

## МОРАЛЬ И ПРИРОДА ПРАВА. ГЛАВА 8. КОНЦЕПТУАЛЬНАЯ ВОЗМОЖНОСТЬ МОРАЛЬНЫХ КРИТЕРИЕВ ЮРИДИЧЕСКОЙ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ<sup>1</sup>



**К.Э. ХИММА,**

доктор права, Высшая школа  
права Вашингтонского  
университета (г. Сиэтл, США)  
E-mail: himma@uw.edu

В рубрике «Переводы работ выдающихся ученых» публикуется перевод восьмой главы книги профессора Кеннета Химмы «Мораль и природа права».

Кеннет Эйнар Химма – американский ученый-юрист, известный специалист в области аналитической философии права, этики и политической философии. На протяжении многих лет приглашенный профессор ряда университетов США, Европы и Латинской Америки.

Автор книг и коллективных монографий, в том числе *Unpacking Normativity – Conceptual, Normative and Descriptive Issues* (with Miodrag A. Jovanović and Bojan Spaić, 2018), *Law as an Artifact* (with Luka Burazin and Corrado Rovarsi, 2018), *Morality and the Nature of Law* (2019), *Coercion and the Nature of Law* (2020), *The Artifactual Nature of Law* (with Luka Burazin, Corrado Rovarsi, Paweł Banaś, 2022).

*Ключевые слова:* философия права; правовая действительность; правовые понятия; правовые институты; государство; общество.

Эта глава посвящена взаимодействию понятий права и морали, как они определяются нашей обычной лингвистической и юридической практикой. Относительно критериев юридической действительности есть только три возможности такого взаимодействия: дескриптивные антипозитивистские утверждения о том, что к критериям действительности должны относиться моральные ограничения содержания права; утверждения инклюзивного позитивизма о том, что к критериям действительности могут относиться моральные ограничения содержания действительного права; утверждения эксклюзивного позитивизма о том, что к критериям действительности не могут относиться моральные ограничения содержания действительного права. Эти три позиции исчерпывают логическое пространство концептуальных утверждений о том, относятся ли к критериям действительности моральные нормы: к критериям действительности должны, могут или не могут относиться моральные ограничения содержания права.

В этой главе защита тезиса о включенности, предпринятая в двух последних главах, завершается положительным обоснованием утверждения, что к критериям действительности могут относиться моральные ограничения содержания права. Аргументация опирается на модель институциональной нормативной системы, которая наделяет юридической силой все и только императивные моральные нормы в возможном мире, который похож на наш во всех причинных отношениях, и показывает, что система удовлетворяет всем правдоподобно мыслимым концептуально необходимым условиям существования правовой системы.

© К.Э. Химма, 2023

<sup>1</sup>Перевод с английского выполнен приглашенным профессором Университета Бремена, доктором философских наук В.В. Оглезневым (ФРГ, г. Бремен) с разрешения автора по изданию: Kenneth Einar Himma. *Morality and the Nature of Law*. Oxford University Press 2019. P. 197-225.

## 1. Общие методологические соображения

Важно отметить характер утверждения о моральных критериях действительности, которое делается при помощи тезиса о включенности. Начнем с того, что им не утверждается и не подразумевается, что в нашем мире существуют, существовали и когда-либо будут существовать правовые системы с моральными критериями действительности. Поскольку тезис о включенности направлен только на то, что концептуально возможно, он не содержит ничего о том, существуют ли, были ли или будут ли существовать в нашем мире правовые системы с моральными критериями действительности. Точно так же как утверждение о *возможности* существования снежного человека ничего не говорит о том, *существует ли* он на самом деле, утверждение о возможности существования правовых систем с моральными критериями действительности ничего не говорит о том, существуют ли правовые системы с такими критериями.

Далее, поскольку тезис о включенности направлен только на то, что концептуально возможно, он не содержит ничего о том, возможна ли такая система номологически – то есть возможна ли она в тех мирах, в которых действуют такие же законы природы, как и в нашем. Очевидно верно то, что номологически возможно, возможно и концептуально, однако неверно то, что концептуально возможно, возможно и номологически. Такого положения дел можно добиться только в концептуально возможных мирах, имеющих настолько отличные от нашего мира каузальные свойства, что их обитатели наделялись бы чертами, которыми мы *не обладали бы* просто потому, что мы и наш мир устроены иначе.

Рассмотрим идею о том, что концептуально возможно существование правовой системы без санкций в мире, обитатели которого при совершении действий почти всегда руководствуются бескорыстной любовью. Неясно, говорит ли нам это утверждение нечто о номологической возможности существования такой системы, поскольку неясно, возможно ли номологически, чтобы такие эгоистичные по своей сути существа как мы, живущие в условиях ограниченности ресурсов, всегда оставляли бы в стороне свои собственные интересы ради бескорыстной заботы о других. Если, с одной стороны, (1) такие действия для нас номологически возможны, и (2) этот концептуально возможный мир не обладает признаками, которые номологически невозможны, то он возможен и концептуально, и номологически. Однако если, с другой стороны, (i) такие действия для нас невозможны, и (ii) регулятивная эффективность системы полностью зависит от этой особенности психологии субъектов, то такая правовая система возможна концептуально, но *не* номологически.

Но даже если мы знаем, что некоторое положение дел  $S$  номологически возможно, это почти ничего не говорит о том, будет ли оно реализовано в нашем мире. Утверждение о том, что  $S$  номологически возможно, влечет за собой только то, что вероятность его реализации в нашем мире выше нуля. Это мало что говорит нам о том, может ли  $S$  быть реализовано в нашем мире, потому что все, что мы можем вывести из номологической возможности  $S$ , это лишь то, что вероятность реализации  $S$  в нашем мире равна 0,99 или 0,0000000000000001.

Вероятность того, что  $S$  встретится в номологически возможном мире, будет меняться от одного мира к другому. То, что очень маловероятно в нашем мире из-за какой-то его номологически *случайной* особенности, может быть вполне вероятным в другом номологически возможном мире, у которого этой особенности нет. Если есть вероятность того, что  $S$  может встретиться в неизменном виде в каждом номологически возможном мире, то это потому, что способность существ рассчитать эту вероятность является их *неслучайной* чертой. Они похожи на нас во всех причинно-значимых отношениях, а значит, это свойство является номологически *необходимым* и для нас. Чтобы получить достоверное представление о том, насколько моральные критерии юридической действительности вероятны в нашем мире, нам следовало бы гораздо больше знать о особенностях номологически возможных миров с моральными критериями юридической действительности, и о том, какова вероятность появления этих особенностей в нашем мире.

Вышеизложенное указывает на методологическую проблему обоснованности утверждений о концептуальной возможности моральных критериев действительности при проведении эмпирического исследования: мы можем подтвердить тезис о включенности на основе

эмпирического опыта, но не можем его опровергнуть. Если, например, мы сможем в нашем мире правильно определить правовую систему с моральными критериями действительности, то тем самым мы установим истинность тезиса о включенности. Утверждение, что *существует* правовая система с моральными критериями действительности, влечет тривиальное утверждение, что такая система *может существовать*. Но, опять же, из утверждения о том, что не существует актуальных правовых систем с моральными критериями действительности, не следует, что тезис о включенности ложен, поскольку утверждение о том, что в нашем мире *нет* таких систем, не влечет того, что *не может быть* таких систем. По этой причине поиск правовых систем в прошлом и настоящем может оказаться безуспешным для установления истинности тезиса о включенности.

Однако есть одна эпистемическая трудность, которая уменьшает нашу способность подтвердить тезис о включенности даже на основании результатов якобы подходящих эмпирических наблюдений. Теоретики всегда могут согласиться с определенными действиями, составляющими *юридическую* практику в судах, но не согласиться с тем, как эту практику охарактеризовать. Нечто, что считается *юридической* практикой, должно быть истолковано так, чтобы ее охарактеризовать, и всегда можно не согласиться с соответствующими интерпретационными утверждениями, даже если не оспаривается то, чем являются неистолкованные факты, составляющие практику. Два теоретика могут взглянуть на один и тот же набор действий и согласиться с тем, что он представляет собой *юридическую* практику, но не согласиться с тем, как охарактеризовать эти действия в других контекстах; инклюзивный и эксклюзивный позитивист может посмотреть на набор судебных практик и согласиться с тем, что эти практики являются *юридическими*, но не согласиться с тем, правильно ли они характеризуются как определяющие моральные критерии действительности<sup>2</sup>.

## 2. Предпосылки модели, подтверждающей тезис о включенности

Из приведенного выше рассуждения следует, что для доказательства концептуальной возможности существования правовой системы с моральными критериями действительности нужно сделать две вещи. Во-первых, нужно разработать модель институциональной нормативной системы *в мире, подобном нашему*, которая могла бы быть правдоподобно истолкована как обладающая моральными критериями действительности и четко удовлетворяющая всем условиям, которые, как считается, необходимы для существования права. Во-вторых, чтобы модель подтверждала тезис о включенности, она должна поддаваться эксклюзивистской интерпретации.

2.1 Модель должна описывать номологически возможный мир. Субъекты в модели, определяющей концептуально возможную правовую систему с моральными критериями действительности, должны быть похожи на людей в отношении тех психологических и физических особенностей, которые объясняют, почему нам нужно, чтобы право делало то, что оно делает в нашем мире. Право *нами* создано для регулирования поведения существ, *подобных нам*, и можно обоснованно опасаться, что модель, предлагаемая в качестве защиты какого-либо концептуального утверждения о праве, определит мир, который слишком далек от нашего, чтобы рассказать нам нечто о праве в том виде, в каком его определяет наша концептуальная практика. Модель, призванная описать концептуально возможную правовую систему, которая регулирует поведение всемогущих богов, проблематична, поскольку неясно, что при учете нашей концептуальной практики правильно ли применять понятие «право» к такой институциональной нормативной системе.

