

УДК**ВОЗРОЖДЕНИЕ ЕСТЕСТВЕННОГО ПРАВА:
ПРАВО, ЗАПИСАННОЕ В СЕРДЦАХ****Л.Ш.АЛИЕВА***Бакинский Государственный Университет*
aliyeva.leyla@hotmail.com

В данной статье рассматриваются концепции возрожденного естественного права в правовой науке, а также раскрываются причины возрождения естественно-правовой мысли.

Обращено внимание на рост академического интереса к идее естественного права и осознание необходимости его возрождения на новом уровне осмысления и адаптации к современным реалиям. В результате проведенного исследования сделан обоснованный вывод о востребованности естественного права для успешного решения актуальных задач, стоящих перед обществом и наукой права.

Ключевые слова: возрожденное естественное право, права и свободы человека, человеческая природа, мораль справедливость, естественный закон, божественный закон

Возрождение мышления в области естественного права в юридической академической мысли началось около тридцати лет назад, и ему удалось занять место за столом в текущих дискуссиях по юриспруденции.¹ Определяя естественный закон, Брайан Бикс заявляет, что он «утверждает, что существуют фундаментальные и оценочные связи между вселенной, человеческой природой и моралью».² Эти связи не обязательно должны иметь теистическую основу. Вера в моральный реализм, то есть утверждения о том, что «(1) существует объективная реальность, (2) люди могут что-то знать об этом, и (3) есть некоторые вещи, которые может каждый, и некоторые вещи, которые каждый должны делать в ответ на то, что они знают»³ связывает воедино теистические и нетеистические версии естественного права. Человек сам по себе не нуждается ни в праве на жизнь, ни в свободе совести, ни в свободе слова. Всё это есть принципы отношений с себе подобными, то есть отношений в группе. Из признания этого факта вытекает такое важное следствие, как не естественность и не врожденность прав и свобод. Каждая группа выстраивает и вырабатывает свои принципы взаимоотношений, сообразно своим представлениям о справедливости с помощью институтов, структурирующих

организацию группы, так как без организации само взаимодействие невозможно и теряют смысл всякое право и всякая свобода. Поэтому, универсальные права и свободы предполагают универсальные же организационные институты такой группы, как человечество, которых попросту нет, и ООН со своим Советом Безопасности, прототипом которого был, скорее всего, совет архонтов в Афинах, не может и не способна заменить их с той же эффективностью, с которой это обеспечивается нацией–государством. Человечество, добившееся невероятного демографического роста за последние 10 тысяч лет благодаря централизованным политическим институтам, есть попросту биологический вид, популяция, с сильно выраженной, заменившей у «недоделанных пробных существ, созданных в насмешку» Достоевского внутривидовую индивидуальную конкуренцию межгрупповой конкуренцией. И, соответственно, мировое сообщество государств с системой «мировых держав», которые, как в «Скотном дворе» Джорджа Оруэлла, более равны чем остальные, это, скорее, если и не естественное состояние Томаса Гоббса, то механистическое воспроизводство Левиафана на новом уровне – будь счастлив просто тем, что ты всё ещё существуешь.

Напрашивается крамольный, учитывая табу в духе Фрейзера, но только на первый взгляд, вывод, что каждое нация–государство как организованная группа людей может иметь свои представления о правах и свободах с присутствием в них уже упоминавшихся кросс–культурных универсалий, таких, как, например, право на жизнь и право на собственность – «не убий» и «не укради». Скорее, во Всеобщей декларации о правах человека 1948 г. речь должна идти о правах людей как групповых правах. Эти права отнюдь не естественны, а есть продукт совместного творчества многих; ответ на многочисленные «почему» можно найти в мудрости четверти миллиона лет, в могилах неандертальцев с окаменевшими цветами и с останками инвалидов, доживших до глубокой старости, в Книге мертвых, кодексе Хамураппи, короче говоря, в универсалиях, вымученных человечеством, и этими правами человек наделил сам себя, проживая в *группе*, и многие «естественные права», например, право на убежище, теряют свой смысл вне группы–государства. Более того, в дискурсе идеологий эта доктрина превращается в не более чем лишённый конкретного содержания бессмысленный лозунг: как далее будет рассмотрено, естественные права имеют разное значение для анархистов и либералов, консерваторов и сторонников государственного социализма и т. д. «...[Н]ет естественных прав или прав человека, – пишет Аласдер Макинтайр после подробного анализа этой концепции, – из этого следует, что никто не может знать, что они есть..., и вера в них – это вера в ведьм и единорогов. Лучшая причина для того, чтобы так прямо и заявить, что таких прав нет, действительно того же типа, что и лучшая причина, которой мы располагаем для утверждения, что нет ведьм и лучшая причина,

которой мы обладаем для утверждения, что нет единорогов: каждая попытка дать веские основания полагать, что такие права есть, не удалась. Философы – защитники естественных прав XVIII в. иногда предполагают, что рассуждения, которые утверждают, что люди обладают ими, являются очевидными истинами; но мы знаем, что очевидных истин нет... И последний защитник таких прав, Рональд Дворкин, признаёт, что существование таких прав не может быть доказано, но по этому поводу просто указывает, что из этого факта не следует, что если утверждение не может быть подтверждено, то это не так. Что верно, так это может в равной степени использоваться для защиты существования единорогов и ведьм».⁴ В теории естественного права нет иного объективного критерия истины помимо слепой веры.

