

МИНИСТЕРСТВО НАУКИ И ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ РОССИЙСКОЙ
ФЕДЕРАЦИИ
ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ АВТОНОМНОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ
УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
«РОССИЙСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ ДРУЖБЫ НАРОДОВ»
Учебный институт: Юридический

Кафедра Теории права и государства

«Допустить к защите»

Заведующий кафедрой
теории права и государства
проф., д.ю.н. Клишас А.А.

«_____» _____ 2021 г.

Выпускная квалификационная работа бакалавра

Направление 40.03.01 «Юриспруденция»

ТЕМА Природа права в концепции права Густава Радбруха и дуальной
теории права Роберта Алекси

Выполнил студент Коренькова Анастасия Дмитриевна

Фамилия, имя, отчество

Группа ЮЮРбд-06-17

Студ. билет № 1032171392

Научный руководитель:
Сатторов Ш. Ш., ассистент кафедры
теории права и государства

(подпись)

Автор _____
(подпись)

г. Москва 2021 г.

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение	3
Глава 1. Природа права в концепции Г. Радбруха	
1.1 Понятие справедливости, целесообразности и безопасности как составляющих «идеи права»	6
1.2. Соотношение элементов «идеи права»	12
1.3 «Формула Радбруха» как основа философско-правовой критики позитивизма.....	18
Глава 2. Дуальная теория права Р. Алекси	
2.1 Методологические и философские основы концепции права Р. Алекси ..	23
2.2 Основы теории рационального юридического дискурса Р. Алекси в защиту действительности формулы Радбруха	29
2.3 Теория деления норм на правила и принципы в контексте доктрины балансировки Р. Алекси.....	38
Глава 3. Особенности разрешения дел с помощью формулы Г. Радбруха и концепции Р. Алекси	
3.1 Реализация основных положений теорий Г. Радбруха и Р. Алекси при рассмотрении дел судами.....	42
3.2 Позиция Р. Алекси по вопросу применения формулы Радбруха в решениях высших судов.....	47
3.3 Применение доктрины взвешивания Р. Алекси и балансирования при рассмотрении дел высшими судами.....	52
Заключение	60
Список использованных источников	62

Введение

Густав Радбрух (1878–1949) – один из представителей юридического неокантианства, базирующегося на понятии категорического императива, различии сущего и должного и особой системе ценностей. Основу его философии составляют понятия «идея права», «формула Радбруха» и правовые догмы. Его последователь Роберт Алекси (1945 – н.в.), профессор Кильского университета, приводит свою теорию рационального юридического дискурса в защиту основных положений концепции Радбруха. Также он обосновывает теорию конституционных прав, основанную на неопозитивистском понимании права, и концепции балансировки и взвешивания, которые и в настоящее время используются при разрешении дел высшими судами.

Понятие права по Радбруху не тождественно закону, в отличие от позитивистских концепций. Представление о различии и соотношении права и закона у него выражаются в понятии «идея права», «надзаконное право», что отличается от других концепции кантианства, у которых критерием разграничения являлось «естественное право». При этом Радбрух не отождествлял «надзаконное право» со справедливостью, он в рамках принадлежности к неокантианскому философскому течению наполнял это понятие культурными ценностями.

Алекси приводит свое определение понятия права, представляющее собой синтез нормативизма Г. Кельзена и правового натурализма Г. Радбруха. Главный мотив философии права Алекси – «институционализация разума» как сочетание реального и идеального измерений права. В основе его теории лежит претензия на правильность: закон обязательно должен стремиться к правильности, он не должен быть внутренне противоречивым и принципиально нелогичным. Поскольку закон принуждает к поведению и дает людям веские основания для действий, требуемая им правильность также должна быть моральной.

Актуальность данной темы исследования обусловлена фундаментальной проблемой поиска критериев разграничения понятий права и закона в теории государства и права, имеющей не только теоретическую, но и практическую значимость для правоприменения.

Новизна исследования состоит в комплексном исследовании двух концепций с учетом особенностей реализации их положений при разрешении дел высшими судами.