<sup>2</sup>Уилфрид Валучов рассматривает некоторые судебные практики, принятые в Канаде, которые он интерпретирует как обладающие моральными критериями действительности. Wilfrid Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1994). Стивен Перри в ответ утверждает, что эти практики можно трактовать так же правдоподобно, как и критерии действительности, основанные только на источниках. См., например, Stephen Perry, "Two Varieties of Legal Positivism" (Critical notice of Waluchow's *Inclusive Legal Positivism*), *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 9 (1996).

Рассмотрим модель «общества ангелов», предназначенную для опровержения утверждения о том, что каждая концептуально возможная правовая система санкционирует нарушения действительных законов. При описании этой модели Раз позаботился выявить допущения, которые гарантируют, что в теоретически важных аспектах мир ангелов похож на наш: «Мы можем себе представить ... разумных существ, которые могут повиноваться закону, у которых есть и которые признают, что у них есть более чем достаточно причин ему повиноваться независимо от санкций. Возможно, человеческие существа могли бы в них даже перевоплотиться. Разумно предположить, что в таком обществе законодатель не станет утруждать себя введением санкций, поскольку они будут излишними и ненужными. Если бы такая нормативная система обладала всеми описанными выше признаками правовой системы, то даже при отсутствии санкций она была бы признана всеми в качестве правовой»<sup>3</sup>.

Эти предположения были задуманы для того, чтобы показать, что мир «ангелов» для таких существ как мы является возможным. Ангелы изображены настолько похожими на человеческие существа, что «человеческие существа могли бы в них даже перевоплотиться». Но человеческие существа не могут в них «перевоплотиться» иначе, чем через стандартные физические и социологические процессы, которые объясняют как мы приобретаем определенные физические и психологические черты. А поскольку мы рационально эгоистичны и уязвимы для причинения определенного вреда, для защиты от которых нам нужна правовая система, таковыми являются и ангелы.

Единственное существенное отличие ангелов от нас заключается в том, что они решительно мотивированы на то, чтобы их поведение всегда соответствовало закону без всякой нужды в благоразумных стимулах, необходимых в нашем мире. Во всех остальных отношениях психологические и физические свойства ангелов такие же, как и у нас. В той мере, в какой мы могли бы превратиться в существ, подобных ангелам, номологически возможно, хотя и маловероятно, чтобы мы эволюционировали и развили мотивационные качества, которые отличали бы их от нас нынешних.

Аргумент об «обществе ангелов» проблематичен в одном отношении, которое особенно важно для подтверждения тезиса о включенности. Проблема заключается в том, что просто неясно, возможен ли мир ангелов номологически, поскольку неясно, могут ли такие эгоистичные существа как мы, живущие в мире ограниченности ресурсов, когда-либо стать подобными ангелам. Если наши концептуальные практики предполагают, что право является исключительно человеческим институтом и такой мир номологически невозможен, то эта модель не сможет доказать существование правовой системы без санкций.

Чтобы избежать подобных опасений относительно ее релевантности, модель, призванная подтвердить тезис о включенности, должна описывать номологически возможный мир. Если она не может его подтвердить, то это не потому, что описываемая ею институциональная нормативная система несовместима с исключительно человеческим характером права, а потому, что описываемая система не удовлетворяет некоторому концептуально необходимому условию права.

2.2 Моделируемая система должна удовлетворять минимальным условиям существования правовой системы Харта. Модель должна удовлетворять минимальным условиям для существования правовой системы, предложенным Г.Л.А. Хартом, таким как (1) должностные лица в моделируемом мире должны соблюдать правило признания, которое регулирует их поведение в отношении признания, применения и обеспечения соблюдения закона; и (2) поведение остальных лиц в модели должно в целом соответствовать нормам, действительным благодаря правилу признания. Хотя эти два условия не исчерпывают необходимых условий права, и следовательно не определяют условий, которые в совокупности достаточны для существования правовой системы, но если нечто не удовлетворяет этим двум условиям, оно не может должным образом характеризоваться в качестве правовой системы.

<sup>3</sup>Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990), 159-160. Далее PRN.

2.3 Моделируемая система должна минимально содержать естественное право. Харт придерживается мнения, что «естественно» необходимым условием существования правовой системы является то, что она минимально содержит естественное право: «Размышление о некоторых весьма очевидных обобщениях, даже трюизмах *относительно природы человека и мира, в котором живут люди*, показывает, что пока это все остается в силе, есть некоторые правила поведения, которые должна иметь любая социальная организация для того, чтобы быть жизнеспособной. И действительно такие правила являются обычной составной частью права и обыденной морали всех обществ, достигших той степени, где их можно выделить как различные формы социального контроля. ... Такие признанные универсальными принципы поведения, имеющие основание в элементарных истинах относительно человеческих существ, их естественного окружения и целей, могут рассматриваться как минимальное содержание естественного права... Мы можем сказать, учитывая структуру естественных фактов и целей, которые делают санкции и возможными и необходимыми во внутригосударственной системе, что это – *естественная необходимость*<sup>4</sup>».

Есть пять особенностей «природы человека и мира, в котором живут люди», которые, по мнению Харта, требуют минимального содержания естественного права в любой возможной для человека системе внутригосударственного права<sup>5</sup>: (1) наша физическая и психологическая уязвимость для причинения вреда; (2) обладание в значительной степени равными физическими и психологическими качествами, позволяющие нам доминировать друг над другом; (3) наша способность руководствоваться бескорыстными соображениями ограничена, учитывая, что мы по своей природе эгоистичны и упорно стремимся к удовлетворению своих желаний и потребностей; (4) нехватка мировых материальных запасов; и (5) ограниченность наших интеллектуальных способностей и силы воли<sup>6</sup>.

Но поскольку эти пять свойств проявляются во всех возможных мирах, что может сказать нам нечто о природе права, как его конструирует наша практика, они также являются тем, что отличает наш мир, порождая потребность в системе права. Если право, как мы его понимаем, является исключительно человеческим в том смысле, что слово «право» применимо только к институтам, регулирующим поведение в тех мирах, которые обладают каждым из этих пяти признаков, то не только номологически необходимым условием существования правовой системы, регулирующей неслужебное поведение, является то, что она минимально содержит естественное право; это также является и концептуально необходимым условием.

Чтобы предлагаемая ниже модель удовлетворяла всем условиям, которые считаются концептуально необходимыми для существования права, она будет определена таким образом, чтобы нормы, регулирующие неслужебное поведение, минимально содержали естественное право. И будет структурирована так, чтобы минимальное содержание естественного права позволило успешно подтвердить тезис о включенности – независимо от того, правильно ли с концептуальной точки зрения характеризовать право как институциональную нормативную систему, которая регулирует только поведение существ, подобных нам, и в мирах, подобных нашему.

2.4 Модель должна согласовываться с сервисной концепцией власти. Поскольку то, что любая концептуально возможная правовая система метафизически *способна* реализовывать легитимную власть, является трюизмом, модель должна определяться так, чтобы

<sup>4</sup>H.L.A. Hart, *The Concept of Law* 3rd Ed. (Oxford: Oxford University Press, 2012). P. 192-193; выделено мной. – К. Х. Термин «естественная необходимость», как его использует Харт, вероятно, следовало бы истолковать как относящийся к номологической необходимости.

<sup>5</sup>Это требование относится только к системам внутригосударственного права, поскольку системы международного права призваны регулировать только официальное поведение национальных государств.

<sup>6</sup>H.L.A. Hart, *The Concept of Law*. P. 193-197.

институциональная нормативная система была метафизически способна реализовывать легитимную власть. Поскольку наиболее распространенным среди сторонников концептуальной юриспруденции анализом природы и обоснования власти является сервисная концепция власти, модель должна быть разработана таким образом, чтобы определяемая при ее помощи система была метафизически способна реализовывать легитимную власть в соответствии с этой концепцией.

Для этого необходимо, чтобы нормы сконструированной системы (1) были способны выражать мнение власти о том, какие действия субъекты обязаны совершать в соответствии с правильными основаниями; (2) были способны заменить суждения субъектов в их практических рассуждениях о том, что они должны делать в соответствии с правильными основаниями; и (3) были сформулированы таким образом, чтобы согласно тезису нормального обоснования (ТНО) считаться юридически легитимными. Хотя в предыдущих главах высказывались опасения по поводу сервисной концепции авторитета, моделируемая здесь правовая система будет построена таким образом, чтобы удовлетворять этой концепции и избегать вопросов относительно власти.

2.5 Нормы системы должны быть метафизически способны управлять поведением, которое ими регулируется, мотивационным и эпистемическим образом. Моделируемая правовая система должна быть разработана таким образом, чтобы она могла выполнять такую концептуальную функцию права как регулирование поведения субъектов посредством норм, метафизически способных управлять действиями, которые ими регулируются. Как уже говорилось выше, существуют две группы правовых норм, регулирующие разные типы поведения: (1) правило признания, регулирующее поведение должностных лиц; и (2) нормы, действующие на основании правила признания, регулирующие поведение всех других лиц.

Концептуальным требованием для того, чтобы нечто стало некой нормой, *регулирующей* поведение субъекта, является то, что оно было метафизически способно управлять его поведением как эпистемическим, так и мотивационным образом. Начнем с того, что часть пропозиционального содержания  $n$  может считаться нормой, регулирующей поведение членов некоторого класса субъектов  $S$ , только если она содержит то, что  $n$  от них требует, что члены этого класса метафизически способны понять, обратившись к  $n$ . Та часть пропозиционального содержания, которая метафизически неспособна управлять поведением класса субъектов эпистемическим образом, потому что с номологической точки зрения субъекты, как правило, не способны понять, что требует от них эта норма, обратившись к ней, не может с концептуальной точки зрения считаться нормой, регулирующей поведение членов этого класса. Таким образом, любая норма, регулирующая поведение членов некоторого класса  $S$ , метафизически способна управлять их поведением *эпистемическим образом*.

