

Остапчук Константин Сергеевич**Ostapchuk Konstantin Sergeyeovich**

аспирант кафедры теории и истории
государства и права
Кубанского государственного университета

PhD student, Department of Theory and History of
State and Law,
Kuban State University

РОЛЬ ЕСТЕСТВЕННОГО ПРАВА В РАЗВИТИИ ТЕОРИИ СУДЕБНОГО РЕШЕНИЯ

THE ROLE OF NATURAL LAW IN THE DEVELOPMENT OF THE THEORY OF ADJUDICATION

Аннотация:

В статье, различая в рамках философии права теорию юридической силы и теорию судебного решения, автор рассматривает соотношение и сближение позиций естественного и позитивного права в рамках теории судебного решения. Приводятся и критически анализируются с позиций естественного права аргументы, доказывающие безусловную судебную обязанность применять закон. Проведенное исследование позволило прийти к выводам, что, несмотря на то что естественное и позитивное право в рамках теории юридической силы представляют собой несовместимые типы правопонимания о связи между правом и моралью, а в рамках теории судебного решения они – несовместимые теории о связи между судебным решением и моралью, необходимо поддержать позицию позитивизма в рамках теории юридической силы о том, что мораль не есть необходимое и достаточное условие законности, и позицию естественного права в рамках теории судебного решения о том, что правильное судебное решение в каждом конкретном случае должно в определенной степени удовлетворять требованиям морали.

Ключевые слова:

естественное право, справедливость, позитивное право, теория судебного решения, правовая система, правопонимание, закон.

Summary:

Distinguishing the theory of validity and the theory of adjudication within legal philosophy, the author considers the correlation and rapprochement of views of natural and positive laws in the theory of adjudication. Besides, the author presents and analyzes the arguments proving the overriding judicial duty to apply the law from the standpoint of the natural law. This research confirms that the natural and positive laws are the incompatible types of law understanding about communication between law and morals within the theory of validity, and they are the incompatible theories about communication between the judgment and morals within the theory of adjudication. The author concludes that despite this fact, it is necessary to protect a positivist position within the theory of validity that the morals are unnecessary and insufficient condition of legality. At the same time, one should support a position of the natural law within the theory of adjudication that the correct judgment in any case has to meet the requirements of morals to some extent.

Keywords:

natural law, justice, positive law, theory of adjudication, legal system, understanding of law, law.

Юридический позитивизм и естественное право традиционно истолковывались как взаимоисключающие типы правопонимания о взаимоотношениях между моралью и правом [1]. Поддерживая в целом эту традицию, вместе с тем целесообразно воспринимать позитивное и естественное право как взаимодополняемые типы правопонимания. Они не только совместимы, но и содержат важные истины. Так, например, философы права традиционно занимались вопросами как природы права, так и природы судебного решения. В силу этого в рамках философии права различают теорию юридической силы (действительности), которая объясняет условия применения и действия закона и содержание права, и теорию судебного решения, которая объясняет, каким образом судьи должны выносить решения по делам [2]. Отличая рассматриваемые теории, мы можем выделить две версии дебатов между позитивным правом и естественным правом: одна из них относится к теории юридической действительности, другая – к теории судебного решения.

Естественное и позитивное право в рамках теории юридической действительности представляют собой традиционный спор между позитивным и естественным правом, иными словами, они – конкурирующие теории о нравственном содержании права. Естественное право утверждает, а позитивное отрицает, что юридические нормы в какой-то степени удовлетворяют истинной политической морали. Естественное право утверждает, что мораль – необходимое и возможно достаточное условие законности [3], в то время как позитивное право отрицает, что мораль – необходимое или достаточное условие законности [4, с. 23–27].

С другой стороны, естественное и позитивное право в рамках теории судебного решения являются конкурирующими теориями о нравственном содержании судебного решения. С позиции естественного права можно утверждать, а с позиции позитивного права отрицать, что судебное решение в любом конкретном случае должно в какой-то степени удовлетворять требованиям морали. Важно понимать, что естественное право не следует исключительного из того факта, что

теория судебного решения поднимает нормативный вопрос о том, как судьи должны выносить решение по делам, так как вполне вероятно, что судьи всегда должны решать дела, применяя закон, даже если закон морально несовершенен [5, с. 395]. Триумф позитивного права над естественным в общем споре делает отдельные дискуссии особенно интересными для рассмотрения их, казалось бы, несовместимых позиций относительно теории судебного решения. Так, если бы естественное право было истиной, было бы трудно отрицать, что судьи всегда должны применять закон, и, следовательно, трудно отрицать позицию естественного права в рамках теории судебного решения. Но постулат естественного права о нравственности права ложен; законы не всегда нравственно совершенны. Таким образом, становятся немаловажными вопросы о том, должны ли судьи во всех случаях применять закон и должно ли судебное решение удовлетворять требованиям морали. Думается, что естественное право в силах помочь в решении данных вопросов в рамках теории судебного решения.