Хотя и не имеющая обязывающей силы, Декларация со всеми своими дефектами всё же задумывалась как документ, могущий поставить под вопрос легитимность любой государственной власти для обеспечения внешнего содействия реализации уже упоминавшимся тысячелетним проектом-мечтой Ватикана – процессу «увядания» государства, сегодня прехваченного уже другими акторами. Доктрина «естественных прав» (повторюсь, не имеющая ничего общего с изначальным учением естественного права) не может не создавать презумпции «нестесненности» государства. Для школы естественных прав суверенитет не является ключевым понятием, так как эта доктрина отрицает, в том числе, и суверенитет Бога, утверждая незыблемость целого ряда прав. Сразу после принятия Всеобщей декларации прав человека, в духе папы Пия XI, который после I Мировой войны утверждал, что отдельное государство не может знать, что такое благо, один из её основных идейных вдохновителей, Жак Маритен, католический учёный–теолог, начал тотальную критику государства в Чикагском университете в своих Уолгринских лекциях в 1950 г., опубликованных в 1951 г. в виде книги «Человек и государство». Понятие суверенитета не допускает любого вида ответственности государств в отношениях с другим государством или с сообществом государств. В качестве такового суверенитет претендует на такую власть, носителем которой является только Бог. Маритен именуется суверенное государство «безнадёжным тупиком».⁵ Если в период между двумя мировыми войнами Маритен считал, что «[м]ы должны отказаться от концепции суверенитета для того, чтобы мыслить в политической философии в последовательной манере»,⁶ то после принятия Декларации критика стала попросту разрушительной. «Я убеждён, – пишет он, – что политическая философия должна освободиться от слова, а также от понятия суверенитета не потому, что это понятие устарело, не благодаря социологически–юридической теории «объективного права», и не только потому, что понятие суверенитета создаёт непреодолимые трудности и теоретические сложности в сфере международного права, но потому, что, будучи рас-

смотренным в его подлинном значении, а также в перспективе той научной сферы, к которой оно принадлежит – политической философии, – это понятие в действительности неверное и обречено вводить нас в заблуждение, если мы будем продолжать употреблять его, полагая, что это понятие слишком долго и слишком широко использовалось, чтобы его можно было отвергнуть, и не осознавая присущих ему ложных коннотаций». ⁷ Оказывается, государство «является *абсолютно высшей* властью, что неизбежно для единого целого, подавляющего политическое общество либо поглощающего его». ⁸ Согласно Маритену, есть противоречия между понятием суверенитета и любой формой реализации принципа ответственности: тезис «власть делает все неподотчётным образом» совпадает с суверенитетом Бога. Но если государство подвластно контролю и подчинено ему, то как оно может быть суверенным? Как возможно понятие суверенитета, подконтрольного и подотчётного? Очевидно, что государство не суверенно. И как кажется сегодня Крису Торнхиллу, вопросы, мучавшие Маритена, сегодня наконец-то нашли своё решение: «...[К]онституционная нормативность часто рассматривается как привязанная исключительно к национальным процессам волеобразования. На самом деле, однако, конституционализм не стал устойчивым до тех пор, пока он не разорвал связь между правовым/политическим включением и осуществлением национальной суверенной власти: это было достигнуто, когда международные права человека вытеснили конституционную власть в качестве основной формы легитимности. В результате логика политической инклюзии, начатая в классическом конституционализме, привела к формированию транснационального конституционного порядка, в котором государства действовали лишь как части глобальной правовой/политической системы». ⁹

Автономные, не привязанные ни к чему моральные нормы парадоксальным образом сознательно устанавливаются за пределами обрамляющих их конкретных юрисдикций конкретных политических культур, и используются для установления ответственности самих носителей этих конкретных юрисдикций и конкретных политических культур – государств. Судья Джером Франк, которого цитирует Маритен, в книге «Суд над судом» рассматривая естественное право более в практической, нежели в метафизической плоскости, пишет: «Ни один добропорядочный нектолик не может потерпеть фиаско, принимая некоторые основные принципы или предписания естественного права как представляющие в настоящее время и в реально обозримом будущем существенные составные части основания цивилизации». ¹⁰ Явным у Маритена является чувство божественного, христианского сообщества – папского Christendom, которое обеспечивает основу, чтобы судить о действиях государств. Это трансцендентный и вечный стандарт должен вдохновлять людей и связывать государственные институты. Вывод, что эти нормы должны возне-

стись над государствами в их претензиях на полновластие над своими территориями, не имеет институциональной основы. Эти нормы являются эфемерными – они не имеют институционального существования, за исключением случаев, когда они закреплены в договорах и соблюдаются добровольно самими государствами. Таким образом, хотя эти нормы могут быть использованы в качестве тарана против суверенитета государств, они не могут заполнить пустоту в пространстве, освобождённом государствами для международных норм, как это когда-то сделала католическая церковь, имеющая жёсткую институциональную структуру, в отношении лакуны власти в европейских монархиях. *Здесь* уместным является вопрос Карла Шмитта: «Кто удаляет сомнения и разрешает разногласия в конфликте?». ¹¹ В конечном счёте, это власть.

Протестантские теологи XX в. в традиции Реформации всячески отрицали концепции естественного права. ¹² По тем или иным причинам протестантские ученые–юристы, как правило, остаются в стороне от любых попыток возрождения теории естественного права. «Не существует закона природы, который можно было бы признать как таковой, но в то же время обладать божественным характером и авторитетом. Нет закона и заповеди Бога, присущей творчеству человека как такового или написанного и раскрытого на звездах как закон космоса», – пишет Карл Барт, ¹³ хотя вся система общего права Англии есть ничто иное «как закон природы», правда, человеческой и англо-саксонской, как естественное право в его в изначальном римском дохристианском понимании, где Всевышнего заменяют традиции и общепринятые прецеденты. Вернуть естественному праву, которое из сугубо политических соображений в качестве «узды» для государств было политизировано и сведено исключительно к естественным правам человека, его первоначальный классический смысл как «внутренней морали закона» и «предела власти» попытался Лон Фуллер, начав знаменитую дискуссию с юридическим позитивизмом Герберта Харта, для которого теория естественного права была полна противоречий: «...[Д]олжно быть продуманно объяснено, как это такие известные фразы, как утверждение Аквината о том, что «закон есть не что иное, как постановление разума для общего блага», вполне согласуется с его утверждением о том, что «законы, оформленные людьми, бывают справедливы или несправедливы»». ¹⁴ Харт хотя и признаёт, что естественное право существует, ¹⁵ но только потому, что некоторые вовлечённые в правовой дискурс верят в естественное право, и любые описательные теории права должны принять их взгляды во внимание. Как юридический позитивист, он отвергает классическое естественное право как основанное на неприемлемом метафизическом предположении о том, что природа проясляет рациональную ориентацию на конечные цели. ¹⁶ Согласно этому метафизическому эссенциализму, скрытые, неотъемлемые цели присутствуют во всех вещах, которые совпадают с сущностью их ценностной природы.