То, что любая норма, регулирующая поведение членов  $S$ , должна быть метафизически способна управлять их поведением *мотивационным образом*, можно установить двумя разными способами. Во-первых, утверждение о том, что норма  $n$  метафизически способна управлять поведением членов  $S$  эпистемическим образом, влечет утверждение о том, что  $n$  метафизически способна управлять их поведением мотивационным образом. Если  $n$  метафизически способна управлять поведением членов  $S$  эпистемическим образом, то у членов  $S$  есть номологическая возможность как выяснить, что  $n$  от них требует, так и согласовать свое поведение с  $n$ , выяснив, что  $n$  от них требует. Но если члены  $S$  могут согласовывать свое поведение с  $n$  отчасти из-за того, что они выяснили, что  $n$  от них требует, то  $n$  будет считаться нормой. Если субъект при принятии решения будет руководствоваться знанием о том, что  $n$  требует, то он может согласовывать свое поведение с  $n$  по любому рациональным субъективным причинам, включая ту, что  $n$  является нормой определенной системы. Соответственно, если любая часть пропозиционального содержания метафизически способна управлять поведением эпистемическим образом, то она также способна управлять тем же самым поведением и мотивационным образом.

Во-вторых, часть пропозиционального содержания  $n$  может быть нормой, которая регулирует поведение  $S$ , только если  $n$  номологически, и следовательно метафизически спо-

собна мотивационным образом управлять поведением  $S$ . Часть пропозиционального содержания  $n$  обоснованно считается нормой, регулирующей поведение  $S$ , если и только если (1) номологически возможно, чтобы  $S$  удовлетворял требованиям  $n$  и (2) номологически возможно, чтобы  $S$  нарушал требования  $n$ . Поскольку номологически возможно, чтобы  $S$  согласовывал свое поведение с  $n$ , и чтобы  $S$  нарушал требования  $n$ , то для  $S$  номологически возможно *соблюдать*  $n$ . Поскольку номологически возможно для  $S$  соблюдать  $n$ , то для  $S$  номологически возможно согласовывать свое поведение с  $n$ , потому что  $n$  является нормой, которая регулирует поведение  $S$ , а значит поведение  $S$  мотивационным образом управляется при помощи  $n$ . Если субъект может норму соблюдать, то, по меньшей мере, разумным будет то, что он может это делать по разным субъективным причинам. Поскольку все, что возможно номологически, возможно и метафизически, то концептуальной истиной является то, что каждая норма, регулирующая поведение  $S$ , метафизически способна мотивационным образом управлять  $S$ .

Для понятия правовой нормы это размышление может иметь следующие следствия. Поскольку (1) концептуальной истиной является то, что каждая правовая норма является *нормой*, и (2) концептуальной истиной является то, что нечто не может считаться нормой, регулирующей поведение некоторого класса субъектов, если оно метафизически не способно управлять членами этого класса как мотивационным, так и эпистемическим образом. Из этого следует, что концептуальной истиной является и то, что каждая правовая норма, регулирующая поведение членов класса, метафизически способна управлять ими как мотивационным, так и эпистемическим образом.

2.6 Модель должна правдоподобно истолковываться как обладающая моральными критериями действительности. Чтобы подтвердить тезис о включенности, моделируемая система должна правдоподобно истолковываться как обладающая моральными критериями действительности. Это означает, что модель должна быть организована так, чтобы выполнялись два условия. Во-первых, должно быть очевидно, что судьи убеждены, что они реализуют правило признания, которое включает моральные критерии действительности. Во-вторых, также должно быть очевидно, что судьи применяют эти моральные нормы скорее правильно, нежели неправильно; в противном случае все, что можно с уверенностью сказать о судьях этой модели, так это то, что они *убеждены*, что применяют нормы морали, когда принимают решения о том, является ли отдельная принятая норма юридически действительной.

2.7 Модель не должна быть совместима с эксклюзивной позитивистской интерпретацией. Наконец, модель не должна быть совместима с эксклюзивистской интерпретацией. Хотя тот факт, что модель может правдоподобно истолковываться как определяющая инклюзивную правовую систему, предполагает, что идея моральных критериев юридической действительности является непротиворечивой, и следовательно, что правовая система с моральными критериями действительности концептуально возможна, было бы предпочтительнее разработать модель, которая могла бы истолковываться как правовая система *только* в той мере, в какой она обладает моральными критериями действительности. Поэтому у сторонника эксклюзивного позитивизма остается возможность нежелательного отрицания статуса права у институциональной нормативной системы, которая удовлетворяет всем условиям, вероятно, концептуально необходимым для существования права.

### 3. Разработка модели, подтверждающей тезис о включенности

3.1 Номологическая возможность моделируемого мира. Чтобы убедиться в том, что моделируемый мир может нам нечто рассказать о праве, учитывая, что право является исключительно человеческим институтом, модель определяет мир, который похож на наш, как в отношении наших законов причинности, так и в отношении наших черт, порождающих у нас потребность в правовом регулировании. В частности, субъекты этого мира эгоистичны, рациональны, и как мы психологически и физически уязвимы для причинения вреда. Кроме того, в этом мире нет достаточного количества материальных ресурсов, доступных для непосредственного удовлетворения всех их желаний и потребностей. А поскольку в данную

модель включаются те особенности нашего мира, которые объясняют нашу потребность в праве, она определяет, какой мир номологически возможен.

3.2 Случайная непогрешимость субъектов модели. Субъекты этого номологически возможного мира обладают такими же интеллектуальными способностями, что и мы, но их представления о морали отличаются от наших в следующих отношениях. Во-первых, субъекты всегда согласны в том, что мораль требует. Во-вторых, их убеждения относительно требований морали всегда оказываются правильными, независимо от того, воспринимается ли ими мораль как объективно правильная или же как условная. И что хотя любой субъект этого мира может ошибаться при решении моральных вопросов, они не ошибаются при решении других вопросов. В-третьих, их убеждения относительно требований морали всегда оказываются эпистемически обоснованными; они всегда находят обоснованные аргументы, которые оправдывают их убеждения, и поэтому могут эпистемически обосновать каждое из них.

Хотя эти условия описывают положение дел, которое *маловероятно* для таких существ, как мы, но оно все же для нас *возможно*. Во-первых, для двух любых агентов очевидно, что прийти к согласию по поводу определенного морального вопроса номологически возможно; в нашем мире мы часто не соглашаемся по одним вопросам, но соглашаемся по другим. Учитывая, что два разных агента могут номологически договориться по поводу одного морального вопроса, они могут номологически договориться по поводу любого морального вопроса. Но если два агента могут номологически договориться относительно любого морального вопроса, то это могут сделать все остальные агенты. Нет оснований полагать, что такие существа, как мы, могут расходиться в том, что мораль требует в каждом отдельном вопросе.

Во-вторых, существует номологически возможный мир, в котором каждый человек всегда оказывается прав относительно требований морали. Поскольку для меня номологически возможно быть правым в отношении того, что требует мораль по одному вопросу, для меня номологически возможно быть правым в отношении того, что требует мораль по всем другим вопросам. Но поскольку то, что номологически возможно для одного агента, номологически возможно для всех агентов, то номологически возможно, чтобы все агенты были правы в отношении того, что требует мораль по любому вопросу.

В-третьих, существует номологически возможный мир, в котором каждый человек знает, что мораль требует по любому вопросу. Поскольку у меня есть номологическая возможность эпистемически обосновать и оказаться правым относительно того, что, по моему мнению, мораль требует в одном вопросе, то у меня есть номологическая возможность эпистемически обосновать и оказаться правым относительно того, что, по моему мнению, мораль требует по любому вопросу. Но поскольку то, что номологически возможно для одного агента, номологически возможно для всех агентов, тогда у всех агентов есть номологическая возможность оказаться правым относительно того, что мораль требует по каждому вопросу, и эпистемически обосновать каждое такое убеждение.

Таким образом, существа в модели представляются *случайно непогрешимыми* по отношению к морали – и не обязательно или по своей сути непогрешимыми – в том смысле, что они всегда *знают*, что мораль требует. Разница заключается в следующем. Поскольку их убеждения относительно требований морали всегда истинны, и у них всегда найдутся разумные аргументы, при помощи которых они эпистемическим образом обоснуют свои убеждения, они всегда знают, чего мораль требует, и следовательно они *непогрешимы* в отношении того, что она требует. Но эта непогрешимость условна или случайна в следующем отношении: хотя субъекты в этом мире часто правы в каждом вопросе, они могут быть не правы в отдельном вопросе. Это не значит, повторюсь, что они умнее или имеют более надежный доступ к требованиям морали; они так же как и мы интеллектуально ограничены, и просто случайно натываются на правильные взгляды и правильные аргументы. В отличие от всезнающего Бога, который ни в концептуальном, ни в номологическом смысле не может ошибаться ни в чем, субъекты этого номологически возможного мира, как и мы,

могут ошибаться по отдельному – или даже по каждому – моральному вопросу относительно того, что они должны или не должны делать.

Предположение о том, что субъекты этого мира могут ошибаться по отдельному моральному вопросу, необходимо для того, чтобы они были похожи на нас во всех релевантных отношениях, и следовательно, чтобы их мир был номологически доступен для нашего. Если бы не тот факт, что субъекты могут быть неправы, как и мы, по отдельному моральному вопросу, мы получили бы мир слишком далекий от нашего, чтобы рассказать нам нечто об исключительно человеческой природе права, как оно определяется нашими практиками, свойствами и уязвимостями. Практики, которые порождают то, что мы называем правом, формируются как *нашими* уязвимостями, так и *нашими* недостатками, а также содержанием норм, которые *мы* принимаем для регулирования поведения существ с этими уязвимостями и недостатками.