Могло бы казаться очевидным, что обязательство судьи состоит в том, чтобы применять закон. В конце концов, разве применение закона не установленная функция судебной власти? Конечно, если судьи всегда обязаны при вынесении решений применять закон, то правота позитивного права в рамках теории судебного решения будет просто следовать из общих принципов позитивного права. Но вопрос о том, как судьи должны выносить решения по делам, в сложных случаях не допускает настолько легкого решения. Судебные решения – это своего рода политические действия, которые существенно затрагивают жизнь людей и как таковые требуют обоснования. Возможно, всегда есть достаточные моральные причины обосновать применяемый закон при рассмотрении спора судом. Но это должно быть показано и не может быть просто принято, у судей есть обязанность делать это всегда, в каждом случае. Существование такой обязанности требует аргументов, поэтому далее рассмотрим аргументы, доказывающие, что всегда существует судебная обязанность применять закон.

Во-первых, сам закон требует, чтобы судьи применяли закон; это является институциональной функцией судебной власти. Таким образом, у судей есть обязательство применить закон, а рядовые граждане должны подчиниться закону. С этим аргументом трудно спорить, но его вывод радикально противоречит желаемому заключению о том, что у судей действительно есть общепризнанная обязанность в каждом случае применять закон. Так, не всегда есть серьезное основание повиноваться закону [6, р. 233–242]. Проблема касается того, что судьи должны выполнять общепризнанную обязанность, но даже сторонники этого признают, что такая обязанность может быть отменена. В развитых правовых системах почти всегда существует неременная обязанность соблюдать закон, но нет такого обязательства – подчиняться закону независимо от его морального содержания. Таким образом, аргумент в связи с обязательством соблюдать закон не может установить общую всеобъемлющую судебную обязанность применять закон.

Во-вторых, возможно предположить, что справедливость требует того, чтобы судьи применяли закон. Справедливость также распространяется и на граждан. Так, справедливость по отношению к истцу, стремящемуся признать законное право, требует применения закона и признания права истца. Справедливость по отношению к соблюдающим закон либо наказанным за его несоблюдение также требует, чтобы закон применялся к любой стороне, виновной в его нарушении. Таким образом, как только закон был применен один раз, справедливость по отношению ко всем гражданам правовой системы требует, чтобы судья применял этот закон во всех аналогичных случаях [7].

Но даже если соображения справедливости часто служат веским основанием для того, чтобы судья применял закон, они не предусматривают общего требования *prima facie* [8] к применению закона. Если кто-то нарушает безнравственный закон, то нет никаких аргументов в пользу справедливости для других, которые пострадали в соответствии с этим законом (либо из-за расходов на соблюдение, либо в виде наказания), чтобы этот человек тоже страдал. Например, нет аргументов в пользу справедливости в отношении тех, кто в прошлом подвергся действию расистских законов, и того, что эти расистские законы следует продолжать применять. Несправедливо требовать, чтобы истец, претендующий на законное право в соответствии с безнравственным законодательством, признал свое право просто потому, что это право было признано в прошлом. Но даже если, вопреки факту, аргументы с точки зрения справедливости создали общее обязательство *prima facie* применять закон, это обязательство было бы безусловно отменено, если оно требовало применения чрезвычайно безнравственных законов.

В-третьих, можно убедиться, что есть еще один аргумент, при котором справедливость по отношению к гражданам требует от судьи применения закона. Общеизвестно, что демократические правительства представляют собой единственный законотворческий орган, принимающий действующие нормы права для всех, живущих в соответствии с принципами справедливости и верховенства права. Таким образом, было бы несправедливо со стороны судебной власти выносить решения по делам любым другим способом, чем применяя закон. В частности, чтобы судебная система по сути заменила своей волей волю демократически созданных органов.

Этот аргумент при ближайшем рассмотрении также не подтверждается. Прежде всего он не может создать общую судебную обязанность применять закон, поскольку если он вообще порождает обязательства, то делает это только для правовых систем с демократическими законотворческими процедурами. Более того, если характер законотворческих процедур заключается в предоставлении судебного обязательства для применения закона, то законотворческие процедуры должны быть действительно справедливыми.

