

## ПРАВОВЫЕ ТЕОРИИ РОБЕРТА АЛЕКСИ И ЛОНА ФУЛЛЕРА

**Архипов Сергей Иванович**

Доктор юридических наук, профессор кафедры теории государства и права  
Уральского государственного юридического университета (Екатеринбург),  
e-mail: arhip10@mail.ru

*Исследуются правовые взгляды Роберта Алекси и Лона Фуллера, чьи теории являются современными версиями антипозитивистского типа правопонимания. Главный вопрос, который поднимают ученые, касается соотношения морали и права. Подробно анализируется проблема действенности правовой системы, обсуждаемая в работах Р. Алекси и Л. Фуллера. Также рассматриваются тезис о дуальной природе права, соединении в нем двух начал (идеального и реального, или фактического), проблема крайней несправедливости права (Р. Алекси), вопрос о разграничении морали долга и морали стремлений, проблема «внутренней моральности права» (Л. Фуллер).*

*Ключевые слова: теория права, антипозитивизм, мораль, действенность права, дуальная природа права, крайняя несправедливость права*

## THE LEGAL CONCEPTIONS BY ROBERT ALEXY AND LON FULLER

**Arkhipov Sergey**

Urals State Law University (Yekaterinburg),  
e-mail: arhip10@mail.ru

*The article researches the legal views by Robert Alexy and Lon Fuller that are the modern versions of anti-positivist interpretation of law. The central issue, raised by both scientists, touches upon the relationship between moral and law. The author analyzes in detail the problem of effectiveness of legal system discussed in Alexy's and Fuller's works. Also, the dual-nature thesis, or the synthesis of two origins in law – ideal and real (factual); the problem of ultimate inequity of law (R. Alexy); the distinction ought to be made between a moral of duty and a moral of intention; and the matter of «internal morality of law» (L. Fuller) are examined.*

*Key words: theory of law, anti-positivism, moral, validness of law, dual nature of law, ultimate inequity of law*

### Дискурсивная теория права Роберта Алекси

Роберт Алекси (р. 1945) – один из наиболее авторитетных не только в Германии, но и в мире теоретиков и философов права. Он профессор публичного права и философии права Кильского университета, а также почетный профессор многих американских и европейских университетов. Его концепция относится к числу влиятельных и перспективных в новейшей философии права непозитивистских (антипозитивистских) воззрений<sup>1</sup>. Не случайно свою известную работу «Понятие и действительность права» он рассматривает как ответ юридическому позитивизму.

<sup>1</sup> См., например: Максимов С. И. Роберт Алекси: дискурсивное измерение права // Рос. ежегодник теории права. 2009. № 2. С. 12.

В основе теоретико-юридических представлений Р. Алекси лежит тезис о дуальной природе права, соединении в нем двух начал – идеального и реального (фактического). Фактическое начало в праве представлено элементами (социальными фактами) официального происхождения и социальной эффективности, а идеальное – элементами моральной правильности<sup>1</sup>. Наличие идеального в праве предполагает необходимость критического отношения к юридическому позитивизму, вызывает потребность в формировании непозитивистской концепции права. В качестве глобальной, всеобъемлющей идеи права Р. Алекси называет идею институционализации разума, воплощения его в социальной действительности (данная идея, полагаем, основана на кантовских и гегелевских представлениях о праве как мире духа, разума).

Система права, по мнению Р. Алекси, проходит три этапа формирования: аргумент от имени идеального измерения права, аргумент от имени позитивности, или реального измерения права, и согласование идеального с реальным<sup>2</sup>. Ученый пытается соединить естественноправовую проекцию (идеальное в праве, отождествляемое им с моральным) с позитивистской (реально действующее, официальное право). При определении идеального измерения права он исходит из предположения о том, что право с необходимостью предъявляет требование правильности, прежде всего моральной. Однако притязания морали, которые Р. Алекси сравнивает с притязаниями на истину и адресатами которых являются все без исключения, на деле оказываются субъективными, односторонними, поэтому не отвечающими критериям правильности. Решение данной проблемы, по его мнению, заключено в дискурсивной теории, суть которой состоит в том, что практическое или нормативное предложение истинно тогда, когда оно есть результат рационального практического дискурса, основанного на системе принципов, правил, требующих непротиворечивости, ясности языка, достоверности, искренности. Процедурное ядро этой системы представляют собой правила, гарантирующие свободу и равенство в дискурсе, обеспечивающие всем право участвовать в дискурсе, задавать вопросы, отстаивать любые утверждения<sup>3</sup>.