Существа этого мира похожи на нас в другом важном и прискорбном отношении, которое объясняет, почему они также нуждаются в праве: они, как и мы, часто совершают социально вредные поступки, которые, по их признанию, являются морально неправильными. Поскольку они, как и мы, ужасно эгоистичны и обычно руководствуются сильными эмоциями, они часто совершают такие поступки, которые считаются морально неправильными, – или которые будут таковыми, если поступки совершаются в состоянии аффекта, – чтобы продвинуть то, что, по их мнению, отвечает их же интересам. Учитывая ограниченность материальных ресурсов, в этом мире часто будут возникать насильственные конфликты, нарушающие общественный порядок.

Насколько часто эти конфликты происходят в том мире по сравнению с нашим, не ясно, но можно предположить, что реже. Причина в том, что в нашем мире для достижения своих интересов мы обычно поступаем морально неправильно, поскольку ошибочно считаем этот поступок морально допустимым. В описанном мной мире такого рода путаницы с моралью не происходит, по крайней мере, не в случае беспристрастного рассмотрения субъектами морального вопроса. Если в моделируемом мире из-за моральной путаницы насильственных конфликтов не возникает, то, скорее всего, в нем их будет меньше, чем в нашем мире.

Однако должно быть ясно, что такие социально вредные конфликты в этом мире все же будут возникать довольно часто, чтобы для поддержания мира понадобилось нечто вроде права. Такие существа, как и мы, часто совершают «преступления в порыве страсти» в состоянии аффекта, когда нас одолевают навязчивые желания или потребности. Большинство противоправных посягательств являются, например, спонтанными «преступлениями в порыве страсти», возникающими в результате фрустрации острых желаний<sup>7</sup>. Поскольку субъекты модели так же как и мы склонны к совершению таких поступков, и поскольку ограниченность материальных ресурсов (включая романтические и сексуальные ресурсы) может привести к возникновению конфликтов, очевидно, что в их мире нечто вроде права необходимо.

3.3 Модель институциональной нормативной системы с моральными критериями действительности. Учитывая, что субъекты в этом мире часто вступают в конфликты, нарушающие мир, возникает необходимость в создании чего-то похожего на правовую систему, позволяющую минимизировать частоту таких конфликтов. Такая система при правильном ее построении позволит настолько снизить количество конфликтов, что люди будут если не активно просить, то, по крайней мере, соглашаться на такое регулирование их поведения. Хотя люди в этом мире отличаются от нас тем, что всегда обладают правильными

<sup>7</sup>Например, в 37,5 % случаев женщины становятся жертвами убийств, совершаемых их же мужьями, а в 91% — жертвами своих же знакомых. См.: “Crime in the U.S.”, Uniform Crime Reporting, доступно по адресу: <https://ucr.fbi.gov/crime-in-the-u.s/2010/crime-in-the-u.s.-2010/offenses-known-to-law-enforcement/expanded/expandhomicidemain>; и “29 Intriguing Crimes of Passion Statistics”, Brandon Gaille (May 23, 2017), доступно по адресу: <https://brandongaille.com/27-intriguing-crimes-of-passion-statistics/>.

представлениями о требованиях морали, они достаточно похожи на нас в эмоциональном плане, считая свой мир ничем иным, как райским садом. Определенное институциональное регулирование при помощи санкций за несоблюдение норм будет восприниматься как необходимое зло.

Такие санкции будут обладать тем же характером, что и в нашем мире. Иногда они будут носить ярко выраженный карательный характер, вроде, например, наших санкций за уголовные преступления, а иногда, как в случае наших санкций, связанных с деликтным правом, будут направлены на возмещение ущерба, причиненного неправомерными действиями или бездействиями других лиц. Иногда органы, уполномоченные выносить решения согласно этим нормам, будут отказываться применять определенные инструменты, например, договоры или завещания, в силу их ненадлежащего оформления, выступающего как средством их обеспечения, так разумным стимулом.

Что касается правила признания, то должностные лица данной институциональной нормативной системы сходятся в вопросах признания, применения и обеспечения исполнения в качестве правил системы всех и только императивных моральных норм. Моральные нормы добродетели, которые лишь поощряют поведение как добродетельное и не требуют его как обязательного, не признаются в качестве действительных «юридических» норм. Например, в систему будут включены в качестве юридических те моральные нормы, которые запрещают умышленное лишение жизни невинного человека, но не те, которые поощряют помощь другим, поскольку соответствующие действия не являются обязательными, но морально добродетельными. Таким образом, должностные лица системы сходятся во мнении, что «правом» считаются только те моральные нормы, которые определяют действия, которые человек «должен» или «обязан» совершить, а не те, которые определяют действия, которые ему «следует» совершить.

Далее, неслужебное поведение людей в этом номологически возможном мире настолько соответствует требованиям действующего права, насколько наше поведение в нашем мире. В большинстве случаев конформистское поведение людей, как и у нас, не мотивировано желанием согласовать его с правом или знанием о том, что право требует. Они так же как и мы эмоционально склонны воздерживаться от убийств и краж. В других случаях их конформистское поведение, как возможно и поведение некоторых из нас, мотивировано желанием избежать санкций, предусмотренных за нарушение действующего права. Но, как и в нашем мире, всегда есть субъекты, которых не останавливают санкции при совершении социально вредных поступков, нарушающих законы. Но даже в этом случае субъекты соблюдают действующие нормы в достаточной степени, чтобы мирно жить и дружно работать в том, что правильно называется сообществом.

Наконец, субъекты в этом мире, как правило, считают, что нормы, регулирующие их поведение, морально оправданы как необходимое, но прискорбное средство обеспечения относительного мира, позволяющего им жить вместе и пользоваться благами социального сотрудничества. Это относится к субъектам любого вида правовых норм: должностные лица обычно считают морально оправданными те нормы, которые регулируют их служебное поведение, в то время как все другие субъекты, находящиеся под юрисдикцией системы, считают морально оправданными действующие правовые нормы, регулирующие их поведение.

Описанная модель определяет номологически возможный мир с эффективной институциональной нормативной системой, наделяющей юридической силой все и только императивные моральные нормы. Должно быть ясно, что институциональная нормативная система, наделяющая юридической силой все и только императивные моральные нормы, концептуально возможна. Такая система может и не считаться правовой, но существование эффективной институциональной нормативной системы, наделяющей юридической силой все и только императивные моральные нормы, очевидно, концептуально возможно. Поскольку *номологически* возможно, чтобы эгоистичные, интеллектуально ограниченные, уязвимые субъекты такого мира были случайно непогрешимы, существование эффектив-

ной институциональной нормативной системы, наделяющей юридической силой все и только императивные моральные нормы, для нас также возможно.

#### 4. Подтверждение тезиса о включенности: моделируемая система является правовой системой

Существует два вопроса относительно того, насколько успешно модель подтверждает тезис о включенности. Первый вопрос заключается в том, можно ли правильно охарактеризовать такую систему, согласно обычному словоупотреблению, о котором здесь идет речь, как *правовую*. Чтобы считаться правовой, она должна (1) удовлетворять минимальным условиям существования правовой системы, предложенным Хартом; (2) содержать нормы, регулирующие неслужебное поведение, с минимальным содержанием естественного права; (3) согласовываться с сервисной концепции власти; и (4) регулировать поведение путем признания, применения и обеспечения исполнения норм, метафизически способных управлять поведением мотивационным и эпистемическим образом. Второй вопрос заключается в том, можно ли истолковать систему, которую правильно характеризовать как право, как содержащую инклюзивное правило признания, а не как содержащую эксклюзивное правило признания, основанное на источнике.

4.1 Система удовлетворяет минимальным условиям существования правовой системы, предложенным Хартом. Описанная выше институциональная нормативная система явно удовлетворяет минимальным условиям существования правовой системы, предложенным Хартом. Во-первых, существует конвенциональное правило признания, которое требует от судей применения и обеспечения исполнения всех и только императивных моральных норм в отношении субъектов системы. В той мере, в какой должностные лица системы сходятся во мнении, что они принимают внутреннюю точку зрения на правило признания и следуют ему во всех подходящих обстоятельствах, эта норма будет конвенциональной и будет связывать должностных лиц общими обязательствами<sup>8</sup>.

Во-вторых, субъекты системы в целом согласовывают свое поведение с действительными нормами системы. Хотя Харт называет это условие требованием повиновения<sup>9</sup>, это слишком сильная формулировка. Утверждение о том, что субъект повинуется правилу, подразумевает, что мотивация поведения, требуемого правилом, каким-то образом связана с тем фактом, что правило этого требует; может быть так, что поведение субъекта мотивировано правилом, а может быть так, что его поведение мотивировано желанием избежать санкций. Но нет никаких оснований полагать, что в концептуальном плане конформистское поведение субъекта всегда должно объясняться ссылкой на правило или его санкции; тот факт, что я никогда не убивал людей, не имеет никакого отношения к тому, что закон это запрещает или за это наказывает. Достаточно того, чтобы субъекты мотивированы согласовывать свое поведение с нормой в достаточном количестве тех обстоятельств, в которых они могли бы поддаться искушению поступить иначе, чтобы система успешно поддерживала мир, обеспечивая предсказуемую стабильность жизни в сообществе. Это требование также четко выполняется системой, описанной выше; изучать мотивы граждан, которые объясняли бы их конформистское поведение, нет необходимости. Таким образом, оба минимальных условия Харта удовлетворяются описанной здесь институциональной нормативной системой.