Но справедливость в законотворческих процедурах, возможно, требует не только демократических процедур, но и жесткого равенства политической власти среди членов электората. Однако это условие грозит еще больше ограничить сферу обязательства применять закон, поскольку не все правовые системы с демократическими правоприменительными процедурами демонстрируют необходимое равенство политической власти. Более того, удовлетворение этих процессуальных требований совместимо с наличием существенных недостатков в законе. Демократия, даже в условиях равенства политической власти, совместима с систематической дискриминацией политических меньшинств. В такой правовой системе законотворческие процедуры являются инструментами политического угнетения. Разумеется, в этих обстоятельствах простой факт, что дискриминация поддерживается народным большинством, не гарантирует даже *prima facie* обязательство применять дискриминационные законы. На самом деле даже в демократических государствах в условиях жесткого равенства политической власти, в которых нет схем систематической дискриминации, право может содержать более или менее изолированные сферы несправедливости. Даже с учетом того, что такие правовые системы достаточно справедливы как в процессуальном, так и в материальном порядке, чтобы обеспечить *prima facie* обязательство применять закон, это ни в коей мере не гарантирует, что судьи всецело обязаны применять эти отдельные законы. Все эти соображения показывают, что судьи в некоторых правовых системах иногда имеют всеохватывающее обязательство применять закон и что они имеют это обязательство только потому, что определенные нормы процедурной и материальной справедливости были выполнены.

В-четвертых, можно было бы настоятельно призвать к тому, чтобы существовала общая обязательная судебная обязанность применять закон, поскольку, если судьи не всегда будут применять закон, закон потеряет авторитет в результате того, что судьи будут игнорировать закон, и граждане также будут тем самым поощряться к неповиновению закону. Так как эти последствия явно неблагоприятны, судьи должны всегда выносить решение по делам, применяя закон. Но и в этом случае также не возникает общей обязательной судебной обязанности по применению закона. Если существуют исключительные моральные причины, по которым судья отказывается применить закон, то могут быть веские причины для решения соответствующих дел на основе норм морали и представления его решения как результата применения закона.

Конечно, это не всегда возможно, но, учитывая сложность определения того, что требует закон в разных случаях в несовершенных правовых системах [9, с. 318], этот курс действий может быть как возможным, так и желательным.

В таких ситуациях судебные решения должны быть прозрачными с точки зрения аргументов из-за возможных нежелательных последствий неприменения закона. Но даже если бы судебные решения были прозрачными в том виде, в каком этого требует аргументация, совершенно не ясно, что последуют пагубные последствия. Необходимо различать два разных вида неуважения к закону в результате отказа судьи применять грубо безнравственные законы. С одной стороны, неуважение может накапливаться только в отношении тех морально неприемлемых законов, которые судья отказался применять; с другой стороны, неуважение может распространиться и на другие законы правовой системы. Первый вид неуважения к закону можно охарактеризовать как местный, а второй – глобальный. Теперь как важность, так и вероятность того, что судья не применит некоторые морально нежелательные законы, поощряющие глобальное и местное неуважение к закону, зависят от того, является ли безнравственность законов изолированной или широко распространенной особенностью правовой системы. При этом неочевидно, что неуважение к несправедливому праву – это плохо. Таким образом, факт, если это – факт, что отказ применить несправедливый закон поощряет местную или глобальную непочтительность для несправедливого закона, не обеспечивает неопровержимого довода для судей, чтобы применять несправедливые законы. Таким образом, важный вопрос заключается в том, является ли в правовых системах, где есть отдельные зоны несправедливого права, отказ от применения этого права видом глобального, а не просто местного неуважения к праву. Поскольку если это так, то отказ от применения несправедливых законов может привести к тому, что хорошие законы потеряют авторитет. В силу того что гипотеза является прозрачной, принципиальное судебное решение не применять грубо безнравственные законы не должно служить источником неуважения к другим законам в правовой системе, которые являются морально приемлемыми. Но это

свидетельствует о том, что нет оснований опасаться какого-либо неуважения к закону в результате судебного отказа от применения морально неприемлемых законов.

В-пятых, даже если, как мы утверждали, ни один из этих аргументов в отдельности недостаточен для того, чтобы генерировать общее обязательное судебное обязательство по применению закона, коллективно эти аргументы действительно устанавливают такое обязательство.

Но сложение аргументов таким образом не будет генерировать более общую обязанность *prima facie* применять закон, чем любой из аргументов, приведенных отдельно, поскольку ни один из них не порождает общей судебной обязанности применять закон. В тех случаях, когда аргументы не порождают обязанности *prima facie* применять закон, аргументы не могут быть объединены вместе, чтобы обеспечить обязанность *prima facie* применять закон, а тем более чтобы обеспечить более сильную, всеобщую обязанность *prima facie* применять закон.