Напротив, Харт поддерживает точку зрения современной, свободной от моральных ценностей науки о том, что естественные процессы определяются слепыми причинно–следственными законами без какой–либо более высокой цели. Правда, биологические организмы ориентированы на врождённые цели, такие как стремление остаться в живых, но такие инстинктивные тенденции имеют объяснение. Харт основывает свой эмпирический, минимальный естественный закон на человеческом инстинкте выживания: любое человеческое общество требует, что следует уважать физическую неприкосновенность друг друга, и что следует соблюдать договорённости. Харт добавляет герменевтический элемент в этот эмпирический взгляд на закон. Человеческая жизнь действительно демонстрирует норматив целенаправленности: человек может намеренно ставить перед собой цели, вытекающие из его оценочной интерпретации его окружения и его самого. Он всецело на стороне Гоббса: люди инстинктивно стремятся к выживанию, и в качестве отправной точки, почти каждый ценит свою жизнь. Это вытекает из того, как люди интерпретируют мир, а также что они считают хорошим или плохим: здоровье против болезни, витамины против токсинов, способность против неспособности и т. д. Поэтому доктрина Харта о минимальном естественном праве также даёт основание придерживаться этих основных правил: они способствуют самой основной цели – остаться в живых. Харт, однако, не распространяет свой естественный закон за пределы этого минимального содержания, потому что люди имеют очень разные интерпретации относительно того, что содержит в себе хорошая жизнь. Идее справедливости нет места в «научном» анализе права, даже если наука сама часто осведомлена о вполне реальных несправедливостях, продуцируемых существующими правовыми системами. Но редуцирование закона к простому инструменту силы также была отличительной чертой всех тоталитарных режимов. Они не просто полностью покончили с правовыми формами, они освободили тех, кто пребывал у власти, от каких–либо правовых ограничений. Тот факт, что эти эксперименты всегда заканчивались неудачей показывает, как тщетны современные теории, которые пытаются объяснить закон без ссылки на идею справедливости.

Как предполагает Фуллер, без ценностных оценок обойтись невозможно, и любое истолкование события подразумевает выявление в итоге рассмотрения различия в виде единства трёх составляющих – ценностного, фактического и целевого содержания. В разделении ценностей и фактов необходимости нет, так как интерпретация события уже подразумевает его оценку, то есть суждение о нём с ценностных позиций: понимание факта события возможно только через оценку, что и даёт само знание о произошедшем.¹⁷ Из этого следует, что понимание права возможно из него самого с позиции средств и целей нормативного регулирования человеческих взаимоотношений – правовая норма содержит определяе-

мую цель (должное) и включает средства для её достижения. Право, таким образом, представляет собой целевую деятельность по подчинению людей. Фуллер охарактеризовал закон как «...институт, который подчиняет человеческое поведение управлению правил». ¹⁸ Закон является формой управления людьми, противостоящим другим формам управления, например, управлению административному. Закон является особым видом инструмента. Имея это в виду, можно лучше понять утверждение, что правила должны соответствовать определенным ценностным критериям, относящимся к этой функции, если они должны соответствовать названию «закон». Если мы определили «нож» как нечто что отрезает, что-то, что не в состоянии резать, с названием «нож» может очень напоминать настоящий нож. Точно так же, если закон определяется как особый способ руководства и координации человеческого поведения, в случае, если система правил выстроена так, что они не могут эффективно руководить поведением, тогда они не соответствуют тому, что называется «закон».

Как и традиционный теоретики естественного права, Фуллер пишет о существовании порога, который должен быть соблюден прежде чем что-то должным образом (или в полном смысле) можно назвать «законом». Однако в отличие от традиционных теоретиков естественного права тест, который применяет Фуллер, – это скорее процесс и функция, чем строго ценностное моральное содержание; хотя для Фуллера эти вопросы процедуры или функции могут иметь моральные последствия. Внутренняя мораль права состоит из ряда принципов, которым, как Фуллер утверждал, система правил должна соответствовать – или, по крайней мере, минимально соответствовать – если эта система должна называться «законом». С одной стороны, можно утверждать, что, во-первых, соблюдение принципов законности само по себе моральное благо; во-вторых, тот факт, что государство следует этим принципам, может указать, что оно привержено морали; и в-третьих, что эти принципы могут препятствовать или ограничивать своевольные действия государства. Это следующие принципы: (1) законы должны быть общими; (2) они должны быть обнародованы, чтобы граждане могли знать стандарты, которые вводятся; (3) ретроактивное нормотворчество и применение должны быть сведены к минимуму; (4) законы должны быть понятны; (5) они не должны быть противоречивыми; (6) законы не должны требовать поведения, выходящего за пределы человеческих возможностей; (7) они должны оставаться относительно стабильными во времени; а также (8) должно быть соответствие между объявленными законами и их фактическим применением. ¹⁹ Хотя, вероятно, нельзя сказать, что следование этим принципам автоматически гарантирует существование совершенной законодательной системы, претендующей на такую же гармоничность, как и в теизме (ибо его первопричины не требуют логического обоснования, а только веры), и всё

же все эти принципы по сути теологичны.