<sup>8</sup>Это не предполагает и не подтверждает тезис о конвенциональности. Здесь лишь предполагается, что существует номологически возможный мир, в котором правило признания является конвенциональным. Но если читатель сочтет такую характеристику неприемлемой, то он может назвать правилом признания все, что, по его мнению, может считаться таковым.

<sup>9</sup>Как говорит Харт: «Тем правилам поведения, которые действительно согласно окончательным критериям действительности системы, должны, в общем и целом, повиноваться», см.: H.L.A. Hart, *The Concept of Law*. P. 113.

4.2 В системе есть нормы с минимальным содержанием естественного права. Система характеризуется тем, что Харт называет минимальным содержанием естественного права, и определяется как «правила поведения, которые [учитывая важные факты о человеческой природе] должна иметь любая социальная организация для того, чтобы быть жизнеспособной»<sup>10</sup>. Эти правила содержат запреты на воровство, насилие и другие действия, угрожающие «минимальной задаче выживания, стоящей перед объединяющимися друг с другом людьми»<sup>11</sup>. Поскольку все эти правила поведения являются императивными моральными нормами, они внедрены в институциональную нормативную систему, наделяющую юридической силой все и только императивные моральные нормы. Если концептуально необходимым признаком внутрисударственного права в номологически доступных нам мирах является то, что оно минимально содержит естественное право, то модель институциональной нормативной системы в этом мире удовлетворяет данному дополнительному условию.

4.3 Система согласуется с сервисной концепции власти

4.3.1 Система обладает властью *de facto*

Система обладает властью *de facto* над субъектами как в отношении их официального, так и неофициального поведения. Вспомним, что власть *de facto* «либо [1] претендует на легитимность, либо лишь делает вид, что претендует, и [2] эффективно навязывает свою волю тем, на кого распространяется»<sup>12</sup>.

Система удовлетворяет обоим условиям осуществления власти *de facto*. Начнем с того, что все субъекты моделируемого мира считают систему морально легитимной в силу того, что она является необходимым злом, делающим возможным получение социальных благ от жизни в сообществе. Кроме того, институциональная нормативная система успешно «навязывает свою волю» многим субъектам, делая определенное поведение недопустимым и сдерживая его угрозой санкций. Поскольку система, согласно гипотезе, необходима для поддержания мира и ей удается поддержать мир, она делает это только путем сдерживания насилия, которое в противном случае имело бы место, если бы не ее эффективное регулирование. Таким образом, ей удается навязать свою волю тем послушным субъектам, которые в противном случае не стали бы повиноваться без угрозы санкций.

4.3.2 Нормы способны выражать мнение власти о том, что разум требует, и заменять мнения субъектов о том, что разум требует

Все нормы системы метафизически способны выражать мнение власти о том, что требует разум, и заменять собой суждения субъектов в их практических рассуждениях о том, чего требует разум. Правило признания выражает мнение, сокрытое в конвергентных действиях должностных лиц и, следовательно, воспринимается ими как властное в том, что в отношении субъектов они должны признавать, применять и обеспечивать исполнение в качестве права *только* императивные моральные нормы; таким образом, оно также выражает мнение власти о том, что в отношении субъектов отдельные должностные лица должны воздерживаться от признания, применения и обеспечивать исполнение в качестве права любых других норм, которые, по их мнению, могли бы считаться (или считались бы, если бы их взгляды были иными) правильными, что требует от них их признания, применения или обеспечения исполнения.

Такая точка зрения способна выступить для должностных лиц первичным основанием для признания, применения и обеспечения исполнения только императивных моральных норм, а также вторичным основанием для воздержания от действий в соответствии со своими взглядами на то, что требует разум. То, что должностные лица придерживаются внутренней точки зрения на правило признания, выступает для них первичным основанием привести свои действия в соответствие с требованиями правила признания, так и вторичным

<sup>10</sup>H.L.A. Hart, *The Concept of Law*. P. 193.

<sup>11</sup>*Ibid.*

<sup>12</sup>Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Oxford University Press, 1994). P. 211.

основанием воздержаться от собственных оценок того, что следует признавать, применять или обеспечивать исполнение в качестве права. Несмотря на то, что должностные лица сходятся в трактовке всех и только императивных моральных норм как правовых, некоторые из них иногда могут поддасться искушению отступить от требований правила признания по причинам собственной заинтересованности или в силу кратковременных предвзятых оценок того, что требует разум. Таким образом, правило признания метафизически способно заменить суждения должностных лиц о том, чего требует разум в отношении их служебного поведения.

Действительно, правило признания, которое наделяет юридической силой только императивные моральные нормы, не говорит судье, какая императивная моральная норма применима для разрешения спора, но ни в понятии права, ни в сервисной концепции власти нет ничего, что подразумевало бы, что властное правило признания позволяет установить, какая действующая норма *применима* для разрешения спора. Правило признания, которое определяет критерии действительности, основанные исключительно на источнике, в конце концов, не может справиться с этой работой лучше судьи. Ни одна правдоподобная конструкция сервисной концепции власти не предполагает отрицание того очевидного факта, что судьи должны использовать свое суждение в попытке установить, какие действительные правовые нормы подходят для разрешения спора, и как их следует применять для его разрешения. Судебное разбирательство — сложная работа.

Действительные правовые нормы системы также метафизически способны выражать властное мнение о том, чего требует разум. Они требуют, чтобы субъекты делали то, что от них требует мораль, и субъекты понимают, что эти нормы будут применяться к ним и против них как право. Действительные правовые нормы, таким образом, выражают мнение власти о том, что *закон* требует от субъектов соблюдать его или подвергнуться юридическим санкциям наряду с императивными моральными нормами, когда эти нормы противостоят разумным интересам субъектов.

Действительные правовые нормы системы также метафизически способны обеспечить субъектов как первичными основаниями выполнять требования норм, так и вторичными основаниями не совершать действий на основе своих собственных суждений о том, что требует разум в отношении неслужебного поведения. Начнем с того, что, будучи подкрепленные санкциями, мнение власти о том, что субъекты юридически обязаны соблюдать все и только императивные моральные нормы, очевидно, способно обеспечить субъектов первичным основанием соблюдать нормы вместо того, чтобы делать что-то другое, к чему они ранее склонялись. Но если отбросить идею о том, что подходящие первичные основания могут отсылать к разумным основаниям, связанным с желанием избежать санкций, то все субъекты признают власть должностных лиц легитимной и, следовательно, будут воспринимать их указания как предоставляющие новые первичные основания для действий.

Кроме того, действительные правовые нормы метафизически способны предоставить субъектам вторичное основание не действовать в соответствии с собственными суждениями о том, что требует разум в отношении их неслужебного поведения. Очевидно, что у субъектов есть метафизическая возможность рационально истолковать тот факт, что право требует неслужебного поведения в качестве вторичного основания не действовать в соответствии с собственными суждениями; поскольку они воспринимают указания как морально легитимные, эти указания так же способны обеспечить соответствующие вторичные основания, как и лежащие в их основе императивные моральные нормы. Таким образом, действующие правовые нормы способны заменить собственные суждения субъектов о том, чего требует разум в отношении неслужебного поведения.

*4.3.3 Возможно ли с метафизической точки зрения, чтобы субъекты лучше выполняли требования разума, придерживаясь мнения власти о том, что требует разум, чем своих собственных взглядов на то, что разум требует?*

На первый взгляд кажется, что эта модель противоречит ТНО. Проблема заключается в следующем. Согласно ТНО, власть считается морально оправданной только в той мере, в

какой действия субъектов становятся более разумными, если они придерживаются мнения власти о том, что требует разум, нежели своих собственных взглядов на это. Если моральные нормы учитывают разумные интересы субъектов и указывают на то, они должны совершать действия *во всех случаях* в соответствии со здравым смыслом, то метафизически невозможно, что действия субъекты будут *более* разумными, если они будут придерживаться мнения власти о том, что требует разум, нежели своих собственных взглядов, потому что они всегда придут к *точно такому же результату* в отношении того, что требует разум, поскольку моральные нормы есть отражение баланса между разными основаниями, подлежащими применению, включая разумные основания.

Эту модель можно, конечно, отвергнуть на том основании, что она не согласуется с сервисной концепцией, но это проблематично. Субъекты в этом мире морально непогрешимы, но не морально безупречны; они не меньше нашего склонны совершать социально вредные действия в угоду своим интересам, и, следовательно, так же, как и мы, мотивированы на совершение действий, нарушающих общественный порядок. Именно по этой причине нужна обладающая властью система норм, обеспечивающая дополнительные первичные основания для соблюдения требований здравого смысла. Но поскольку система иногда сдерживает подобное поведение, субъекты будут скорее подчиняться требованиям разума, соблюдая законы, нежели действовать на основе сиюминутных порывов, спонтанных желаний и субъективно искаженных оценок того, что требует разум.

Однако это, как представляется, ставит под сомнение ТНО, если он истолковывается как необходимое условие легитимности правовой системы. В таком виде система будет морально легитимной, если нормы (1) морально справедливы и всеми соблюдаются; 2) успешно поддерживают мир; 3) распределяют ресурсы общества в соответствии с требованиями морали; 4) одобряются субъектами; и 5) субъекты ими руководствуются охотнее, нежели своими желаниями, порывами и искаженными оценками. Хотя эта система не соответствует ТНО, *в моделируемом мире* не может быть системы более морально предпочтительной. Если в этом номологически возможном мире признается легитимной *любая* правовая система, санкционирующая нарушение закона, то эта система является таковой.

