Максимов Сергей Иванович – д-р юридических наук, профессор, Национальный университет «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого» (г. Харьков, Украина). Тел.: +380 (57) 704 11 71

S. I. Maksimov

Duality of Law in the context of the methodology of lawunderstanding

In the paper attention applies on the duality of nature of law as unity of natural law and positive law or it's ideal and real dimensions. As a variant of integral law understanding, based on the recognition of such duality, Robert Alexy's discursive theory of law is analyzed.

Key words: the dual nature of law, natural law, positive law, positivism, non-positivism, discourse.

Дуальность права в контексте методологии правопонимания

В статье исследуется дуальность природы права как единство естественного и позитивного права, или его идеального и реального измерений. В качестве одного из вариантов интегрального правопонимания, основанного на признании подобной дуальности, анализируется дискурсивная теория права Роберта Алекси.

Ключевые слова: дуальная природа права, естественное право, позитивное право, позитивизм, непозитивизм, дискурс.

В самом общем смысле правопонимание представляет собой определенные представления о сущности (или природе) права. Поэтому именно решение вопроса о природе права является ключевым для разграничения тех или иных концепций правопонимания, которые традиционно разделяют на два основных типа: правовой позитивизм и теория естественного права.

Их соперничество охватывает всю историю правовых идей – от древних времен до наших дней. Это обусловлено тем, что каждый из подходов акцентирует свое внимание на действительно необходимой грани права или правовой реальности, хотя и делает это односторонне. Так, классические теории естественного права акцентируют внимание на морально-ценностном измерении права, рассматривая естественное право как моральный критерий для оценки и образец для формирования позитивного права, так же как классический правовой позитивизм рассматривает право лишь как систему норм, установленных государством и обеспеченных его принудительной силой. Однако право не может быть сведено ни к моральному долженствованию, ни к принудительности. Оно является единством отображенных отмеченными концепциями граней или измерений, которые традиционно, называют «естественное право» и «позитивное право».

Следует заметить, что, несмотря на обширную критику понятия «естественное право», оно в единстве с понятием «позитивное право» не

исчерпало своего мировоззренческо-методологического потенциала. Поэтому не следует преждевременно отказываться от данных понятий, даже и при условии обеспечения их интерпретации, адекватной современному правовому мировоззрению и современным реалиям.

Исходным пунктом для такой интерпретации может быть представление о праве как социально-культурном феномене, творении человека. Как любой феномен культуры, право представляет собой единство двух основных измерений: смыслового и предметного [1, 162]. По отношению к правовой реальности ее идеально-смысловой и предметно-институционный аспекты как раз и отвечают традиционному делению на естественное и позитивное право.

Существуют различные модели выражения единства естественного и позитивного права. Немецкий философ права А. Кауфман осуществляет это в рамках своей концепции – «онтологической структуры права», – которую составляет единство позитивно-нормативной легальности с естественно-правовой справедливостью, которые соотносятся как существование и сущность. Российский философ Э.Ю. Соловьев для этой цели использует понятие неустранимой «двусоставности» права как не сводимых друг к другу миссиях, которые оно выполняет, и выражающихся в обеспечении «порядка», с одной стороны, и в осуществлении «свободы, равенства, справедливости» – с другой [2, 498].

Противники теории естественного права довольно часто свое неприятие этого понятия обосновывают тем, что с его употреблением возникает «дуализм» права, якобы разрушающий монолитность правопорядка. Однако такой «дуализм» может быть лишь результатом неправильной интерпретации смысла рассматриваемых феноменов. На самом деле признание единства естественного и позитивного права вовсе не означает «дуализма» права, т. е. признание существования двух параллельных нормативных систем – реально-действующей и идеально-должной, а означает признание его «двусоставности», «двойственности» или «дуальности» как необходимого выражения его природы.

Стремление преодолеть как противопоставление естественного и позитивного права в структуре права (онтологический аспект проблемы), так и непримиримую борьбу теорий естественного права и правового позитивизма, которые односторонне отображают эту структуру (эпистемологический аспект проблемы), породило тенденцию к синтезу или интеграции этих противоположных измерений права.