Даже в тех случаях, когда эти аргументы устанавливают обязательство *prima facie* применять закон, их сумма вряд ли всегда будет устанавливать всеобъемлющее обязательство применять закон. Вопрос о том, имеет ли судья такую обязанность применять закон, в значительной степени зависит от морального качества рассматриваемого закона. Осуществление безнравственных законов в отношении людей включает в себя причинение или по крайней мере соучастие в причинении вреда этим людям. Оправдание порождения этого вида вреда людям требует сильных компенсационных моральных соображений. Нет оснований полагать, что такие моральные причины, которые имеет судья для применения закона, всегда будут достаточны для компенсации за вред, причиненный в результате применения чрезвычайно безнравственных законов. Это подразумевает, что судьи обязаны принимать все необходимые решения, применяя закон только в том случае, если применяемый закон удовлетворяет определенному количеству истинной или обоснованной политической морали.

Насколько высока необходимость морального качества свода законов для того, чтобы существовало всеобъемлющее судебное обязательство применять этот закон, и как судьи определяют дела, в которых соответствующий свод законов не удовлетворяет этому пороговому значению политической морали? Существует множество причин, по которым судьи могут применять разумные законы. Несомненно, эти причины могут иногда оправдывать применение несправедливого закона. Но нет оснований полагать, что применение чрезвычайно безнравственных законов может быть оправдано. Однако оправданный судебный отказ применить закон требует не только существенной безнравственности в законе, но и разумной уверенности в серьезности моральных недостатков закона. Отказ от применения закона оправдан только в том случае, если моральные факты, на которых основан этот отказ, являются действительно бесспорными или по крайней мере важными моральными соображениями по широкому кругу благовидных моральных теорий. Если с достаточной уверенностью будет установлено, что свод законов не выходит за пределы политической морали, и, следовательно, если не существует всеобъемлющего судебного обязательства применять закон, еще предстоит определить, как судьи должны разрешать соответствующие дела. Судья может либо решить, либо отказаться от решения таких дел. Если он откажется принять решение по этому делу, он должен, по-видимому, представить это дело как не подлежащее рассмотрению судом. Должен ли он отказаться от решения дела и представлять его как не подлежащее рассмотрению судом, зависит от ответов на различные встречные вопросы. Например, о том, насколько законным является средство правовой защиты, какое бы решение вынесла высшая судебная инстанция в правовой системе по такому делу и каковы были бы перспективы решения, если суд будет решать дело на неюридических, моральных основаниях и представлять свое решение как применение закона.

Так как закон в таком случае имеет гипотезу о существенных моральных недостатках, то если перспективы для законодательных средств являются туманными, а перспективы соблюдения его решения на основе моральных оснований являются ясными, то можно судить о том, имеется ли обязательная обязанность решать дело по моральным соображениям. Один из пунктов решения такого дела по моральным соображениям заключается в том, чтобы отдать должное сторонам в процессе, и лучший способ сделать это – интерпретировать или изменить закон, с тем чтобы устранить его недостатки [10, с. 104].

Но если одна из этих двух целей должна быть достигнута, судья должен решить это дело и представить свое решение, чтобы обеспечить не только моральное улучшение, но также и юридическое признание. Так как, если дело будет принято и представлено таким образом, что юридическое сообщество не примет решение, ни справедливое правосудие для сторон, ни моральное улучшение закона не будут обеспечены. Это означает, что при решении таких дел судьи должны не только основывать свои решения на моральных основаниях, но и адаптировать свои решения, чтобы добиться некоторого признания в юридическом сообществе, что потребует от судьи некоторого компромисса между моральным улучшением и юридическим признанием.

Данное обсуждение оставляет без ответа интересные и важные вопросы о том, насколько высоко должно быть моральное качество закона для установления судебной обязанности применять закон в каждом конкретном случае и в чем суть лучшей теории судебного обязательства, когда закон не проходит этот моральный порог. Но рассмотренного достаточно, чтобы соотнести дебаты между позитивным и естественным правом в рамках теории судебного решения. Судьи должны выносить решения по делам, применяя закон только в том случае, если у закона нет существенных моральных недостатков. Если моральное содержание закона недостаточно высоко, судьи не должны применять закон. Если судьи должны вынести решение по таким делам, они должны решить их по крайней мере частично с учетом норм морали. Это доказывает постулат естественного права о том, что правильное судебное решение в каждом случае должно в значительной степени удовлетворять требованиям морали.