Тем не менее, ТНО не может правильно истолковываться как формулировка необходимого условия существования легитимной власти: «Тезис нормального обоснования: *обычный и основной способ* доказать, что лицо признается обладающим властью над другим лицом, состоит в том, чтобы показать, что предполагаемый субъект тогда будет охотнее руководствоваться теми причинами, которые имеют к нему отношение (помимо предполагаемых властных указаний), когда он воспринимает указания предполагаемой власти как обязательные и пытается следовать им, чем если он будет руководствоваться причинами, которые имеют к нему непосредственное отношение<sup>13</sup>».

Раз здесь тщательно избегает описания ТНО как обеспечивающего необходимые или достаточные условия легитимности. ТНО представляет собой «основной» и «обычный» способ показать, что власть оправдана. Поскольку он воздерживается от использования подобных формулировок, то, вероятно, потому что осознает проблемы, которые возникают, если ТНО интерпретируется как определение необходимого или достаточного условия легитимности.

Наиболее правдоподобная конструкция ТНО, по соображениям как с точки зрения теоретического содержания, так и с точки зрения точности интерпретации, состоит в том, чтобы интерпретировать его как совместимого с легитимностью системы, построенной в модели. При такой интерпретации, несмотря на невыполнение условия «нормальности», система тем не менее является легитимной в силу отличительных свойств системы и ее субъектов. Поскольку наиболее важные черты этой системы в нашем мире крайне маловероятны, существование легитимной системы, не удовлетворяющей ТНО, не ставит под сомнение ее статус «нормального» способа оправдания авторитета. Поскольку ТНО приводит

<sup>13</sup>Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Oxford University Press, 1994). P. 214.

к правильному ответу в подавляющем большинстве случаев, которые могут встретиться в нашем мире, он сохранится, если будет правильной, «нормальной» стратегией оправдания власти<sup>14</sup>. По таком построении моделируемая система не удовлетворяет ТНО, но и не противоречит ему, а значит, она совместима с наиболее вероятной конструкцией сервисной концепции власти.

4.4 Моделируемая система способна выполнять концептуальную регулятивную функцию права посредством норма-регулирования и норма-управления. Чтобы показать, что моделируемая система метафизически способна выполнять регулятивную функцию права, нужно показать, что (1) действующие нормы могут мотивационным и эпистемическим образом управлять неслужебным поведением и (2) правило признания может мотивационным и эпистемическим образом управлять служебным поведением. Если доказать оба этих утверждения, то моделируемая система сможет сделать все необходимое для выполнения регулятивной функции права.

4.4.1 *Правило признания метафизически способно мотивационным и эпистемическим образом управлять служебным поведением*

Правило признания, которое наделяющее юридической силой все и только императивные моральные нормы, метафизически способно *мотивационным образом* управлять служебным поведением. Начнем с того, что правило признания устанавливает юридическую обязанность судьи применять соответствующие императивные моральные нормы в качестве права при разрешении юридических споров. Очевидно, что судья может нарушить это обязательство, применив норму, моральное достоинство которой не соответствует статусу права, но так же очевидно и то, что судья может исполнить эту обязанность, применив норму, моральное достоинство которой соответствует статусу права.

Однако поскольку судья может сознательно согласовать свое служебное поведение с правилом признания  $R$ , требующим от него применения всех и только императивных моральных норм, он может сознательно согласовать свое служебное поведение  $R$  по любой причине, которая покажется ему рационально убедительной. Он может согласовать свое поведение с  $R$ , потому что считает, что должен это сделать для сохранения своей должности, или потому что  $R$  является правилом признания. Без конкретных отличий моделируемого мира от нашего, должно быть ясно, что  $R$  метафизически способно управлять поведением судей мотивационным образом.

$R$  также способно управлять поведением *судей* эпистемическим образом. В мире, в котором непогрешимость субъектов в отношении своих моральных обязанностей является случайной, судья может выяснить, какие нормы он должен применять для разрешения спора, обратившись к  $R$ ; судья, который запутался в своих *юридических* обязанностях, может выяснить благодаря  $R$ , что оно требует от него применять и обеспечивать соблюдение *моральных* обязанностей субъекта при разрешении споров, касающихся неслужебного поведения. Поскольку судья всегда может правильно определить содержание применяемой правовой нормы, он может выяснить, что  $R$  от него требует, и выполнить свои юридические обязанности согласно  $R$ , обратившись к  $R$ . А поскольку судья может применять другие нормы, если бы это потребовалось  $R$ , то  $R$  способно оказать практическое влияние на рассуждения судьи.

Верно, что судья должен сам решить, каким образом правовая норма, являющаяся действительной в силу своих моральных качеств, должна применяться в споре по поводу чье-

<sup>14</sup>Но даже в этом случае система, описанная выше, предполагает, что ТНО будет более вероятным, если изменить его конфигурацию таким образом, чтобы он допускал возможность существования легитимной власти в мире, где эта власть не менее, чем субъекты, способна правильно распознать требования разума. Одна из потенциальных проблем объяснения демократических систем в соответствии с ТНО, заключается в том, что, если взгляды должностных лиц идеально отражают взгляды субъектов, то вероятность того, что должностные лица правильно распознают требования разума не больше и не меньше, чем если бы это делали сами субъекты.

го-то неслужебного поведения. Однако это верно и в отношении правовой нормы, являющейся действительной в силу наличия властного источника. Точно так же судья должен поступить при принятии решения по делу, требующего применения действительной нормы, запрещающей совершение неосторожных действий, которые с высокой степенью вероятности могут причинить опасный для жизни вред другим лицам, независимо от того, является ли норма действительной в силу ее моральных качеств или в силу источника. Неважно, какие критерии действительности задают правило признания; судье все равно придется самому выяснять, как подходящая действительная норма будет применяться применяется в каждом конкретном случае. То, что нечто должно быть сделано, чтобы считаться правилом признания, не является тем, что определяет процедуру принятия решения, которая дает правильные ответы на каждый спорный вопрос в соответствии с законом.

Есть и другой способ убедиться в том, что *R* способно управлять поведением судей эпистемическим образом, который не требует обращения к свойствам описанной выше модели. Если мы несем моральную ответственность за свое поведение, то мы можем эпистемическим образом руководствоваться императивными моральными нормами, регулирующими неслужебное поведение. Поскольку это подразумевает, что мы можем определить, какие нормы являются императивными моральными нормами, регулирующими неслужебное поведение, мы можем отличить императивные моральные нормы, применимые к соответствующему поведению, от всех других норм. Но это означает, что судья может установить благодаря правилу признания, наделяющего юридической силой все и только императивные моральные нормы, какую норму он юридически обязан применять при разрешении спора, и, следовательно, может привести свое судебное поведение в соответствие с правилом признания, применив соответствующую действующую норму для разрешения спора. Таким образом, судьи *в нашем мире* могут эпистемическим образом руководствоваться правилом признания, наделяющим юридической силой все и только императивные моральные нормы, исходя из того, что мы несем моральную ответственность за свое поведение.

Правило признания, таким образом, метафизически способно управлять поведением судей как мотивационным, так и эпистемическим образом, и, следовательно, по отношению к служебному поведению выполнять свою регулятивную функцию. Регулятивная функция правила признания позволяет подтвердить тезис о включенности.

*4.4.2 Нормы, действительная в соответствии с правилом признания, метафизически способны управлять неслужебным поведением мотивационным и эпистемическим образом.*

Нормы, действительная в соответствии с моделируемым правилом признания, метафизически способны делать все, что они должны делать, чтобы позволить праву выполнять свою регулятивную функцию. Поскольку непогрешимость субъектов в этом мире в отношении того, что от них требуют императивные моральные нормы, случайна, их непогрешимость в отношении того, какие нормы являются императивными моральными нормами, также случайна. Если они осведомлены, что судьи признают, применяют и обеспечивают соблюдение всех и только императивных моральных норм в качестве правовых, то у них достаточно информации, чтобы установить, какие нормы являются юридически действительными (то есть воспроизводящими содержание императивной моральной нормы); что эти действительные нормы требуют от них по отношению к неслужебному поведению (то есть именно того, что требует от них соответствующая императивная моральная норма); и могут привести свое поведение в соответствие с этой императивной моральной нормой. Таким образом, правовая норма, действительная в силу того, что она воспроизводит содержание императивной моральной нормы, метафизически способна управлять неофициальным поведением субъектов в этом номологически возможном мире эпистемическим образом.

Точно так же такая правовая норма способна управлять неслужебным поведением субъектов в этом мире мотивационным образом. В той мере, в какой метафизически возможно, чтобы субъекты осознанно согласовывали свое неслужебное поведение с императивной моральной нормой, метафизически возможно, чтобы они осознанно согласовывали свое

неслужбное поведение с этой нормой, потому что она является действительной правовой нормой системы. Из этого следует, что норма, регулирующая неслужбное поведение, действительная в силу того, что она воспроизводит содержание императивной моральной нормы, метафизически способна управлять неофициальным поведением субъектов этой модели мотивационным образом.

Как и в предыдущем параграфе, есть другой способ убедиться в том, что действительные нормы этой системы могут управлять неслужбным поведением мотивационным и эпистемическим образом, не обращаясь к особенностям модели. Во-первых, если мы несем моральную ответственность за свое поведение в соответствии с императивными моральными нормами, то у нас должна быть метафизическая возможность сознательным образом согласовать свое поведение с этими моральными нормами. Но если такая возможность есть, то должна быть и метафизическая возможность согласовать свое поведение с этой нормой, *потому что* она является моральной. Таким образом, если мы несем моральную ответственность за свое поведение, то императивные моральные нормы метафизически способны управлять нашим поведением мотивационным образом.