Надо отметить, что критику в юридической литературе вызвал не только тезис о притязаниях морали на объективность и правильность, но и тезис о способности права выдвигать моральные или иные притязания. Отвечая на высказывания оппонентов о том, что право в принципе не может иметь какие-либо притязания, Р. Алекси уточняет, что притязания предъявляют от имени права люди, причем не только обладающие официальными полномочиями, но и не наделенные ими (он именует их «представителями права»)<sup>4</sup>.

Правовая система не ограничивается идеальным измерением, моральными притязаниями, она обращена и к практической стороне социальных конфликтов, столкновений общественных и индивидуальных интересов. Чтобы предотвратить хаос, анархию, войну всех против всех, моральные притязания должны быть обеспечены соответствующими процедурами, т. е. реализуемы. Поэтому идеальное измерение следует дополнить реальным, позитивным правом, для которого характерны официальные источники и социальная эффективность. Речь идет не о механическом соединении идеального с реальным, а об их синтезе; дуальная природа права «требует, чтобы оба они (принцип справедливости и принцип юридической определенности. – С. А.) при-

<sup>1</sup> Алекси Р. Дуальная природа права // Рос. ежегодник теории права. 2009. № 2. С. 19.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Там же. С. 24–25.

<sup>4</sup> Там же. С. 20.

менялись в правильном соотношении. Когда будет установлено правильное соотношение, тогда будет достигнута и гармония правовой системы»<sup>1</sup>.

Решая проблему согласования принципов справедливости и юридической определенности, Р. Алекси предлагает установить дальнюю границу права в виде крайней несправедливости. При этом он руководствуется известной формулой Густава Радбруха «Крайняя несправедливость не является правом»<sup>2</sup>. Пока несправедливость не становится нетерпимой, не переступает черты, она входит в понятие права, пусть дефектного, но действительного. До Р. Алекси и Г. Радбруха принцип нравственного минимализма в праве отстаивали Г. Еллинек, для которого право – это не что иное, как этический минимум, объективно – условия сохранения общества, субъективно – минимум нравственной жизнедеятельности и нравственного настроения<sup>3</sup>, а также В. Соловьев, определявший право как принудительное требование реализации определенного минимального добра, или такого порядка, который не допускает известных крайних проявлений зла<sup>4</sup>. В этом смысле Р. Алекси можно назвать продолжателем сформированного Г. Еллинеком и В. Соловьевым подхода к пониманию права с точки зрения его соотношения с нравственностью.

Р. Алекси рассматривает право как систему норм, которая включает: 1) притязание на правильность; 2) нормы, принадлежащие к социально действенной конституции и не являющиеся крайне несправедливыми, а также нормы, установленные на основе конституции; 3) принципы и иные нормативные аргументы, на которых основывается и (или) должна основываться процедура правоприменения, чтобы соответствовать притязанию на правильность<sup>5</sup>. Следовательно, право для него – это прежде всего нормы, отвечающие установленным критериям, а также принципы и иные нормативные аргументы, посредством которых обосновывает или должен обосновывать свои решения судья или иной правоприменитель в ситуации правовой неопределенности. Критерий правильности (притязание на правильность) имеет для Р. Алекси классифицирующее значение: системы норм, которые прямо или косвенно не притязают на правильность, он не относит к правовым системам. Критерий социальной действенности предполагает возможность принуждения (которое в развитых правовых системах является государственным) в виде санкций за несоблюдение конституционных и принятых на их основе норм, а также доминирующее положение среди конкурирующих систем норм<sup>6</sup>. Речь идет не о том, что каждая норма как часть правовой системы должна исполняться, иначе вся система будет признана неправовой, а лишь об общем и целом действенной конституции и принятых в соответствии с ней нормативных положениях, установленных надлежащим образом.

Дальнюю границу права, где действуют внеправовые (моральные) критерии, Р. Алекси демонстрирует на примере двух решений Федерального конституционного суда Германии.

<sup>1</sup> Алекси Р. Дуальная природа права. С. 27.

<sup>2</sup> В ранних работах Г. Радбрух отстаивал позицию, согласно которой справедливость составляет цель права, но эта цель «умирает с той минуты, как она дала жизнь праву, и право продолжает жить, как бы оно ни было непохоже на своего создателя. Цель составляет основание создания, а не существования права; последнее, наоборот... идет своим собственным путем и само делается целью, самоцелью» (Радбрух Г. Введение в науку права. М., 1915. С. 130).

<sup>3</sup> Еллинек Г. Социально-этическое значение права, неправды и наказания. М., 1910. С. 48.

<sup>4</sup> Соловьев В. Право и нравственность. Очерки из прикладной этики. Спб., 1897. С. 28.