Божественные законы соответствуют всем этим требованиям: (1) «О люди! Воистину, Мы создали вас из мужчины и женщины и сделали вас народами и племенами, чтобы вы узнавали друг друга, и самый почитаемый перед Аллахом среди вас – наиболее богобоязненный»; (2) «О Пророк! Мы отправили тебя свидетелем, добрым вестником и предостерегающим увещавателем, призывающим к Аллаху с Его дозволения, и освещающим светочем» (сура Аль-Ахзаб (Сплотившие ряды), аяты 45–46); (3) «Кто последовал верным путём, тот следует во благо себе. А кто впал в заблуждение, тот заблуждается во вред себе. Ни одна душа не понесёт чужого бремени»; (4) «Мы послали наших посланников с ясными знаменениями и низвели вместе с ними писание и весы, чтобы люди стояли в справедливости». (сура Аль-Хадид (Железо), аят 25); (5) «Разве вы веруете в одну часть Писания и проявляете неверие в другую?» (сура Аль-Бакара (Корова), аят 85); (6) «Ведь Аллах – слава Ему Всевышнему! – не требует от людей того, что им трудно исполнить» (сура Ан-Ниса, (Женщины), аят 66); (7) «Скажи, о Пророк: «Веруйте в сей Коран или не веруйте»; (8) «Благочестие состоит не в том, чтобы вы обращали ваши лица на восток и запад. Но благочестив тот, кто уверовал в Аллаха, в Последний день, в ангелов, в Писание, в пророков, кто раздавал имущество, несмотря на свою любовь к нему, родственникам, сиротам, бедным, путникам и просящим, расходовал его на освобождение рабов, совершал намаз, выплачивал закят, соблюдал договора после их заключения, проявлял терпение в нужде, при болезни и во время сражения. Таковы те, которые правдивы. Таковы богобоязненные». (сура Аль-Бакара (Корова), аят 177)

Трудности заключаются в том, что проблемы, центральные для многих из этих теоретиков естественного права (например, степень, в которой моральные истины «самоочевидны»; степень, в которой различные блага, претензии или аргументы соизмеримы; может ли моральная теория быть построена или защищена независимо от веры в Бога и т. д.) мало похожи на то, что обычно создаёт юридическую теорию. Фуллер на основе сугубо процедурного подхода пытается обосновывать взаимосвязь морали и закона, и мораль при этом теряет все материальные свойства, присущие её классическому пониманию. Он различает «мораль обязанности» и «мораль стремления», и первое предполагает существование минимальных требований по поддержанию упорядоченности общества, за нарушение которых накладываются наказания. Второе содержит изменчивые представления о хорошей жизни. В этом смысле внутренняя мораль права заключена в морали стремления. Естественно-правовая концепция Фуллера специфична, ибо естественное право теперь не есть внешнее должное, оно включается внутрь правовой системы как её позитивный элемент, оно теперь состоит в разумности правового порядка и являет себя в юридических принципах и процедурах. Однако, реализация принципов

Фуллера может характеризовать лишь эффективность законодательства и не замечать моральной составляющей закона в классическом понимании, оставляя в «слепой зоне», например, допустимость аборт. В этом смысле подход Фуллера абстрагируется от качественных характеристик права как ключевого фактора в естественном праве

Этого недостатка попытался избежать Джон Финнис, обосновывая свою концепцию «естественного права с материальным содержанием». Начнём с того, что власти не нужны специальная легитимность за пределами её эффективности, то есть способности нормативного принуждения и координации поведения. Это то, что Финнис вызывающе называет «скандальным абсолютным принципом».²⁰ «Как говорили классики, – утверждает Финнис, – правитель может быть один, или их может быть несколько, или много (множество, массы). Есть социальные обстоятельства, когда правление очень узкого или очень широкого класса будет наилучшим».²¹ Для Финниса важно другое: в духе древних греков он формулирует понятия основных благ, которых всего семь и в наличии которых заинтересован каждый. Это жизнь, игра, знание, социальность (общение, дружба, любовь), эстетический опыт, практическая рациональность и религия.²² Кстати, личная свобода, в отличие от древних греков, к основным благам не относится. Тем не менее, для Финниса этот перечень основных благ самоочевиден, и к ним устремлено большинство людей. Согласно Финнису, центральной посылкой являются люди, способные, руководствуясь внутренним убеждением, внутренним зрением, занимать моральную (или «практически разумную» – ‘practically reasonable’) позицию. Но одной этой позиции будет недостаточно. Финнис стремится сформулировать более строгие требования: «Центральная точка зрения сама по себе, – говорит он, – это точка зрения тех, кто не только апеллирует к практической разумности, но и практически разумны».²³

Естественный закон Финниса коренится в идее, что мы можем интуитивно, через практическую разумность, или даже мудрость, идентифицировать как очевидные основные блага. Эти блага создают нормативную базу для дальнейших конкретных моральных требований. Обработка таких требований является монологическим упражнением и требует «интенсивно–активного созерцания» (‘intensely active contemplation.’) Дискурс «разум и воля личности»²⁴ приводит к далеко не исчерпанным результатам, таким как, например может ли быть морально допустимой смертная казнь²⁵ или является ли контрацепция злом. При этом общее благо обрамляется целостным ансамблем процедурных и материальных предпосылок, включающих как сохранение социальных институтов (например, семьи), так и моральную среду, необходимую для комфортной жизни. Общее благо инструментально как совокупность средств по обеспечению людей предметными «основными благами».²⁶ И справедливость действия состоит в невоспрепятствовании доступа других к основ-

ным благам, и любой рациональный выбор должен соотноситься с интересами других людей.²⁷ Финнис в своей теории естественного права различает онтологические и гносеологические аспекты. Хотя онтологический аспект заключается лишь в самоочевидности основных благ, и практическая рациональность применительно к основным благам позволяет формулировать и обобщать моральные требования. В этом ракурсе рациональность сама является одним из основных благ, делающим возможным получение иных благ, что состоит в противоречии с исходными положениями концепции. Практическая рациональность у Финниса включает ряд методологических требований: сознательность действия; формулирование рационального жизненного плана, включающего все основные блага; недопущение переоценки и превалирования тех или иных благ; приоритет нравственности; недопущение игнорирования других людей; беспристрастность; признание общего блага и содействие обеспечению блага всех через собственную эффективную деятельность по реализации основных благ; недопустимость деятельности, направленной против основных благ. Эти правила рациональности формируют моральный стандарт поведения.