Но если метафизически возможно, чтобы императивная *моральная* норма мотивационно управляла поведением, то метафизически возможно и то, чтобы *правовая* норма, действительная в силу того, что она воспроизводит ее содержание, так же управляла поведением. Если мы можем осознанно согласовать свое поведение с императивной моральной нормой, в силу того, что она является императивной моральной нормой, то у нас также должны быть возможность согласовать свое поведение с правовой нормой, действительной в силу того, что она воспроизводит содержание этой императивной моральной нормы, *потому что* она является юридически действительной нормой. Простое присвоение норме нового имени не может помешать нам осознанно согласовывать свое поведение с этой нормой, мы можем этой делать, *потому что* она принадлежит к той или иной нормативной системе. Таким образом, мотивационно руководствоваться правовой нормой, действительной в силу того, что она воспроизводит содержание императивной моральной нормы, для нас так же возможно, как и мотивационно руководствоваться самой императивной моральной нормой.

Точно так же метафизически возможно для нас эпистемически руководствоваться правовыми нормами, действительными в силу того, что они воспроизводят содержание императивной моральной нормы, при условии, что мы несем моральную ответственность за свое поведение. Мы несем моральную ответственность за свое поведение лишь постольку, поскольку номологически возможно установить, каковы наши моральные обязанности, и сознательно их выполнять. Для этого нужно, чтобы мы были номологически способны (1) отличать императивные моральные нормы от других норм; (2) определять, что требует конкретная императивная моральная норма в отношении неслужбного поведения; и (3) сознательно согласовывать свое поведение с императивными моральными нормами, регулирующим неслужбное поведение. Но если мы обладаем способностями, описанными в пунктах (1), (2) и (3), и мы знаем, что судьи применяют и обеспечивают соблюдение в качестве правовых всех и только императивных моральных норм, то мы номологически способны согласовать свое поведение с правовой нормой, действительной в силу того, что она воспроизводит содержание императивной моральной нормы, и мы номологически способны определить, какого неслужбного поведения требуется этой правовой нормой.

Этого достаточно, чтобы показать, что каждая правовая норма, регулирующая неслужбное поведение, действительная в силу своих моральных качеств, метафизически способна управлять поведением, подлежащим регулированию, как мотивационным, так и эпистемическим образом, а значит, достаточно, чтобы подтвердить тезис о включенности при помощи регулятивной функции юридически действительных норм.

4.5 Система не подходит для эксклюзивистской интерпретации. Система в этом мире была сконструирована таким образом, чтобы исключить возможность ее вероятного истолкования как эксклюзивистской правовой системы. Несмотря на то, что правило признания, наделяющее юридической силой все и только императивные моральные нормы, является

правовой нормой в силу того, что оно применяется должностными лицами, ни одна из норм системы не может считаться действительной в силу официального опубликования.

Можно утверждать, что институциональная нормативная система, описанная в модели, является правовой, но ни одна из норм этой системы не является действительной, несмотря на видимость обратного, в силу того что она воспроизводит содержание императивной моральной нормы. Исходя из этого, судебные акты, применяющие эти нормы, обязательно содержат акты опубликования, основанные на источниках; поэтому любая действительная правовая норма является таковой в силу того, что она применяется судьями при разрешении отдельного правового спора.

У такого рассуждения есть проблемы, поскольку предполагается, что судьи обязательно найдут повод применить эти нормы, потому что граждане их обязательно когда-нибудь нарушат. Верно, что граждане могут часто нарушать эти нормы, но нет никаких оснований предполагать, что они должны это делать: если институциональная нормативная система в обществе ангелов Раза является *правовой* системой, то это пример концептуально возможной правовой системы, в которой субъекты никогда не нарушают закон. Далее, если верно, что мы можем эволюционировать до уровня ангелов, то это пример номологически возможной правовой системы, в которой субъекты никогда не нарушают закон. Пока субъекты осознают, что существует правовая система, наделяющая юридической силой нормы, рационально воспринимаемые субъектами как основания для действий, этого достаточно, чтобы обеспечить существование соответствующих регулятивных отношений между правовой системой и ее предполагаемыми субъектами.

Поскольку концептуальная функция правовой системы заключается в регулировании поведения, позволяющего людям жить в мире и согласии, случай, когда субъекты никогда не нарушают закон, будет случаем, когда система наиболее полно реализует свою концептуальную функцию. Идея о том, что это концептуально необходимым условием существования правовой системы является то, что ее субъекты иногда нарушают закон, просто ошибочна; нет никаких веских оснований полагать, что институциональная нормативная система, которая полностью реализует концептуальную функцию права по поддержанию мира, концептуально не может быть правовой системой<sup>15</sup>.

Эксклюзивный позитивист мог бы, я полагаю, отрицать, что институциональная нормативная система в данной модели представляет собой правовую систему, но это маловероятно. Эта система (1) удовлетворяет минимальным условиям существования правовой системы; (2) минимально содержит естественное право; (3) согласуется с сервисной концепцией власти; (4) способна выполнять регулятивную функцию права, наделяя нормы способностью управлять поведением, подлежащим регулированию, мотивационным и эпистемическим образом; (5) устанавливает санкции в ответ на нарушения; и (6) содержит только морально справедливые нормы и является морально легитимной. Учитывая, что она удовлетворяет всем потенциальным концептуально необходимым признакам права *как* в позитивистской, *так и* в антипозитивистской теориях, нет никаких правдоподобных оснований полагать, что она не является правовой системой.

---

<sup>15</sup>Нет также никаких оснований полагать, что в таких мирах, как наш, номологически невозможно, чтобы правовая система обеспечивала полное соблюдение законов, регулируя поведение таких существ, как мы. Система права с достаточно жесткими санкциями и высокоточным механизмом обнаружения преступников и вменения им нарушений закона в принципе может привести к полному соблюдению законов. Например, в таких обществах, как Северная Корея, преступность сравнительно невелика из-за жестких санкций и всепроникающего характера механизма обнаружения. Тоталитарная правовая система не является менее правовой только потому, что она тоталитарна.

## 5. К чему вся эта суета?

### Вероятность инклюзивных правовых систем в нашем мире

Одним из распространенных мотивов принять тезис о включенности является мысль о том, что существует много правовых систем, которые содержат моральные критерии действительности. По-видимому, именно это побудило Харта принять тезис о включенности: «[Дворкин] трактует мое учение о правиле признания как то, что требует, чтобы предусмотренные таким правилом признания критерии определения права состояли только из исторических фактов, а потому является примером «позитивизма очевидного факта». Хотя мои основные примеры критериев, предусмотренных правилом признания, являются вопросами того, что Дворкин называет «происхождением», связанными только с тем способом, которым правовые нормы принимаются или создаются юридическими институтами, и не с их содержанием, я прямо заявляю как в этой книге, так и в моей статье «О позитивизме и разграничении права и морали», что *в некоторых правовых системах, как в США, предельный критерий юридической действительности может явно включать, помимо происхождения, принципы справедливости или содержательные моральные ценности, и они могут составлять содержание юридических конституционных ограничений*<sup>16</sup>».

Утверждать, что некая существующая правовая система является инклюзивной сложнее, чем может показаться на первый взгляд. Как уже говорилось выше, попытки обосновать тезис о включенности на основе эмпирических наблюдений сталкиваются со значительными эпистемическими затруднениями, которые, по сути, возникают тогда, когда этот тезис принимается на основе веры, что существуют правовые системы с моральными критериями действительности. Проблема заключается в том, что любая *существующая* правовая система, которая может быть истолкована как инклюзивная, может быть столь же правдоподобно истолкована как эксклюзивная. Обоснованность решения, связанная с применением некоей якобы моральной нормы, не обязательно должно характеризоваться как применение некоего властного морального критерия юридической действительности; оно с тем же успехом может характеризоваться как результат судебной деятельности по осуществлению квазизаконодательного усмотрения в вопросах правотворчества в трудных случаях. Вот почему для подтверждения тезиса о включенности нужно сконструировать мир со свойствами, которые хотя и возможны в нашем мире, но очень маловероятны.

Далее, чрезмерно идеализированный характер моделируемого мира, хотя и номологически возможный, может подтвердить тезис о включенности, но он *ничего* не говорит нам о природе существующих правовых систем. У этих крайне искусственных подтверждающих моделей есть две особенности, которые объясняют их бесполезность для понимания существующей юридической практики. Во-первых, судьи в этих мирах всегда согласны с тем, какие нормы являются действительными в силу их моральных качеств. Проблема заключается в том, что весьма маловероятно, чтобы судьи в такой столь же сложной правовой системе, как современные внутрисударственные правовые системы, которые мотивируют концептуальное теоретизирование о праве, сойдутся во мнении о моральных качествах любой предполагаемой правовой нормы.

Судьи в правовых системах, подобных США, часто расходятся во мнениях относительно того, как интерпретировать предположительно моральные формулировки Конституции при принятии обоснованных решений. Одни судьи придерживаются оригиналистского подхода к принятию обоснованных решений на основании Конституции, в то время как другие конфликтного подхода, который позволяет им интерпретировать этот язык таким образом, чтобы он соответствовал некоторому набору общепринятых или критических моральных стандартов; и это разногласие распространяется на каждое положение Конституции, которое можно истолковать как то, что определяет моральное ограничение содержания действующего права. Если необходимым условием существования инклюзивной правовой системы является сближение мнений судей относительно того, какие нормы являются дей-

<sup>16</sup>H.L.A. Hart, *The Concept of Law*. P. 250. Курсив мой. – К. Х.

ствительными в силу их моральных качеств, то в нашем мире нет инклюзивных правовых систем и вряд ли появятся.

Во-вторых, подобного рода подтверждающие модели должны быть сконструированы таким образом, чтобы наши убеждения в то, что судьи всегда правы относительно того, что требует мораль по поводу неслужебного поведения, были эпистемически оправданы. Проблема здесь не только в том, что мы эпистемически ограничены в определении содержательных требований тех моральных норм, которые легитимно управляют нашим поведением. Но также в том, что мы эпистемически ограничены в определении того, существуют ли вообще моральные нормы, которые легитимно управляют поведением, если да, то являются ли они объективными или интерсубъективными. Если на эти вопросы есть правильные ответы, которые совершенно не зависят от наших социальных практик, то установить их правильность эпистемически надежным образом не получится.