<sup>5</sup> Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). М.; Берлин, 2011. С. 157.

<sup>6</sup> Там же. С. 159.

В первом решении (постановлении о гражданстве 1968 г.) предметом правового анализа было постановление Третьего рейха от 25 ноября 1941 г. № 11, лишившее германского гражданства эмигрировавших евреев по расовым признакам. Согласно позиции Федерального конституционного суда противоречие справедливости в данном постановлении достигло такой степени невыносимости, что оно должно было рассматриваться как ничтожное с момента его принятия. Р. Алекси считает изложенную в решении 1968 г. позицию суда классическим аргументом не(анти)позитивистов: надлежащим образом (с формально-юридической точки зрения) установленная, действующая на протяжении долгого времени норма не признается правовой на основании моральных критериев, поскольку она не отвечает фундаментальным принципам справедливости, нарушает надпозитивное право<sup>1</sup>.

Второе решение касается гражданско-правовой сферы. В одном из немецких еженедельных журналов было опубликовано вымышленное интервью с принцессой последнего шаха Ирана. Поскольку оно затрагивало частную жизнь принцессы, нарушало ее законные интересы, возник судебный спор о возмещении морального вреда. Согласно § 253 Гражданского уложения Германии возмещение морального вреда в виде денежной компенсации невозможно, кроме случаев, специально указанных в законе. Федеральный верховный суд вопреки тексту закона принял решение о выплате денежной компенсации. Федеральный конституционный суд в постановлении 1973 г. одобрил практику Федерального верховного суда, руководствуясь тем, что право не идентично совокупности писаных законов государственной власти, наряду с ними «при определенных обстоятельствах может существовать иное право, которое имеет свой источник в конституционном правопорядке... Найти его и применить в решении – задача судебной власти»<sup>2</sup>.

В обоих решениях Федерального конституционного суда Германии, по мнению Р. Алекси, был преодолен формализм юридического позитивизма, идеальная природа права вышла из тени судебной практики.

*Достоинства и недостатки теории Роберта Алекси.* Анализируя концепцию права Р. Алекси, можно прежде всего отметить ее глубокую философскую осмысленность, системность, целостность ее положений, тщательную проработку автором ее исходных пунктов, логически выверенную цепочку выводов. В основе подхода ученого к праву лежит отличное знание трудов предшественников и современных философов права, мощный интеллектуальный фундамент.

Достоинством его теории, на наш взгляд, также служит указание на дуальную природу права. Такой подход позволяет, с одной стороны, рассмотреть право в том виде, в котором оно на данный момент существует, в его несовершенстве, внутренних противоречиях, конфликтах (как «реальную правовую жизнь»); с другой – познать право как мир духа, открыть для себя и для других «разум» правового предмета, логику правового развития, постичь правовую систему с точки зрения ее рациональности, «предъявляемых» ею требований правильности. Кроме того, в теории Р. Алекси особую ценность имеет ее процедурная сторона: право считается результатом рационального практического дискурса, основанного на системе специальных принципов, правил, требований, соблюдение которых обеспечивает осуществление в социальной сфере притязаний разума.

<sup>1</sup> Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). С. 7.

<sup>2</sup> Там же. С. 9.

К числу спорных положений анализируемой теории, как и либертарной теории права, воззрений Н. Лумана, Ю. Хабермаса, ряда других авторов, можно отнести ее «философскую отчужденность», оторванность от «правовых реалий», от применяемых в законодательстве и судебной практике нормативных конструкций и понятий. Именно отсутствие правового «лифта», позволяющего переносить философские идеи на правовую почву, вживлять их в правовое сознание, переформатировать в правовые понятия, является «ахиллесовой пятой» многих высокоабстрактных теорий права, к числу которых, на наш взгляд, принадлежит и концепция Р. Алекси.

Кроме того, автора дискурсивной теории права можно упрекнуть в отсутствии в его концепции четких водоразделов, позволяющих однозначно отделить право от других регулятивных и коммуникативных социальных систем, в первую очередь от морали. Немецкий ученый гораздо больше внимания уделяет элементам, которые их объединяют. В отличие, например, от системы представлений Н. Лумана, в которой право выступает в качестве автономной, самовоспроизводящейся системы, в теории Р. Алекси автономность, самоценность права, его системная целостность завуалированы. Идеальное в праве он, по сути, отождествляет с моральным, разумность права как системы сводит к моральной правильности, юридические вопросы подменяет моральным распределением и компенсациями. «Аморальности» позитивизма он противопоставляет другую крайность – морализацию правовой сферы, предъявление правовому сообществу императивных требований несуществующей всеобщей морали. На данное обстоятельство обращает особое внимание Е. В. Булыгин. По его мнению, тезис о моральной правильности в теории Р. Алекси предполагает наличие понятийной связи между любой правовой системой, с одной стороны, и неизменной системой морали – с другой, т. е. основывается на признании универсальной объективной морали, что разделяют все законодатели мира; правовая система, не притязающая на моральную правильность, не является правовой<sup>1</sup>.