Финнис критикует основной тезис классической теории естественного права, которые оценивают позитивные законы через призму принципа *lex injusta non est lex*: «Человеческий закон – это артефакт и выдумка, а не вывод из моральных посылок».²⁸ Даже будучи несправедливым, закон, по мнению Финниса, всегда является юридически легитимным, если промульгируется с соблюдением формально необходимых процедур, хотя не может создать моральной основы для принудительных действий государства, и соответственно, не является полностью морально обязывающим. Соответственно такой закон в процессе применения просто не будет реализовывать цели по обеспечению общего блага. Теория Финниса сохраняет неизменными требования юридического позитивизма и, в определённой степени, признавая тезис разделения права и этики. В концепции Финниса юридические обоснования являются скорее техническими, чем моральными способами обосновывания суждений, и источниками юридических выводов остаются нормы, закреплённые в законах. В то же время требования практической рациональности составляют основу «метода естественного права» как метода дедуктивного вывода моральных норм естественного права из «мета-моральных» принципов естественного права. В целом методология Финниса в большей степени относится к сфере философии этики, и позитивистские традиционные методы – к философии права.²⁹ И в этом дискурсе так и остаются нерешёнными проблемы соотношения права и морали.

Герменевтический подход привёл к неметафизической версии аристотелевского естественного права Марту Нуссбаум.³⁰ В этой традиции Нуссбаум соглашается, что знание реальности зависит от человеческой интерпретации. Таким образом, она также отвергает метафизические ос-

нования естественного права, потому что оно требует невероятного – понимания природы человека. Тем не менее, Нуссбаум утверждает, что общепризнанные выводы, касающиеся человеческой природы возможны. Хотя культуры значительно различаются в своих интерпретациях на самом деле отдельный человек признаёт других людей во всем мире в целом такими же как он сам. С помощью самопознания возможно указать на ряд отличительных характеристик, которые определяют «человека». Нуссбаум называет это внутренним экзистенциализмом, в отличие от внешнего экзистенциализма метафизики Аристотеля. В остальном она рассуждает в тесной связи с аристотелевским мировоззрением: если знать, какие черты характеризуют человеческую жизнь, и что хорошо для процветания человека, то впоследствии можно вывести универсальный естественный закон, который содержит правила для общества. Нуссбаумская версия естественного права, таким образом, отличается с одной стороны, от классического естественного права: нормативный элемент не присущ внешней природе, но вытекает из внутренней человеческой перспективы. С другой стороны, она дистанцируется от эмпирической науки через нормативное руководство герменевтическим подходом: строгое разделение между описанием и оценкой невозможно и нежелательно. В последнем отношении она согласна с герменевтическим элементом в минималистском естественном праве Харта.³¹ Но Нуссбаум утверждает, что с внутренней точки зрения можно определить гораздо более универсальные человеческие характеристики, из которых можно получить представление о хорошей жизни, а также перфекционистский естественный закон.

Если Харт следует Гоббсу, то Нуссбаум использует формулу естественного права Джона Локка, согласно которой оно заключается в праве людей на самосохранение «...и, следовательно, на еду и питьё и на тому подобные вещи, которые природа предоставляет для поддержания их существования».³² Поэтому она говорит о «широкой теории блага» в отличие от «узкой теории блага» либерализма (который ограничивается идеалом равной свободы, и в этом отношении его содержание несколько шире минимального естественного закона Харта). Через самоинтерпретацию человека Нуссбаум приходит к списку из десяти характеристик, которые необходимы для истинно хорошей человеческой жизни: (1) смертность человека: поэтому каждый должен быть в состоянии прожить полную человеческой жизнью до её естественного конца; (2) телесные потребности (голод, жажда, секс и движение): нужно иметь достаточно средств для здоровой жизни, а также достаточное питание, кров, возможность сексуального удовлетворения и возможность передвигаться; (3) способность испытывать удовольствие и страдания: ненужных страданий следует избегать, и должны присутствовать условия для получения удовольствия; (4) детские узы привязанности (благодаря которым человек учится выстраивать взаимные отношения): каждый должен иметь возможность

присоединиться к другим; (5) социальные потребности (семейные отношения, а также более широкие социальные отношения): должна быть возможность жить в таких отношениях, а также в отношениях взаимной привязанности и заботы; (6) солидарность с окружающей средой: люди должны жить в гармонии с окружающей природой; (7) юмор и игра: должна быть достаточная возможность для игры и смеха; (8) индивидуальность: каждый должен иметь возможность жить особой жизнью в самостоятельно выбранной среде; (9) когнитивные способности наблюдать, познавать, думать и воображать: каждый человек должен быть в состоянии использовать эти способности; (10) практическая разумность (умение проектировать жизненный план): каждый человек должен быть способен критически осмыслить свою жизнь. Эти характеристики не сводятся друг к другу, и все они необходимы для полноценной человеческой жизни. Конечно, относительно этого списка не будет полного межкультурного единодушия, но Нуссбаум ожидает, что она, тем не менее, может рассчитывать на широкий, перекрывающийся консенсус.

Попытку осветить эту проблему с сугубо юридических позиций предпринял Майкл Мур рассмотрев различные аспекты права в свете платонистского (метафизически–реалистического) подхода к языку, морали и правовым понятиям.³³ Анализ Мура можно лучше всего понять как ответ на вопрос: как определить значения юридических терминов, например, таких как «действительный договор» и «юридическая фикция»? На традиционалистском уровне ответ состоит в том, что, как и весь человеческий язык, термины означают то, что мы хотим, чтобы они означали, используя практику и консенсус предыдущих поколений. С другой стороны простые описательные термины («колесо», «дерево»), юридические термины («умысел», «траст»), и моральные понятия («беспристрастность», «равенство сторон») имеют значения, определяемые тем, как устроен мир, а не нашими изменчивыми и часто ошибочными убеждениями об этих объектах. Мур показал, как этот подход к метафизике (и языку) влечёт многочисленные последствия для того, как мы должны интерпретировать конституции и законы и анализировать проблемы общего права и прецедента. Ллойд Вайнреб предложил интересную характеристику классического естественного права (в традиции Цицерона и Тома Аквината),³⁴ которая отличается от воззрений многих авторов. В частности, Вайнреб видит в этих работах обеспокоенность, у каждого автора по-своему, проблемой объяснения возможности человеческой моральной свободы в мире, который, как кажется, определяется роком или судьбой (в античном классическом мышлении) или божественным провидением (по мнению церкви). По Вайнребу, современные теоретики естественного права, такие как Финнис и Фуллер, упускают суть естественно–правовой теории, когда они пытаются дистанцировать свои требования от более ранних аргументов о нормативном естественном порядке, который теперь