Еще в конце XIX в. российским философом В. Соловьевым высказывались идеи синтетического подхода к праву, суть которого заключалась в сочетании абсолютных естественно-правовых принципов с культурно-исторически изменяющейся правовой действительностью. Во второй половине XX в. в западной юридической науке возникает идея «интегральной юриспруденции» (Дж. Холл, Г. Дж. Берман). В постсоветской юридической науке также прилагаются усилия к созданию концепций обобщающей юриспруденции, выяснению методологических и теоретических основ

возможного синтеза многочисленных сведений о феномене права в рамках проекта интегрального правопонимания (В.Г. Графский, А.В. Поляков).

При этом, безусловным требованием является не механически-эклектическое соединение принципов различных методологических подходов, а поиск более глубокой основы для осуществления такого синтеза. Такой методологической основой, на которой возможно непротиворечивое выражение дуальной природы права, то есть всех синтетических и интегральных проектов (в самом широком смысле) является интерсубъективность [1, 112]. Принцип интерсубъективности как выражение современной парадигмы познания означает, что смысл права не растворяется в сознании субъекта или во внешнем социальном мире, а раскрывается во взаимодействии (коммуникации) субъектов. Интерсубъективный подход, с одной стороны, преодолевает характерное для классической философии права противопоставление юридического позитивизма и теории естественного права, является попыткой альтернативного способа понимания природы права (так называемая тенденция третьего пути) классическому. С другой стороны, он сохраняет основную гуманистическую интенцию естественно-правового мышления, является принципиально альтернативной позицией позитивистскому подходу, поэтому концепции, которые охватываются этим подходом, если прямо не именуются естественно-правовыми, то, противопоставляя себя юридическому позитивизму, имеют название «непозитивистских».

На принципе интерсубъективности основываются как онтологические концепции (экзистенциально-феноменологические, герменевтические), так и неонтологические – коммуникативно-дискурсивные – концепции. Их объединяет признание дуальной природы права, однако, каждая из них добавляет особенные грани и в современный образ права, и в проект интегрального правопонимания.

В русле экзистенциально-феноменологического подхода находится наша концепция структуры правовой реальности, в пределах которой осуществляется анализ полярной противоположности естественного и позитивного права как наиболее общих категорий, которые формируют принципы бытия права [1, 162 – 175]. Обращая внимание на то, что структура правовой реальности в онтологическом аспекте является противоречивым единством (дуальностью) естественного и позитивного права, мы тем самым подчеркиваем, что реальное или действительное право – это единство справедливости, которая составляет его смысл, и позитивности, которая составляет его предметно-институциональную форму. Поэтому необходимыми условиями действительности права являются как справедливость, так и позитивность.

Позитивность права означает его проявление в законодательстве, а также в других источниках права: правовых обычаях, прецедентах, нормативных договорах или в предметно-институциональных формах. Следовательно, в самом первом приближении право может быть определено как выраженная и закрепленная в предметно-институциональных формах регуляции внешнего поведения людей справедливость. При этом правовая справедливость (или естественное право) не является определенной субстанцией, абсолютной

реальностью права, а есть, скорее, реляционно-смысловой феномен, который является тем смыслом, что осуществляется и содержится в отношениях между разными субъектами и измерениями правовой реальности. В этом случае естественное право следует понимать как эквивалент объективно действительного права, принцип человеческого сосуществования, без действия которого невозможно ни культурное, ни социальное, ни техническое развитие человека.

По нашему мнению, онтологические концепции интерсубъективного направления, которые связывают дуальный образ права со способом человеческого существования, имеют преимущества в формировании правового мировоззрения, однако, коммуникативно-дискурсивные концепции, связывая его с таким свойством человека, как практический разум, имеют более весомые перспективы относительно доктринальных разработок.

Наиболее известной и развитой концепцией такого типа является основанная на коммуникативной философии теория обоснования права Ю. Хабермаса. В ней дается коммуникативное рефлексивное обоснование права через «аргументацию в дискурсе». Нормы права обосновываются практически в реальной коммуникации, которая имеет процедурный характер. Однако этот дискурс должен соотноситься с идеальной коммуникацией (аналог «естественного права»), которая как регулятивная идея показывает направленность рационального обоснования норм.