Возможно, нас эпистемически оправдывает убеждение, что *наши практики* предполагают, что наше поведение объективно регулируется моралью, однако неясно, оправдывает ли нас эпистемически убеждение в истинность этой пресуппозиции. Мы могли бы быть оправданы в наших убеждениях в то, как мир нам представлен, но трудно понять, как могут быть оправданы наши убеждения в то, как мир действительно существует независимо от того, как он, по-видимому, опосредуется через концептуальные рамки, которые мы на него налагаем. Все, что у нас есть, чтобы продолжать выяснять как устроен наш мир, за исключением, пожалуй, законов логики и некоторых тривиальных арифметических утверждений, – это то, каким мир нам представляется через фильтр соответствующих концептуальных практик. Метаэтический нигилизм, как всем нам известно, может быть объективно истинным<sup>17</sup>.

Вот почему модель (1) предполагает, что мораль легитимно управляет нашим поведением, и (2) сконструирована таким образом, что субъекты с нашими ограничениями всегда оказываются правы в том, что требует мораль независимо от того, является ли она объективной или интерсубъективной. Первое утверждение было основано на том, что истинность тезиса о включенности зависит от того, существуют ли моральные нормы, которые легитимно управляют нашим поведением; если нет, то этот тезис тривиально ложен. Второе на том, что у нас нет эпистемической возможности обосновать модель инклюзивной правовой системы через практики, соответствующие некоторому конкретному набору норм, которые, как мы знаем, правильно отражают требования морали. Даже в этом случае, если модель непротиворечива, выдвигается онтологическое утверждение о том, что инклюзивные правовые системы могут существовать в мирах, подобных нашему.

Однако онтологическое утверждение о том, что в мирах, подобных нашему, могут существовать инклюзивные правовые системы, ничего не говорит о том, находимся ли мы в том эпистемическом положении, чтобы точно установить, что некая существующая система успешно внедряет моральные критерии действительности. Очевидно, что мы можем проверить, наделяет ли система судей полномочиями обязывать других должностных лиц выполнять морально ошибочные решения, а значит, находимся в том эпистемическом положении, чтобы уверенно исключить, что некая существующая система является инклюзивной. Однако мы не можем сделать вывод о том, что правовая система успешно внедряет моральные критерии действительности, на основании того факта, что должностные лица всегда приходят к согласию по соответствующим вопросам морали. Если взгляды на мораль оказываются неверными достаточно часто (что считается *достаточно* частным, вообще не понятно), то систему нельзя охарактеризовать как инклюзивную. А раз мы не можем с уверенностью разрешить эти вопросы, мы не можем с уверенностью охарактеризовать некую существующую правовую систему как инклюзивную.

<sup>17</sup>Метаэтический нигилизм, как я использую этот термин, утверждает, что не существует моральных норм, которые, будучи объективными, легитимно управляют нашим поведением. Как иногда говорится, нет ни правильного, ни неправильного.

Тот факт, что ни тезис о включенности, ни подкрепляющие его аргументы, представленные в этой книге, не влекут за собой ничего, что объяснило бы юридическую практику в любой существующей правовой системе, может показаться подтверждением мнения тех, кто считает, что заниматься концептуальной юриспруденцией не следует. Интуитивное объяснение этой точки зрения состоит в том, что неправильно направлять ограниченные ресурсы на решение проблем, когда эти решения не имеют практического значения для существующих юридических практик, особенно, когда эти ресурсы могут быть столь же продуктивно направлены на решение проблем, которые говорят нам нечто о том, какой должна быть наша юридическая практика.

Но во всем этом нет ничего удивительного. В первой главе допускалось, что концептуальные утверждения о праве лишены как нормативных следствий в отношении того, какими должны быть наши юридические практики, так практического значения, которое позволило бы нам объяснить существующие правовые системы. Концептуальные теории права могут быть довольно симпатичными, но в остальном они бесполезны.

Бесполезность такого теоретизирования есть то, что скрывается за недовольством в занятии концептуальной юриспруденцией; согласно этому странному антифилософскому взгляду, единственным оправданием проведения теоретического исследования является то, что оно может привести к чему-то, что обладает инструментальной ценностью. В первой главе я утверждал, что проведение теоретического исследования не обязательно должно быть оправдано его инструментальной ценностью; достаточно лишь того, чтобы способствовало приращению нового знания.

Тот факт, что исследование приводит к знанию, не делает его интересным; есть много совершенно неинтересных и непримечательных истин о мире. Возможно, истины концептуальной юриспруденции относятся к их числу. В любом случае, я не питаю иллюзий по поводу того, что я здесь написал: допуская, что я каким-то образом пришел в основном к правильным выводам, я уверен, что я не сказал ничего, что *должно было бы*, в некотором объективном смысле, вызвать интерес к теме, которая раньше интереса не имела.

Принимая это во внимание, я надеюсь, что те, кто потратил время на чтение этого текста, нашли в нем нечто, что оправдало бы их усилия. Если бы я не считал, что в этом предприятии есть нечто ценное, то я бы не стал тратить на него столько часов и уж точно не стал бы тратить на подобные вопросы больше времени, чем было абсолютно необходимо для извлечения той разумной выгоды, которая, по моему мнению, могли бы их оправдать. Мое отношение к этой теме сформировалось под влиянием великолепия, которое я обнаружил в работах других концептуальных юристов. Я надеюсь, что читатели смогут обнаружить здесь нечто подобное этому великолепию.

**К.Э. Химма, з.ғ.д., Вашингтон университетінің Жоғары заң мектебі (Сиэтл қ., АҚШ): Құқықтың моралі мен табиғаты. 8 Тарау. Құқықтық шындықтың моральдық критерийлерінің тұжырымдамалық мүмкіндігі.**

«Көрнекті ғалымдардың еңбектерінің аудармалары» айдарында профессор Кеннет Химманың «Құқықтың моралі мен табиғаты» кітабының сегізінші тарауының аудармасы жарияланады.

Кеннет Эйнар Химма – американдық заңгер ғалым, аналитикалық құқық философиясы, этика және саяси философия саласындағы танымал маман. Осы жылдар ішінде АҚШ, Еуропа және Латын Америкасындағы бірқатар университеттердің шақырылған профессоры.

Кітаптар мен ұжымдық монографиялардың авторы, соның ішінде *Unpacking Normativity – Conceptual, Normative and Descriptive Issues* (with Miodrag A. Jovanović and Bojan Spaić, 2018), *Law as an Artifact* (with Luka Burazin and Corrado Rovarsi, 2018), *Morality and the Nature of Law* (2019), *Coercion and the Nature of Law* (2020), *The Artifactual Nature of Law* (with Luka Burazin, Corrado Rovarsi, Paweł Banaś, 2022).

*Түйінді сөздер: Құқық философиясы; құқықтық шындық; құқықтық ұғымдар; құқықтық институттар; мемлекет; қоғам.*

**K.E. Himma, Doctor of Law, Higher School of Law, University of Washington (Seattle, USA): Morality and Nature of Law. Chapter 8. The Conceptual Possibility of Moral Criteria of Legal Validity.**

The translation of the eighth Chapter of Professor Kenneth Himma's book *Morality and the Nature of Law* is published in the section "Translations of the works of the famous scientists".

Kenneth Einar Himma is an American legal scholar, a well-known specialist in the field of Analytical Philosophy of Law, Ethics and Political Philosophy. For many years he has been a visiting Professor at a number of Universities in the USA, Europe and Latin America.

Author of books and collective monographs, including *Unpacking Normativity – Conceptual, Normative and Descriptive Issues* (with Miodrag A. Jovanović and Bojan Spaić, 2018), *Law as an Artifact* (with Luka Burazin and Corrado Roversi, 2018), *Morality and the Nature of Law* (2019), *Coercion and the Nature of Law* (2020), *The Artificial Nature of Law* (with Luka Burazin, Corrado Roversi, Paweł Banaś, 2022).

*Keywords: philosophy of law; legal reality; legal concepts; legal institutions; state; society.*

Для цитирования и библиографии: Химма К.Э. Мораль и природа права. Глава 8. Концептуальная возможность моральных критериев юридической действительности // Право и государство. № 4 (101), 2023. – С. 38-59. DOI: 10.51634/2307-5201\_2023\_4\_38

Материал поступил в редакцию 15.10.2023.



## НОВЫЕ КНИГИ

**Лесив Б.В. Правовой реализм Оливера У. Холмса: учение об онтологии прецедентного права: монография / под общ. ред. Е.А. Фроловой. – М.: Проспект, 2023. – 296 с.**

ISBN 978-5-392-39744-0

Оливер Уэнделл Холмс (1841-1935) – один из известнейших и наиболее цитируемых американских правоведов, судья Верховного Суда США с 1902 по 1932 г.

Основоположник ряда социолого-реалистических направлений в истории правовой мысли. Его идеи и наблюдения, получившие развитие в течениях правового реализма и социологической юриспруденции, заложили основу для нового понимания права и дали ответ на многие вопросы, неразрешимые в рамках концепций формализма, позитивизма, нормативизма и юс-натурализма.

В монографии представлен не только контекстуальный анализ правовой мысли

О. Холмса, но и юридический перевод многих ранее не исследованных в России аутентичных текстов его произведений.

Книга будет интересна ученым, практикующим юристам, а также всем, кто увлекается историей правовых учений, юридической компаративистикой, вопросами зарубежного законодательства, особенно системами общего (прецедентного) права