, которые соответствуют сформулированным им требованиям внутренней моральности права, не связанным, как я уже отмечала, с метафизическими представлениями о сущности человека. Это отличает его позицию как от позитивизма, не предъявляющего норме закона содержательных требований, так и от метафизических направлений правопонимания, представленных юснатурализмом и либертарно-юридической теорией, которые увязывают (хотя и по-разному) правовое начало с трансцендентальной в своей основе разумной природой человека.

Предлагая свою концепцию моральности права, Л. Фуллер хочет уйти от присущей позитивизму управленческой модели нормативного регулирования, которая не содержит в себе критерия для оценки правового качества такого регулирования. «Если право — это просто очевидный факт авторитета или социальной власти, тогда... мы теряем возможность определения меры, в которой правовая система как целое достигает идеала законности».⁶⁰ Но при этом Л. Фуллер не принимает и предлагаемый юснатурализмом критерий оценки закона, который в разных концепциях естественного права предстает как идея, выражающая ту или иную моральную ценность (справедливость, равенство, достоинство человека и т. д.), имеющую трансцендентальную природу. В отличие от В. С. Нерсесянца,

⁵⁸ Там же. С. 228.

⁵⁹ Там же. С. 255.

⁶⁰ Там же. С. 176.

для которого моральные ценности также не являются критерием оценки правового качества закона, поскольку правовая сфера имеет свой собственный критерий — правовой принцип формального равенства, Л. Фуллер оспаривает не моральную природу этого критерия, а его надэмпирический характер. Как прагматик, не воспринимающий всерьез что-либо «нависающее с небес», он не считает, что человек по своей природе есть, говоря словами Б. Н. Чичерина, существо сверхчувственное, или метафизическое. Между тем именно в этом вопросе проходит водораздел между позитивистским и непозитивистским (метафизическим) направлениями правопонимания. Различие между этими двумя методологиями научного анализа правовых явлений берет свое начало в приверженности разным концепциям философской антропологии.

Для позитивистов человек значим не как носитель некой метафизической сущности, а лишь как реально действующий субъект, чье поведение обусловлено велениями публичной власти либо фактическими социальными нормами, сформировавшимися в рамках определенной социальной общности. Отрицание данным направлением правопонимания метафизической сущности человека и обуславливает в результате произвольный (т. е. не связанный объективным критерием) характер той системы нормативной регуляции, которая обозначается здесь термином «право». С позиций этого подхода право предстает как выражение не ограниченной сущностным критерием властной силы, источником которой является государство или общество. Антигуманизм такого подхода проявляется в том, что человек здесь оказывается значим не сам по себе как носитель самоценной сущности, а как гражданин государства или член общества.

В отличие от этого метафизический тип правопонимания основан на человекоцентристской парадигме, для которой право — это прежде всего право человека как абстрактного носителя неких сущностных свойств, обуславливающих сущностные характеристики самого права. Таким сущностным свойством человека является разум, проявляющийся в его разумной свободной воле и обуславливающий стремление человека к свободе. Поэтому в рамках такого подхода право с той или иной степенью последовательности сопрягается со свободой человека.⁶¹

Л. Фуллер стремится избежать, с одной стороны, антигуманизма, присущего позитивистской философии права, а с другой — метафизичности, в основе которой лежит признание трансцендентальной природы человеческого разума. Поэтому он предлагает такой критерий правового начала в виде совокупности процедурных требований внутренней моральности права, который имеет все внешние атрибуты разумности, но остается при этом в границах простой рассудочности, поддающейся эмпирической верификации. Данный подход, как верно заметил И. Ю. Козлихин,

⁶¹ Разница между естественно-правовым и либертарно-юридическим типами правопонимания определяется мерой последовательности в трактовке права как выражения разумных начал социальной жизни. Для либертарно-юридического подхода эти разумные начала социальности отождествляются с принципом формального равенства, выражающим сущностный признак права (т. е. признак, который всегда присутствует в любом правовом явлении и всегда отсутствует в любом неправовом — нравственно-моральном, религиозном или ином), а естественно-правовая доктрина увязывает разумность с широким и размытым комплексом категорий правового, нравственного и религиозного порядка, не выделяя в нем универсального сущностного принципа.

означает попытку понять право «из самого себя».⁶² Однако подобные попытки в принципе не могут быть успешны в силу логической невозможности понятийно выразить какое-либо явление, не прибегая к внешним критериям.⁶³ Отсюда, по-видимому, проистекает характерная для его правовой концепции неоднозначность и расплывчатость. В работе «Анатомия права» Л. Фуллер по этому поводу замечает, что в праве надо строить рассуждения не на основе формальной логики, руководствуясь формулой «если *x*, то *y*», а по типу суждения «лучше *x*, чем *y*».⁶⁴ Он явно избегает необходимости «усматривать контрастное черно-белое изображение там, где реальность характеризуется оттенками серого» не только в вопросе о разграничении права и морали, но и применительно к ряду других теоретических проблем. Так, несоблюдение *desiderata* лишь как правила гарантирует у него правовой характер нормы, внутренняя мораль права в значительной степени является моралью стремления и т. д.

Свою книгу «Мораль права» Л. Фуллер заканчивает весьма показательным пассажем: «Возможно, со временем философы права перестанут заниматься главным образом выстраиванием “концептуальных моделей” для представления правовых систем, оставят свои бесконечные споры о дефинициях и повернутся к анализу социальных процессов, которые и составляют правовую реальность».⁶⁵ Конечно, если «не укладывать ситуацию в прокрустово ложе дефиниций»,⁶⁶ то можно сказать, что внутренняя мораль — это, скорее, профессиональная этика законодателя, обусловленная потребностями в эффективной коммуникации, а внешняя мораль права — это внешние цели права, определяющие его ценность для общества. С подобных позиций вполне можно утверждать, что мораль не следует отграничивать от правовой сферы. Однако такой подход не решает, а просто игнорирует проблему соотношения права и морали, являющуюся лейтмотивом тех направлений философско-правовой мысли, которые стремятся выявить существенные начала и специфическую природу этих различных социальных феноменов.

⁶² Козлихин И. Ю. Процессуальная концепция права Лона Фуллера // <http://aw.edu.ru/script/matredirect.asp> (2013. 11 янв.).

⁶³ В математической логике эта мысль получила строгое доказательство в рамках известной теоремы К. Гёделя о невозможности доказать непротиворечивость формальной системы средствами самой системы (См., напр.: Кондаков Н. И. Логический словарь. М., 1971. С. 516).

⁶⁴ Поляков А. В. Правовые учения XX в. // Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В. История политических и правовых учений. С. 498.

⁶⁵ Фуллер Л. Мораль права. С. 285.

⁶⁶ Там же. С. 158.