Плодотворной конкретизацией коммуникативно-дискурсивного подхода Ю. Хабермаса является теория правовой аргументации немецкого юриста Р. Алекси. В контексте современных дискуссий об интегральном правопонимании его позиция представляет особый интерес. Основным положением концепции Р. Алекси является тезис о том, что право имеет дуальную природу, то есть – два измерения: реальное или фактическое (которое в определении права представлено элементами авторитетного установления и социальной эффективности) и идеальное или критическое (которое выражается в элементе моральной правильности) [3, 257]. Подтверждение этого тезиса Р. Алекси осуществляет в пределах системы институционализации разума, политической формой которой является демократический или дискурсивный конституционализм. В процессе развертывания своей системы он демонстрирует, что дуальная природа права проявляется (явно или неявно) во всех фундаментальных вопросах права [3, 274].

Первым шагом Р. Алекси аргументирует наличие идеального измерения права, в рамках которого право с необходимостью требует моральной правильности, содержанием которой является справедливость. При этом правильность нормативного суждения является результатом рационального дискурса. То, что правила дискурса выражают ценность свободы и равенства, служит основой для обоснования прав человека. Это значит, что права человека являются дискурсивно необходимыми, а их отрицание является дискурсивно невозможным. Тем самым Р. Алекси четко обозначает приоритетность идеального измерения права, а следовательно, антипозитивистскую позицию.

Смысл второго шага заключается в обосновании дополнения идеального измерения реальным, то есть позитивным измерением права, в котором юридически отрегулированные процессы гарантируют достижение решений и предусматривают их осуществление [3, 265]. В рамках классического правопонимания модель взаимной дополнительности двух измерений права (или позитивистского и естественно-правового подходов) была бы единственно возможной моделью интегрального правопонимания, в которой синтез трактовался бы лишь как «утопия правоведения» [2, 500]. В рамках же основанного на интерсубъективности неклассического правопонимания совершенно необходимым оказывается следующий шаг, в рамках которого и осуществляется согласование идеального и реального измерений.

Поэтому дискурсивно обосновываемое требование правильности на этом («синтетическом») уровне «институционализации разума» представляет собой сочетание принципа справедливости и принципа юридической определенности, выражающих, соответственно, ценности идеального и реального измерений. В качестве принципов права, согласно концепции Р. Дворкина, они могут конкурировать друг с другом, однако, дуальная природа права требует, чтобы они применялись в правильной пропорции. Сбалансированность выражает смысл правильности этого уровня.

Анализ следующих двух аспектов «институционализации разума» в рамках концепции Р. Алекси – материального и процедурного – имеет важное методологическое значение для выявления наиболее адекватных теоретических моделей отображения дуальной природы права.

В материальном (содержательном) аспекте на первый план выходит рассмотрение различных версий позитивизма и непозитивизма с точки зрения адекватности выражения ими природы права. В современных теориях права правовой позитивизм не является чем-то концептуально однородным, а рассматривается, по крайней мере, в двух версиях – исключающего (exclusive) или жесткого и включающего (inclusive) или мягкого. Р. Алекси подчеркивает, что основной постулат первого (Дж. Раз) – полное исключение морали из права – является несостоятельным, потому что полностью исключить вопрос правильности в правовой системе невозможно; второй же (Дж. Коулман), считая это включение случайным вопросом, – оказывается неспособным объяснить дуальную природу права.