можно понимать как решение общей проблемы онтологии или реальности морали. Эрнест Вейнриб³⁵ в свою очередь, видит в законе «имманентную моральную рациональность». Можно говорить о морали или природе права, различных отраслей права (например, деликтного права) и юридических доктрин. Эта точка зрения на право противопоставлена подходам, которые утверждают или предполагают, что закон в основном является своего рода политикой, или что он является средством максимизации некоторой ценности (например, полезности или благосостояния): «...[П]равопорядок не является коллективным преследованием желаемой цели. Вместо этого это есть уточнение норм и принципов, присущих юридически понимаемым отношениям».³⁶ Суть права может быть проработана вне нормативных предположений, и, следовательно, то, что требует право, не просто идентично с правилами, промульгируемыми законодательными собраниями и судьями. По утверждению Гарольда Бермана, несмотря на напряженность, существующую во всех обществах между религиозной верой и законом, они неизбежно взаимодействуют, и ни одно из них не может поддерживать свою жизнеспособность независимо от другого. «На высшем уровне, — пишет он, — несомненно, справедливость и сакральность едины, и наше чувство одного из них частично зависит от нашего чувства другого. Это сказать необходимо, потому что общепринятая теория разделила их до катастрофической степени».³⁷

Придерживающийся в эпоху нацизма мнения, как он писал в письме от 26 апреля 1939 г., что позитивизм является правовым идеалом,³⁸ после II мировой войны применимую на практике теорию «естественного права с изменчивым содержанием» разработал Гюстав Радбрух, после ста лет бесплодных споров вернувшись к содержательно насыщенному социальному идеалу — идеалом для него является не индивидуализм или нация, а цель, к которой они должны стремиться — культура, в том числе и правовая. В основе диалектики права Радбруха заложены два тезиса: (1) традиция естественного права утверждает, что право проявляется в природе и является общедоступным и различимым потому, что люди разумные существа; (2) естественный закон отражает мораль и может быть понят с точки зрения морали, и закон и нравственность обязательно связаны. Законы юридически действительны только в том случае, если они соответствуют морали; когда мораль вступает в противоречие с законом, закон считается недействительным, ибо действие позитивного права можно обосновать, лишь исходя из «неосуществимости» естественного права (*Unmöglichkeit eines Naturrechts*).³⁹ Как отмечает Радбрух, «[в]о всех своих формах естественное право характеризуется четырьмя существенными чертами, которые, разумеется, по-разному проявляются в различные периоды времени: в содержательном плане оно всегда содержит правовые суждения (оценки) ценности. Эти ценностные суждения соответствуют источникам естественного права — природе, божественному откры-

вению, разуму. Они общеобязательны (общепризнаны) и не подвержены изменениям. Они познаваемы. А будучи познаны, они имеют примат перед противоречащим им законодательством».⁴⁰ При этом естественное право не абсолютно: «...[О]тветы на вопросы об общеобязательности (Allgemeingültigkeit) действия естественного, т.е. «правильного», «истинного» права корректны лишь в отношении данного состояния общества, определённого времени и народа. Лишь категория истинного, справедливого (des richtigen, gerechten) права общеобязательна (allgemeingültig), но никак не категория форм его применения. Если понятие «истинное право» (richtiges Recht) хотят определить посредством единой категориальной формы и назвать «естественным правом», то неизменное естественное право «старого стиля» (вслед за Штаммлером) следует противопоставлять «естественному праву с изменяющимся содержанием» или, как принято было говорить, «культурному праву»».⁴¹ Это право непознаваемо (Unerkennbarkeit) и может быть воспринимается только как единое целое, как эйдосы у Платона, и понятие права можно определить как действительность, которая стремится к идее права,⁴² и «...идея права не может быть не чем иным, как справедливостью».⁴³ Справедливость же, в духе Аристотеля, заключается в равенстве, которое понимается просто как презумпция, ибо равенство «...в определённом смысле всегда лишь абстракция данного неравенства, рассматриваемого с какой-то определённой точки зрения».⁴⁴ Её идея проста, как и сама античная философия: «...[Ч]то правильно для одного, должно быть справедливым для Другого. Но это и есть идея справедливости».⁴⁵ Для завершения своей концепции права Радбрух использует три общих принципа: целенаправленность (общее благо), справедливость, и правовая стабильность, находящиеся в диалектическом противоречии: если благо стремится к индивидуализации, то справедливость требует всеобщности. И «[в]полне мыслимы случаи, когда содержание неправомерных актов, степень их несправедливости или нецелесообразности столь значительны, что правовая стабильность, гарантированная действующим правом, не может приниматься во внимание».⁴⁶ И заключение Радбруха попросту не может вызвать возражения: «Несовершенство человека не позволяет гармонично объединить в законе все три ценности права — общую пользу, правовую стабильность и справедливость, и остаётся лишь выбирать между тем, соглашаться ли во имя правовой стабильности на действие плохого, вредного или несправедливого закона или отказать ему в действии, учитывая его несправедливость и вред, наносимый всему обществу. Но народ и юристы в особенности должны чётко осознавать, что хотя законы, в значительной мере несправедливые и наносящие ущерб обществу, и могут существовать, им следует отказываться в действии и в признании их правового характера».⁴⁷