Р. Алекси механически переносит нормы морали, частной сферы как одного из многих социальных регуляторов в область глобальной правовой коммуникации, произвольно возводит их в ранг всеобщих правовых начал без их критического переосмысления, «переплавки», исходя лишь из логики правового предмета. Согласно дискурсивной теории права юристы по неясным причинам должны руководствоваться не правовыми принципами, идеалами, а внешними для них моральными императивами, следовать этике, а не закону. Если у Канта обязанности по долгу и справедливости «покоятся на всеобщем законе права»<sup>2</sup>, то у Р. Алекси – наоборот, всеобщий закон права нуждается в моральном обосновании и признании. Идеальное содержание права, таким образом, в теории Р. Алекси не вполне идеально, оно не просто определяется требованиями моральных норм, но и ограничивается шкалой крайней несправедливости. Мало того, что оно отнюдь не правовое, но оно еще и не вполне справедливое!

Также слабым пунктом теории Р. Алекси, на наш взгляд, является смешение в ее рамках политической и правовой сферы. Правовой дискурс, по Р. Алекси, существует в политической форме (в форме демократического конституционализма); ученый

<sup>1</sup> Булыгин Е. В. Тезис Алекси о необходимой связи между правом и моралью // Рос. ежегодник теории права. 2009. № 2. С. 39. Г. Радбрух также отмечал: «Сколько есть совестей, столько возможных нравственных систем, – но над всеми ими царит один лишь правовой строй!» (Радбрух Г. Указ. соч. С. 5).

<sup>2</sup> Кант И. Из «лекций по этике» (1780–1782 гг.) // Этическая мысль: научно-публицистические чтения. М., 1988. С. 306.

не устанавливает четкого различия между правовым и политическим процессами. Демократия для него – самый важный элемент в процедурной стороне правового дискурса, она рассматривается и как процедура принятия правовых решений, и как процедура аргументации. Если сопоставить выдвигаемые им принципы, правила правового дискурса (непротиворечивость, ясность языка, достоверность эмпирических предпосылок, искренность, стремление к сбалансированности, универсализуемости и генезису нормативных доводов) с демократией как процедурой принятия решений, то можно усомниться в том, что это именно та процедура, которая обеспечивает непротиворечивость, объективность, искренность, сбалансированность и т. д.

Известный исследователь демократии Алексис де Токвиль утверждал прямо противоположное: законы, создаваемые в рамках демократической формы правления, «почти всегда несовершенно или несвоевременны», демократия «часто против своей воли действует себе во вред»<sup>1</sup>; демократические законы «исходят от большинства граждан, которые могут ошибаться, но не могут выражать интересов, противоположных своим собственным»<sup>2</sup>. Даже Томас Джефферсон, демократ из демократов, в письме к Д. Мэдисону вынужден был признать несовершенство американских демократических законов и их существенный недостаток – нестабильность<sup>3</sup>.

Важно, что демократия как форма политического властвования большинства над меньшинством не может гарантировать свободу и равенство всех участников правового дискурса (на чем настаивает Р. Алекси), поскольку ее цель не правовая – не совмещение правовых интересов, произволов лиц (Кант), не свобода каждого лица как таковая, а политическая – осуществление воли большинства; демократия есть политическая форма коммуникации. Не случайно ее нередко характеризуют как всевластие, всеислие, произвол, деспотизм или тиранию большинства<sup>4</sup>. Демократические процедуры не соответствуют заявленным Р. Алекси принципам и задачам правового дискурса, для их соблюдения и достижения нужны другие, юридические, процедуры и соответствующие им беспристрастные профессиональные судьи, а также законодатели, для которых организация правового общения – отдельное ремесло.

### «Процедурная» теория права Лона Фуллера

Лон Фуллер (1902–1978) – известный американский правовед, представитель гарвардской школы права, чьи работы лишь недавно были опубликованы в России. Его взгляды в российской юридической литературе интерпретируются по-разному: одни видят в нем сторонника естественноправового («нового») подхода к пониманию права, другие – противника данного направления<sup>5</sup>, третьи – представителя «интегративного правопонимания»<sup>6</sup>.

Л. Фуллер, как и Р. Алекси, является приверженцем «формулы Радбруха» и в качестве главной теоретико-правовой проблемы видит соотношение права и морали.