Степень научной разработанности темы. В трудах Б.А. Кистяковского приводится анализ положений концепции правопонимания Г. Радбруха, касающихся плюрализма подходов к понятию права. Значительный интерес представляет работа Л. Гринберга и А. Новикова «Критика современных буржуазных концепций справедливости», в которой приводится исследование концепции справедливости Радбруха. Е. В. Булыгин исследовал вопрос о моральной правильности в теории Р. Алекси.

Цель исследования – анализ концепций права Г. Радбруха и Р. Алекси с точки зрения критериев разграничения позитивизма и непозитивизма и реализации сформулированных положений в судебной практике.

Задачи исследования:

1. Исследовать понятия и взаимодействие элементов «идеи права» в концепции Г. Радбруха.
2. Изучить «формулу Радбруха» в качестве философско-правовой критики позитивизма.
3. Выявить методологические и философские основы концепции права Р. Алекси и ее соотношение с концепцией Г. Радбруха.
4. Исследовать доктрину конституционных прав и концепцию балансировки Р. Алекси.
5. Изучить практику правоприменения «формулы Радбруха» и концепции Р. Алекси в решениях высших судов.

Методологической основой настоящего исследования выступает диалектический метод познания, а также основные общие методы научного

познания при использовании таких специально-юридических методов, как формально-юридический и историко-правовой метод.

Объект исследования: концепция правопонимания Густава Радбруха и дуальная теория права Роберта Алекси.

Предмет исследования: понятие природы права в контексте поиска авторами концепций критериев разграничения понятий права и закона, в том числе с точки зрения их значения в правоприменительной практике.

Структуру дипломной работы составляют введение, три главы, девять параграфов, заключение и список использованных источников

Глава 1. Природа права в концепции Г. Радбруха

1.1 Понятие справедливости, целесообразности и безопасности как составляющих «идеи права»

Смысл права, по Радбруху, состоит в служении идее права. К ней же стремится и понятие права. Центральный элемент теории Радбруха – понятие «идея права» – состоит из трех элементов: справедливости (Gerechtigkeit), целесообразности (Zweckmäßigkeit) и правовой стабильности (Rechtssicherheit).

Первый элемент «идеи права», справедливость, помогает определить конкретную ценность, которой должен служить закон. В отличие от Р. Штаммлера, Радбрух считал невозможным установление права при его полном отделении от понятия справедливости. Такой подход к справедливости – типичный для неокантианских концепций. Главное в нем – это разрыв и противопоставление между понятиями сущего и должного. Радбрух, рассуждая о природе справедливости, пишет: «У нас есть также все основания рассматривать справедливость в качестве исходного пункта, так как Справедливое, подобно Добру, Истинному, Прекрасному - абсолютно, то есть ценность, которую нельзя вывести ни из какой другой ценности»¹. Справедливость нельзя вывести из морального идеала, по Радбруха, потому что их предметы различны. Предмет справедливости – социальные отношения, а морального идеала – сам человек. Моральный идеал обретает смысл в идеальном человеке, справедливость – в идеальном общественном строе. Определяя справедливость, Радбрух придерживается точки зрения Аристотеля, согласно которой выделяется справедливость распределительная и уравнивательная. Первая предполагает отношения координации, вторая – отношения субординации. Уравнивательная справедливость – справедливость частного права, распределительная – публичного права.

¹ Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С.85

Идея справедливости Радбруха имеет в виду распределительную справедливость, в сущности, означающую равенство, к которой должно стремиться право. Отношения распределительной справедливости требуют участия по крайней мере трех сторон, при том одно из них предоставляет другим права и накладывает определенные обязательства. При этом такая справедливость принимает различные значения: с одной стороны, она может относиться к вещам или людям; с другой стороны – ее можно рассматривать как абсолютное или относительное равенство. Распределительная справедливость требует всеобщности и равенства при применении норм к их адресатам, наличие у всего одинакового объема прав и обязанностей, а также равный объем правоспособности и дееспособности. При этом указывается, что «равенство в действительности не есть нечто данное, оно всегда лишь абстракция данного неравенства, рассматриваемого с определенной точки зрения»².