«Формула Радбруха» легла в основу нескольких решений высших

судов Германии. Первый случай связан с немецким адвокатом еврейского происхождения, который эмигрировал в Голландию до начала II Мировой войны. Закон от 25 ноября 1941 г. (Reichsgesetzblatt) поставил под вопрос его германское гражданство. В 1968 г. Федеральный Конституционный Суд Германии постановил, что «...правовые нормы национал-социалистического периода могут быть лишены юридической силы, когда они так явно противоречат фундаментальным принципам справедливости, потому что для судьи, желающем применить их или признать их правовые последствия, итогом будет вынесение не правового, но неправового (Unrecht) решения». Суд прямо ссылается на формулу Радбруха: «В этом законе конфликт со справедливостью достиг настолько невыносимого уровня, что закон должен быть признан недействительным». Суд также добавил, что он не стал действителен в силу того, что был применён на практике в течение ряда лет: «Однажды изданный не-закон, который явно нарушает конституирующие принципы закона каким-то образом не становится законом, если его применять и соблюдать».⁴⁸ Другой случай был связан с пограничниками бывшей ГДР, которые были привлечены к ответственности за расстрел людей при попытке преодолеть Берлинскую стену. В 1992 г. Федеральный Верховный суд Германии по гражданским и уголовным делам в рамках этого дела рассмотрел вопрос о толковании и действительности параграфа 27 закона ГДР «О государственной границе». Этот закон якобы оправдывал действия пограничников, а именно применение оружия для предотвращения нарушения границы. Суд решил, что если существующая практика Восточной Германии требует толкования этого закона, и такое толкование приводит к применению формулы Радбруха. Суд постановил: «Конфликт между позитивным правом и справедливостью должен быть настолько невыносимым, что закон как «ложный закон» должен уступить справедливости. Опора на подобные формулировки после падения нацистской диктатуры характеризуется как наиболее серьёзное нарушение закона. Не просто применить эту точку зрения в данном случае за убийство людей на внутри-германской границе, которые не могут быть приравнены к массовым убийствам, совершённым нацистами. Тем не менее, понимание, достигнутое ранее, остаётся в силе, а именно, что в оценке действий, совершаемых во имя государства, надо спросить, вышло или нет государство за пределы внешнего предела установленного в каждой стране как вопроса общей убеждённости».⁴⁹

В 2005 г. в Германии приняли закон о внесении изменений в Закон об авиационной безопасности, что позволяло бы военным сбить пассажирский самолет, который явно был угнан и превращён в оружие в духе 11 сентября 2001 г. Четверо граждан, три юриста и пилот, подали иск в Конституционный суд, который объявил закон несовместимым с Grundgesetz в решении от 15 февраля 2006 г. Конституционный суд по-

считал, что ст. 14. 3 Закона об авиационной безопасности позволяет лишить жизни людей, которые не являются участниками преступления, что является крайней несправедливостью. (1 BvR 357/05 [2006]) О верховенстве права в ЕС вспомнили в 2019 г., и 3 апреля 2019 г. Европейская комиссия выступила с декларацией «Дальнейшее укрепление верховенства права в Союзе. Состояние дел и возможные последующие шаги».⁵⁰ Осенью того же года, комиссар ЕС по верховенству права Франс Тиммерман выступил против, на его взгляд, не соответствующих праву законодательных судебных реформ в Польше и Венгрии, приведя в пример законы нацистской Германии. На что представитель Венгрии заявил: «Нет объективного определения верховенства права, и на самом деле, когда мы смотрим на демократии, работающие в ЕС, мы видим очень разные законодательные системы, мы видим очень разные политические институты, и все они могут быть демократическими без единого определения. То, что мы наблюдаем, так это злоупотребление вопросом верховенства права, используемого в качестве политического оружия против некоторых государств–членов, особенно Венгрии и Польши».⁵¹

И он был прав, объективного определения верховенства права нет, ведь с конца 80–х годов прошлого века дискуссии о сущности права стали развиваться в другом направлении, и дискурс «Fuller vs. Hurt» который можно на латыни перефразировать в “jus qui jussum vs. jus qui justum”, был отчасти забыт. Но эта тенденция возрождения естественного права как антитезы адвокатской «нанятой совести» Достоевского, как нормативно–ценностной парадигмы, заявившая о себе во второй половине XX в. и парадоксальным образом исключая Абсолют, объясняется реакцией самозащиты культуры от следующих тенденций: (1) разрастание пространства регулируемого поведения, удушающую атмосферу которого которой человек ощущает в своём роковом метафизическом одиночестве; (2) рост аномии в результате постепенного исчезновения абсолютных нормативно–нравственных ценностей, возврат к древнему эволюционному пути реактивности; (3) экспансия нормативного позитивизма; (4) ремифологизация культур как утеря различными культурами Всеединства. Есть попытки синтетического возрождения на новом уровне постмодерна былого органического синкретизма на основе крайне неясной, но формирующейся платформы, итога смутной тоски по органичности античности и монотеизма, когда право, этика и философия развивались как единое целое в дискурсе мифологии; и в XXI в. «разбегающаяся вселенная» этих форм не может не начать «схлопываться», так как предельное значение достигнуто. В то время как в античном и средневековом обществе мораль и религия создавали право непосредственно, то в эпоху модерна синтез заменился воздействием опосредствованным через философско–этические учения. Система таких абсолютных естественно–правовых ценностей более не увенчана Космосом или Абсолютом, ценности более не укорен-

нены, но относительны, а значит и беззащитны перед любыми посягательствами, будь то на нормативном уровне или со стороны отдельных социальных субъектов. Этические ценности отныне зависят от изменения социально–исторических условий, могут быть девальвированы, поскольку являются продуктом социальной воли и декретируются государством, диктуясь его сиюминутными интересами и нуждами.