<sup>1</sup> Токвиль А. де. Демократия в Америке / пер. с фр. М., 1992. С. 185.

<sup>2</sup> Там же. С. 184.

<sup>3</sup> Там же. С. 164.

<sup>4</sup> Там же. С. 194, 195, 197, 199–202, 204.

<sup>5</sup> В. В. Лапаева считает, что Л. Фуллер использует термин «естественное» не в метафизическом, а в позитивистском значении (Лапаева В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М., 2012. С. 256 и след.).

<sup>6</sup> Поляков А. В. Прощание с классикой, или как возможна коммуникативная теория права // Рос. ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 35. В. В. Архипов полагает, что интегративность концепции Л. Фуллера имеет лингвистический характер, связана прежде всего с многозначностью и гибкостью языка (Архипов В. В. Post-mortem: «Анатомия права» Лона Л. Фуллера // Там же. 2009. № 2. С. 194).

Именно мораль, по мнению Л. Фуллера, делает возможным существование права. Он выделял два типа морали: мораль стремления и мораль долга. Мораль стремления связана с наиболее полной реализацией человеческих сил, с достижением совершенства; мораль долга – это фундамент, базовые нормы, без которых невозможно существование общества<sup>1</sup>.

Мораль согласно взглядам Л. Фуллера представляет собой своего рода шкалу, в нижней части которой – элементарные требования общественной жизни, продиктованные насущной необходимостью (мораль долга), в верхней – стремление к совершенству, достижению социальных идеалов, не требующих возложения на человека обязанностей, его принуждения к социально полезному поведению (мораль стремления). Мораль долга наиболее тесно связана с правом, запреты «Не убий», «Не укради», «Не лжесвидетельствуй» имеют не только моральный, но и очевидный правовой характер. Кроме прямых запретов, мораль долга может быть выражена в форме обязанности совершать активные социально полезные действия. Мораль стремления, с точки зрения Л. Фуллера, не является «ближайшим родственником» права, а близка к эстетике, их объединяет устремленность к идеалу (для морали – рациональному идеалу человеческих отношений, социальной коммуникации; для эстетики – идеалу чувственного отношения к миру, к прекрасному). Однако мораль стремления все же связана с правом, но не через конкретные дозволения, обязанности или запреты, а через определение общей картины человеческого прогресса, поиск высших социальных ориентиров, формирование внешних для права критериев, оценку создаваемых законодателем юридических норм.

Л. Фуллер полагал, что право включает в себя принципы, положения (он их именовал «внутренней моралью права»), представляющие собой некую разновидность естественного права, но не того, которое обуславливает материальные цели юридических норм, их социальное предназначение, а того, которое устанавливает процедуры, порядок, способы их разработки и внедрения в жизнь. Процедурные принципы, положения он причислял к «низшим» законам естественного права (соответственно «высшие» законы в его шкале естественноправовых ценностей относятся к «материальному» естественному праву), к своего рода «плотницким» правилам юридического ремесла и обозначал их термином «процедурное естественное право»<sup>2</sup>.

Л. Фуллер утверждал, что система норм должна иметь внутренние критерии юридического совершенства, выступающие в качестве неперенных условий ее существования как правовой системы. Хотя процедурные нормы и не входят в число «высших» естественноправовых законов, тем не менее в них, по его мнению, реализуется не только мораль долга, но и мораль стремления. По Л. Фуллеру, законы можно признать юридически совершенными, если они: 1) обладают системным и нормативным характером<sup>3</sup> (включают не казуальные положения, частные указания, а только общие правила); 2) известны гражданам и другим субъектам права – их адресатам (критерий доступности, обязательности обнародования законов); 3) не имеют обратного действия, не распространяются на отношения, возникшие до их вступления в силу

<sup>1</sup> Фуллер Л. Мораль права. М., 2007. С. 14–15.

<sup>2</sup> Там же. С. 118.

<sup>3</sup> Л. Фуллер относил конституционные положения, лишаящие законной силы «частные законы», исходя из морального критерия их несправедливости, к внешней морали права; если же, по его мнению, опираться на внутреннюю мораль права, то должны существовать хоть какие-то нормы, общие положения, независимые от их справедливости или несправедливости (Фуллер Л. Мораль права. С. 62–63).