Подводя итоги, отметим следующее. Хотя противопоставление взглядов сторонников естественного и позитивного права в рамках теории юридической силы представляет по сути классический спор между позитивистами и юснатуралистами, дебаты между ними в рамках теории судебного решения заслуживают рассмотрения в качестве особой версии спора между позитивистами и юснатуралистами. Прежде всего спор между позитивным и естественным правом в рамках теории судебного решения поднимает важную проблему для юридической философии. Кроме того, представители естественного и позитивного права, даже если они не отрицали различий между теориями юридической силы и судебного решения, часто игнорировали это различие или по крайней мере не разработали теорию судебного решения с учетом принципов обоих типов правопонимания. Анализируя и различая указанные теории сквозь призму принципов естественного и позитивного права в каждом конкретном случае, мы можем произвести общее согласование между позициями естественного и позитивного права. В частности, хотя естественное и позитивное право в рамках теории юридической силы представляют собой несовместимые типы правопонимания о связи права и морали, а в рамках теории судебного решения они – несовместимые теории о связи между судебным решением и моралью, целесообразно поддерживать позицию позитивизма в рамках теории юридической силы о том, что мораль не есть необходимое и достаточное условие законности, и позицию естественного права в рамках теории судебного решения о том, что справедливое судебное решение в каждом конкретном случае должно в какой-то степени удовлетворять требованиям морали. Наличие действующего закона не гарантирует, что правовые нормы удовлетворяют требованиям морали [11, с. 395–396], тогда как справедливые судебные решения должны соответствовать нормам разумной политической морали. Справедливость позиции позитивного права в рамках теории юридической силы позволяет нам поддерживать традиционные принципы позитивного права, в то время как справедливость позиции естественного права в рамках теории судебного решения позволяет идентифицировать правдивость естественного права, независимо от того, допускает ли она пересмотр традиционных положений естественного права. Таким образом, существует интересная интерпретация и соотношение естественного и позитивного права, на котором они взаимно совместимы и верны.

Ссылки и примечания:

1. См.: Штраус Л. Естественное право и история. М., 2007. 312 с.
2. Hart H.L.A. Positivism and the Separation of Law and Morals // *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. N. Y., 1983. P. 75–77 ; Raz J. The Authority of Law: Essays on Law and Morality. N. Y., 1979. P. 88, 93, 96, 101, 115, 181. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198253457.001.0001>.
3. Козлихин И.Ю. Мораль и право. Избранные труды. СПб., 2012. С. 393 ; Lyons D. Ethics and the Rule of Law. N. Y., 1984. P. 7–10, 68, 74.
4. Raz J. The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System. 2nd ed. N. Y., 1980. 245 p.
5. Козлихин И.Ю. Указ. соч. С. 395.
6. Raz J. The Authority of Law ... P. 233–242.
7. See: Rawls J. Legal Obligation and the Duty of Fair Play // *Law and Philosophy* / ed. by S. Hook. N. Y., 1964. P. 3–18.
8. Prima facie – при отсутствии доказательств в пользу противного.
9. Лазарев В.В., Липень С.В., Саидов А.Х. Проблемы общей теории jus / отв. ред. В.В. Лазарев. М., 2014. 656 с.
10. Судебная практика в современной правовой системе России : монография / Т.Я. Хабриева, В.В. Лазарев, А.В. Габов и др. ; под ред. Т.Я. Хабриевой, В.В. Лазарева. М., 2017. 432 с.
11. Козлихин И.Ю. Указ. соч. С. 395–396.

References:

- Hart, HLA 1983, 'Positivism and the Separation of Law and Morals', *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, New York, pp. 75–77. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198253884.003.0003>.
- Khabrieva, TYa, Lazarev, VV (eds.), Gabov, AV (et al.) 2017, *Judicial practice in the modern legal system of Russia*, monograph, Moscow, 432 p.
- Kozlikhin, IYu 2012, *Morality and right. Selected works*, St. Petersburg, pp. 393, 395–396, (in Russian).
- Lazarev, VV (ed.), Lipen, SV & Saidov, AKh 2014, *Problems of the general theory of jus*, Moscow, 656 p., (in Russian).

- Lyons, D 1984, *Ethics and the Rule of Law*, New York, pp. 7–10, 68, 74.
- Rawls, J & Hook, S (ed.) 1964, 'Legal Obligation and the Duty of Fair Play', *Law and Philosophy*, New York, pp. 3–18.
- Raz, J 1979, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, New York, pp. 88, 93, 96, 101, 115, 181.
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198253457.001.0001>.
- Raz, J 1980, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, 2nd ed., New York, 245 p.
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198253631.001.0001>.
- Strauss, L 2007, *Natural right and history*, Moscow, 312 p., (in Russian).