ЛИТЕРАТУРА

1. J. Stanley McQuade and Richard T. Bowser, *Marketing Natural Law: An Over Debated and Undersold Product*, 2005, *Campbell Law Review*, Vol. 27, p. 188
2. Brian Bix, *On the Dividing Line Between Natural Law Theory and Legal Positivism*, *Notre Dame Law Review*, 2000, Vol. 75, p. 1614
3. Thomas C. Folsom, *The Restatement of the Obvious: Or, What's Right Got To Do With It? Reflections on a Business Ethic for Our Times*, *Regent University Law Review*, 2004, Vol. 16, p. 315
4. MacIntyre, A., 2007, *After Virtue: A study in moral theory*, Notre Dame: University of Notre Dame Press p. 69
5. Маритен, Ж., 2000, с. 35
6. Maritain, J., 1969, p. 61
7. Маритен, Ж., 2000, *Человек и государство*, М: Идея–Пресс, с. 35
8. там же, с. 55
9. Thornhill, C., 2016, *A Sociology of Transnational Constitutions: Social foundations of the post-national legal structure*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 424
10. Frank, J., 1949, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton: Princeton University Press, pp. 364–365
11. Schmitt, C., 2004, *Legality and Legitimacy*, (Tr. Seitzer, J.) Durham: Duke University Press, p. 34
12. Grudem, W., 1994, *Systematic Theology: An introduction to Biblical doctrine*, Grand Rapids: Zondervan Publication House
13. Barth, K., 1956, *Church Dogmatics, Vol. IV: The Doctrine of Reconciliation, Part I*, N.Y.: Scribner, p. 140
14. Hart, H.L.A., 1983, *Essays in Jurisprudence and Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, pp. 11–12
15. Hart, H.L.A., 1994, *The Concept of Law*, Oxford University Press
16. Hart, H.L.A., 1983, *Essays in Jurisprudence and Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, pp. 48–87
17. Fuller, L.L., 1956, *Human Purpose and Natural Law*, *Journal of Philosophy*, Vol. 53, p. 699
18. Fuller, L.L., 1969, *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press, p. 96
19. Ibid., pp. 33–91
20. Finnis, J., 1980, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, p. 250
21. Ibid., p. 252
22. Ibid., p. 65
23. Ibid., p. 15
24. Finnis, J., 1999, *Natural Law and Ethics of Discourse*, *Ratio Juris*, Vol. 12, p. 364
25. Finnis, J., 1991, *Moral Absolutes. Tradition, Revision, and Truth*, Washington: The Catholic University of America Press, p. 80
26. Murphy, M.C., 2004, *Religious Conviction and Political Advocacy (A Commentary on Quinn)*, *The Modern Schoolman* Vol. 78, p. 139
27. Finnis, J., 1994, *Natural Law and Legal Reasoning*, in *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, (Ed. George, R. P.), Oxford: Oxford University Press, p. 137

28. Finnis, J., 1996, The Truth in Legal Positivism, in The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism, (Ed. George, R. P.), Oxford: Oxford University Press, p. 205
29. Finnis, J., 1980, Natural Law and Natural Rights, Oxford: Oxford University Press, p. 103
30. Nussbaum, M., 1992, Human Functioning and Social Justice, Political Theory, Vol. 20, pp. 206–246
31. Hart, H.L.A., 1983, Essays in Jurisprudence and Legal Philosophy, Oxford: Oxford University Press, pp. 48–87
32. Locke, J., 2003, Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration, New Haven: Yale University Press, I, 86
33. Moore, M.S., 1985, A Natural Law Theory of Interpretation, Southern California Law Review, Vol. 58, pp. 277–398; Moore, M.S., Educating Oneself in Public: Critical essays in jurisprudence, Oxford: Oxford University Press, 2000
34. Weinreb, L.L., 1987, Natural Law and Justice, Cambridge: Harvard University Press
35. Weinrib, E.J., 1995, The Idea of Private Law, Cambridge: Harvard University Press
36. Weinrib, E.J., 1988, Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law, Yale Law Journal, Vol. 97, p. 964
37. Berman, H.J., 1993, Faith and Order: The reconciliation of law and religion, Grand Rapids: Wm. B. Eerdmans Publishing, p. x
38. Radbruch, G., 1968, Gustav Radbruch Briefe, (Hrsg. Wolf, E.), Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, S. 129
39. Radbruch, G., 1999, Rechtsphilosophie, (Hrsg. Ralf, D. von und Paulson, S. L.), Heidelberg: C. F. Müller, S. 206, 312
40. Радбрух, Г., 2004, Философия права, М.: Междунар. Отношения, с. 26
41. Ibid., с. 28
42. Ibid., с. 37, 41
43. Ibid., с. 42
44. Ibid., с. 44
45. Ibid., с. 87
46. Ibid., с. 196
47. Ibid., с. 226
48. BVerfGE 23, 191 [1968]
49. BGHSt 39, 1, [1992], BGH 5 StR 370/92
50. COM2019 163 final, 3. 4. 2019
51. Timmermans, F., 2019, Either We Have the Rule of Law or We Have the Rule by Law Then We Are a Dictatorship, <https://www.euronews.com/2019/09/05/>

TƏBİİ HÜQUQUN DİRÇƏLMƏSİ: QƏLBLƏRƏ YAZILMIŞ HÜQUQ

L.Ş.ƏLİYEVƏ

XÜLASƏ

Bu məqalədə hüquq elmində təbii hüququn dirçəlməsi konsepsiyası nəzərdən keçirilir, eləcə də, təbii – hüquqi fikrin dirçəlməsinin səbəbləri açıqlanır.

Təbii hüquq ideyasına qarşı akademik marağın artmasına və müasir reallıqlara adaptasiya və bunun dərk olunmasının yeni səviyyəsində onun dirçəlməsi zərurətinin dərk olunmasına diqqət yetirilmişdir. Aparılan tədqiqat nəticəsində hüquq elmi və cəmiyyət qarşısında dayanan aktual tapşırıqların uğurlu həlli üçün təbii hüququn tələbatı haqqında əsaslı nəticə əldə olunmuşdur.

Açar sözlər: dirçəlməmiş təbii hüquq, insan hüquqları və azadlıqları, insan təbiəti, əxlaq, ədalət, təbii qanun, ilahi qanun

REVIVAL OF NATURAL LAW: RIGHT WRITTEN IN HEARTS

L.Sh.ALIYEVA

SUMMARY

This article is devoted to the concept of a revived natural law in legal science, and also reveals the reasons for the revival of natural law thought.

Attention is drawn to the growth of academic interest in the idea of natural law and the awareness of the need to revive it at a new level of comprehension and adaptation to modern realities. As a result of the study, a well-grounded conclusion was made about the relevance of natural law for the successful solution of urgent problems facing society and the science of law.

Keywords: revived natural law, human rights and freedoms, human nature, moral justice, natural law, divine law