(критерий недопустимости обратной силы закона); 4) понятны для всех; 5) внутренне непротиворечивы; 6) не превышают пределы возможностей тех лиц, кому поручено их исполнение (не требуют невозможного); 7) не подвергаются частым изменениям, препятствующим их исполнению (требование постоянства закона с точки зрения его действия во времени); 8) соответствуют своему фактическому применению (требование согласованности официальных действий с положениями законов). Перечисленные критерии юридического совершенства законов едва ли можно назвать открытием в юриспруденции, поскольку эти правила давно известны правоведам и традиционно относятся к разряду технико-юридических положений, учитываемых при осуществлении правотворческой деятельности. В системе же представлений Л. Фуллера они рассматриваются как элементы внутренней морали права, приобретают морально-правовой смысл, интерпретируются в другом ключе – как свод этических правил, адресуемых законодателю.

По мнению Л. Фуллера, право можно определить посредством единственной формулы «Это предприятие, направленное на подчинение поведения человека руководству правил»<sup>1</sup>. Здесь право трактуется как целенаправленная, систематическая социальная деятельность, цель которой – подчинение человека установленным правилам. Приведенное определение внешне напоминает дефиниции тех авторов, которые в основе права видят организованное насилие, принуждение. Однако нам известно, что Л. Фуллер не разделял данный подход, не признавал насилие или угрозу его применения в качестве отличительного признака права. По его убеждению, система правовых норм может потерять эффективность, если будет базироваться на насилии. Он также отрицал теоретическое «родство» своих исходных представлений с концепциями, отождествляющими право с формальным иерархическим порядком власти или управления, поскольку для него принципиально важным являлось само содержание порядка и то, как он создается.

Целенаправленные усилия по подчинению поведения человека правилам, по мнению Л. Фуллера, могут быть успешными в той или иной степени, не всегда достигая искомого результата. Как отдельные нормы права, так и правовые системы в целом «могут существовать наполовину и, более того, именно в таком виде зачастую и существуют»<sup>2</sup>. Уровень успеха правового предприятия, таким образом, может варьироваться от нулевого и до максимального – теоретического совершенства. Л. Фуллер допускал действие в рамках одной страны нескольких правовых систем одновременно, причем его вывод касался не только федеративных государств, где есть и право федерации и право ее субъектов, но и других стран. Деятельность правового предприятия осуществляется не на одном, двух или трех, а на многих участках: в церквях, школах, бесчисленных коммерческих и некоммерческих корпорациях, учреждениях и т. д. В соответствии с представлениями Л. Фуллера в каждой стране есть тысячи «правовых систем», которые возникают не на договорной основе (как элементы договорного права), а на конституционно-правовой и производны от отрасли конституционного права.

Право согласно концепции Л. Фуллера существует не только в нормативных документах («книжное право»), но и в поведении субъектов («право в действии»). Он

<sup>1</sup> Исходя из комментариев Л. Фуллера, уточняющих данную дефиницию, право можно также определить как систему, направляющую человеческое поведение посредством норм (Фуллер Л. Мораль права. С. 129–130).

<sup>2</sup> Фуллер Л. Мораль права. С. 147.



приводил в пример гипотетическую ситуацию: в некоей стране Едгин долгое время функционирует законное, демократическое, конституционно избранное правительство, которое свергается диктатором и вынуждено скрываться на территории другого государства. Там оно продолжает свою законодательную деятельность, назначает и отстраняет членов правительства, которые не в состоянии реально влиять на политические процессы в своей стране. В течение некоторого времени, по его мнению, правительство в изгнании будет рассматриваться в качестве истинного правительства страны Едгин, а издаваемые им нормы – соответственно в качестве правовых. Однако если такое положение дел затянется, то неприменяемые (недействующие) нормы уже неправильно будет называть правом, поскольку они потеряют связь с реальными отношениями. Если корни правового дерева мертвы, то, как считал автор «процедурной» теории, его детище – правовая система – отмирает, однако в тех случаях, когда мертва лишь одна его ветвь, мы относимся к ней как к живой<sup>1</sup>. Таким образом, Л. Фуллер полагал, что существование права зависит и от текста закона («слова»), и от действий правовых субъектов («дела»).

Анализируя источники права, к числу которых ученый причислял законодательные установления, обычное право, договорное право и судебское право, Л. Фуллер выделял так называемое созданное право и имплицитное. Прототипом, прообразом созданного права он называл закон, а наиболее подходящим образцом, моделью имплицитного права – обычное право<sup>2</sup>. В основу закона заложена воля человека, закон представляет собой выраженное в словах (в тексте) решение законодательного органа, которое вступает в силу по строго определенным правилам, отсекая (за некоторыми исключениями) прошлое, т. е. распространяя свое действие лишь на отношения, возникающие в будущем. Обычное же право никем не провозглашается, не издается, у него нет конкретного автора и конкретной даты начала его действия, оно формируется и развивается, как правило, в течение долгого времени, находит воплощение не в словах, а в поведенческих актах. По мнению Л. Фуллера, право нельзя отождествлять только с созданными законодателем предписаниями (на чем настаивают представители юридического позитивизма), оно включает также имплицитное право. Имплицитное право в концепции ученого не есть нечто принципиально отличное от учрежденного законодателем правового порядка, противостоящее ему, они взаимопроникают друг в друга.