Из несостоятельности позитивизма логически должен был бы следовать вывод о том, что лишь непозитивизм является совместимым с дуальной природой права. Однако последний не менее дифференцирован, и в нем можно выделить три версии – исключающего (жесткого), включающего (мягкого) и супервключающего (супермягкого) непозитивизма. Исключающий (жесткий) непозитивизм, который утверждает, что имморальные нормы не являются юридически действительными, нарушает баланс между принципами юридической определенности и справедливости, уделяя слишком мало внимания фактическому авторитетному измерению права. По сути, это позиция классического естественного права, которое в праве усматривает лишь идеальное измерение. Супервключающий (супермягкий) непозитивизм впадает

в другую крайность. Он утверждает, что моральные дефекты никогда не отрицают юридическую действительность права, а лишь делают его небезусловным. Что же касается включающего (мягкого) непозитивизма, позицию которого разделяет сам Р. Алекси, то он утверждает, что моральные дефекты приводят к отрицанию юридической действительности права лишь тогда, когда нарушен порог крайней несправедливости. Несправедливость ниже этого предела включена в понятие права как дефектное, но правильное право. Таким образом, здесь обеим сторонам дуальной природы права уделяется должное внимание [3, 270]. В этом аспекте концепции Алекси дает методологические основания для решения активно обсуждаемой проблемы критериев различения правового и неправового закона. Некоторые моральные дефекты закона (т. е. присутствующая в нем определенная степень несправедливости) не дают основания для признания его неправовым, и только крайняя несправедливость позволяет признать его таковым и отказаться от исполнения этого закона.

В процедурном аспекте рассматривается вопрос о том, какая политическая форма является наиболее адекватной для выражения дуальной природы права. Здесь связь позитивности и правильности реализуется в форме демократического или дискурсивного конституционализма, главными элементами которого являются демократия и конституционные права. Реальной стороной демократии является решение по принципу большинства, а ее идеальной стороной – аргументация как публичный дискурс. Реализацией идеалов теории дискурса является такая институционализация демократии, которая совмещает обе стороны, то есть «делиберативная демократия». Права человека как моральные права принадлежат лишь идеальному измерению права, а их превращение в конституционные (позитивные) права состоит в усилии совместить идеальное измерение с реальным. В идеальной демократии нет конфликта между демократией и конституционными правами. В реальной демократии он может быть, а поэтому возникает требование конституционного контроля.

Единство материального и процедурного аспектов институционализации права выражает единство дуальной природы права и формы его политического выражения, каковым является демократическое правовое государство или демократический конституционализм в его дискурсивном проявлении. Это, на наш взгляд, показывает структурное единство права и правового государства, основу которого составляет дискурс.

Требование сбалансированного соотношения идеального и реального измерений права присутствует также в юридической аргументации (интерпретации) и правоприменении (как соотношение принципов и норм). Все это дает нам, вслед за Р. Алекси, возможность заключить, что дуальность идеального и реального – это существенная особенность права, а поэтому юридический позитивизм, который отрицает эту особенность, является неадекватной теорией природы права [3, 274].

В заключение следует отметить, что признание дуальной природы права не является признанием дуализма права, т. е. существования двух

самостоятельных реальностей: естественного и позитивного права, а представляет собой признание двух измерений единого феномена права, которые воспроизводятся при решении всех правовых вопросов и являются онтологической основой любых правовых концепций, которые стремятся к адекватному отображению природы права, включая и интегральные концепции. При этом степень адекватности концепции права непосредственно зависит от того, насколько полно удается отобразить такую дуальность.

В заключение следует отметить, что признание дуальной природы права не является признанием дуализма права (т. е. существования двух самостоятельных реальностей – естественного и позитивного права), а представляет собой признание двух измерений единого феномена права. Эти измерения воспроизводятся при решении всех правовых вопросов и являются онтологической основой любых правовых концепций, которые стремятся к адекватному отображению природы права, включая и интегральные концепции. При этом степень адекватности концепции права непосредственно зависит от того, насколько полно удается отобразить такую дуальность.

Литература и источники:

1. Максимов, С. И. Правовая реальность : опыт философского осмысления / С. И. Максимов. – Харьков, 2002. – 328 с.

2. Соловьев, Э. Ю. Философия права : учебник / Э. Ю. Соловьёв ; под. ред. В. Д. Губина, Т. Ю. Сидориной. – 3 изд., перераб. и доп. – М. : Гардарики, 2003. – С. 496 – 525.

3. Alexy, R. The Dual Nature of Law // IVR 24th World Congress «Global Harmony and Rule of Law» (September 15 – 20, 2009, Beijing, China). Papers. Plenary Session. – Beijing, 2009. – P. 257 – 274.