*Достоинства и недостатки теории права Лона Фуллера.* К числу достоинств правовой теории Л. Фуллера, на наш взгляд, можно отнести широкий, многоаспектный подход автора к изучению правовой сферы, ее элементов, а также источников права. Анализируя право, он, в отличие, например, от представителей юридического позитивизма, не ограничивался текстами законов, других нормативных правовых актов, а обращался также к результатам деятельности судебных и иных правоприменительных органов («слово» и «дело»). Для ученого право – это не только результат целенаправленных усилий официально уполномоченных органов («созданное право»), но и имплицитные нормы, образцы поведения людей, в том числе обычаи и некоторые иные формы социального взаимодействия («официальное» и «неофициальное» право). Согласно позиции Л. Фуллера право возникает не только в национальных парламентах, кабинетах органов законодательной власти, но и в университетах, школах, больницах, коммерческих организациях, профессиональных

<sup>1</sup> Фуллер Л. Анатомия права // Рос. ежегодник теории права. 2009. № 2. С. 212.

<sup>2</sup> Там же. С. 243.

союзах, иначе говоря, на многих «фронтах». Такой широкий подход к пониманию права дает возможность осознать его многомерность, оценить современное право как сложный, полиструктурный комплекс, состоящий как из статических, так и из динамических элементов. Не случайно, на наш взгляд, «процедурную» теорию права Л. Фуллера некоторые авторы относят к разряду интегральных правовых концепций, соединяющих разные аспекты понимания права.

Также заслуживает одобрения предложенная Л. Фуллером система критериев юридического совершенства законов, которую тоже можно рассматривать как совокупность этических принципов, адресованных законодателю. В случае их признания законодателем данные критерии могут служить ориентирами в деле дальнейшего развития правотворческого процесса, а также повышения ответственности законодателя за результаты его деятельности. В связи с этим представляется вполне оправданным предложение Л. Фуллера сформировать новую правовую науку («евномику»), призванную способствовать рационализации правотворчества, созданию разумных законов<sup>1</sup>.

К числу достоинств концепции Л. Фуллера можно отнести и исследование им феномена правовых «полутеней», переходных правовых состояний, а также таких правовых процессов, в которых соединяются противоположные правовые тенденции. Он не только разграничивал правовые явления и процессы, противопоставлял их, но и пытался установить их взаимосвязи. В этом плане представляет интерес проведенный им анализ имплицитных элементов в созданном праве и, наоборот, созданных элементов в имплицитном праве. Л. Фуллер на различных примерах показывал, что нет такого права, которое целиком исходит от законодателя, в полной мере является его «детищем»; право опирается на обычаи, другие имплицитные нормы, в той или иной степени должно учитывать их требования. В свою очередь имплицитное право нуждается в формулируемых законодателем нормах, которые способствуют его эффективному функционированию, дополняя и развивая его положения.

Что касается недостатков теории Л. Фуллера, то некоторые критические замечания, ранее высказанные в отношении взглядов Р. Алекси, могут быть адресованы и американскому правоведу. Как и у Р. Алекси, у Л. Фуллера не проведена четкая граница между моралью и правом, сама идея существования в праве «внутренней морали» не способствует решению задачи разграничения двух социально-коммуникативных систем. Именно невозможность точного различения права и морали представляется «ахиллесовой пятой» в теории Л. Фуллера. Мораль, с точки зрения ученого, проникает во внутреннюю сферу правовой жизни, оказывая непосредственное влияние на профессиональную деятельность юристов. Процедурные нормы, правила юридического ремесла ставятся в зависимость от внешних моральных императивов, а не от собственных принципов правового устройства и коммуникации субъектов.

Вызывает возражения также предложенная Л. Фуллером дефиниция права как предприятия, направленного на подчинение человека правилам. Здесь автор, который неоднократно позиционировал себя в качестве представителя «нового» юснатурализма<sup>2</sup>, главной целью предприятия «право» назвал подчинение людей действующим нормам. По существу, это позитивистское определение права, в котором не нашли отражения основополагающий посыл ученого, касающийся «внутренней моральности» права, предъявляемые им требования к законодателю в части соблю-

<sup>1</sup> Архипов В. В. Указ. соч. С. 201.

<sup>2</sup> Там же. С. 191.

дения критериев совершенства нормативных актов, идея создания благих законов и другие важные положения его «процедурной» теории права. Можно сделать вывод о том, что дефиниция права Л. Фуллера не выражает сути его теории.

Еще одним дискуссионным положением теории американского правоведа является тезис о природе рациональности права. Правовая рациональность трактуется им исходя из принципа «внутренней моральности» права, с одной стороны, и экономического расчета – с другой. По его мнению, при проектировании и создании правовой системы неизбежно появляется нечто подобное балансовой стоимости в бухгалтерском учете: «Основная рациональность права не может быть рациональностью логики и геометрии; она должна быть рациональностью экономического расчета: все вещи учтены, и, взвешивая издержки против преимуществ, X лучше, чем Y»<sup>1</sup>. На наш взгляд, некорректность подхода Л. Фуллера в решении данной проблемы заключается в том, что правовую рациональность он пытается определить на основе внешних по отношению к праву критериев. Если же право рассматривать как самостоятельную систему социального взаимодействия, то необходимо выявить, зафиксировать его собственные критерии разумности, основанные на внутренних законах функционирования правовой сферы, а не заимствованные из экономических, политических теорий, этики или религиозных учений.

### Библиография

*Алекси Р.* Дуальная природа права // Рос. ежегодник теории права. 2009. № 2.

*Алекси Р.* Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). М.; Берлин, 2011.

*Архипов В. В.* Postmortem: «Анатомия права» Лона Л. Фуллера // Рос. ежегодник теории права. 2009. № 2.

*Булыгин Е. В.* Тезис Алекси о необходимой связи между правом и моралью // Рос. ежегодник теории права. 2009. № 2.

*Еллинек Г.* Социально-этическое значение права, неправды и наказания. М., 1910.

*Кант И.* Из «лекций по этике» (1780–1782 гг.) // Этическая мысль: научно-публицистические чтения. М., 1988.

*Лапаева В. В.* Типы правопонимания: правовая теория и практика. М., 2012.

*Максимов С. И.* Роберт Алекси: дискурсивное измерение права // Рос. ежегодник теории права. 2009. № 2.

*Поляков А. В.* Прощание с классикой, или Как возможна коммуникативная теория права // Рос. ежегодник теории права. 2008. № 1.

*Радбрух Г.* Введение в науку права. М., 1915.

*Соловьев В.* Право и нравственность. Очерки из прикладной этики. Спб., 1897.

*Токвиль А. де.* Демократия в Америке / пер. с фр. М., 1992.

*Фуллер Л.* Анатомия права // Рос. ежегодник теории права. 2009. № 2.

*Фуллер Л.* Мораль права. М., 2007.

### Bibliography

*Alexi R.* Dual'naya priroda prava // Ros. ezhegodnik teorii prava. 2009. № 2.

*Alexi R.* Ponyatie i dejstvitel'nost' prava (otvet yuridicheskomu pozitivizmu). M.; Berlin, 2011.

*Arhipov V. V.* Postmortem: «Anatomiya prava» Lona L. Fullera // Ros. ezhegodnik teorii prava. 2009. № 2.

*Bulygin E. V.* Tezis Aleksy o neobxodimoj svyazi mezhdu pravom i moral'yu // Ros. ezhegodnik teorii prava. 2009. № 2.

*Ellinek G.* Social'no-ehlichesкое znachenie prava, nepravdy i nakazaniya. M., 1910.

<sup>1</sup> Фуллер Л. Анатомия права. С. 319.



*Fuller L. Anatomiya prava // Ros. ezhegodnik teorii prava. 2009. № 2.*

*Fuller L. Moral' prava. M., 2007.*

*Kant I. Iz «lekcij po ehtike» (1780–1782 gg.) // Ehticheskaya mysl': nauchno-publicisticheskie chteniya. M., 1988.*

*Lapaeva V. V. Tipy pravoponimaniya: pravovaya teoriya i praktika. M., 2012.*

*Maksimov S. I. Robert Aleksi: diskursivnoe izmerenie prava // Ros. ezhegodnik teorii prava. 2009. № 2.*

*Polyakov A. V. Proshhanie s klassikoj, ili kak vozmozhna kommunikativnaya teoriya prava // Ros. ezhegodnik teorii prava. 2008. № 1.*

*Radbrux G. Vvedenie v nauku prava. M., 1915.*

*Solov'ev V. Pravo i npravstvennost'. Ocherki iz prikladnoj ehtiki. Spb., 1897.*

*Tokvil' A. Demokratiya v Amerike / per. s fr. M., 1992.*