С другой точки зрения, предлагаемой Радбрухом, справедливым или несправедливым можно обозначить применение закона, следование ему и, наконец, сам закон. Первый вид справедливости, который называется честностью (*Rechtlichkeit*), более присущ судьям. Кроме того, Радбрух отмечает, что оценка с точки зрения справедливости закона служит ориентиром для принятия решения о необходимости его соблюдения.

Вслед за Аристотелем, Радбрух также выделяет правовую (*Gerechtigkeit*) и этическую (*Billigkeit*) справедливость. Аристотель отмечал, что эти виды справедливости не должны противопоставляться друг другу: обе разновидности справедливости – это не различные ценности, а всего лишь разные пути достижения единой правовой ценности. Методологическое различие между этими видами Радбрух видел в дедуктивном и индуктивном методах познания. Правовая справедливость на основе частных случаев выводит правовую норму в виде некоего общеобязательного правила,

² Там же. С. 102

обладающего нормативностью, в то время как этическая справедливость относится только лишь к частному случаю. Следует отметить, что этическая справедливость перестает быть таковой и переходит в форму правовой, если она находит свое отражение в виде правовой нормы.

Справедливость, по мнению Радбруха, должна обретать конкретную форму с учетом цели государства. В связи с этим вторым элементом идеи права выступает целесообразность (*Zweckmäßigkeit*). Целесообразность – единственный элемент идеи права, который считается релятивистским. В обычном понимании целесообразность связывается с пригодностью каких-либо методов для достижения какой-либо цели. Целесообразность в концепции Радбруха – нечто совершенно иное. В данном случае имеются в виду не средства для достижения цели, а сами цели, при том только те, которые можно рассматривать в качестве «абсолютной ценности»³. Радбрух пишет: «Существует всего лишь три вида предметов, которые могут быть опосредованы абсолютной ценностью. Это – отдельные человеческие личности, человеческие личности в целом и результаты человеческого труда»⁴. Предполагается существование трех ценностей: индивидуальных, коллективных и творческих. Понятие целесообразности вытекает из выбора различных точек зрения на право, государство и личность, и на этой основе выстраивается философско-правовое учение о политических партиях.

В рамках индивидуалистической концепции творческие и коллективные ценности служат личностным ценностям, при этом культура формирует личность, а государство и право ее защищают и стимулируют. Для надындивидуалистической концепции личностные и творческие ценности служат коллективным, культура и нравственность находятся на службе государства и права. Наконец, трансперсональная точка зрения исходит из

³ Alexy R. A defence of Radbruch's formula. In *Recrafting the rule of law: The limits of legal order*, ed. D. Dyzenhaus. Oxford: Hart Publishing, 1999. С. 65-72

⁴ Радбрух Г. *Философия права*. М., 2004. С. 71

того, что личные и коллективные ценности служат творческим ценностям, на службе культуры – нравственность, государство и право.

Для индивидуалистической концепции конечная цель – свобода, для надывидуалистической – нация, для трансперсональной – культура.

Индивидуалистическая и надывидуалистическая концепции верифицируются посредством анализа идеологий политических партий (*rechtsphilosophische Partienlehre*). Индивидуалистическая концепция воплощается в демократической, либеральной и социалистической идеологиях. Индивидуалистический взгляд на свободу видится в таком понятии, как права и свободы человека. Индивид в такой идеологии – это нечто среднее между индивидуальностью и личностью. По мнению приверженцев либерализма и демократизма, индивид рассматривается без учета каких-либо особенностей, как «индивид без индивидуальности». Но различие между этими концепциями обнаруживается в том, что либералы признают индивида бесконечной ценностью, а демократы ограничивают ее ценностью большинства⁵. В связи с этим индивидуальная свобода в рамках либерализма может противопоставить себя большинству, в то время как в демократии свободой наделено только абстрактное большинство. Индивид в представлении социалистической идеологии рассматривается с той же позиции, как и в либеральной и демократической. Однако представители социализма не признают принципа формального равенства, придерживаясь принципов уравнительной справедливости. Индивид в данной идеологии рассматривается с учетом его социально-экономического положения. В экономической сфере жизни общества социализм противопоставлен индивидуализму, так как хозяйственная жизнь изучается с позиций ее подчинения надывидуальному регулированию. В конечном счете даже такое регулирование направлено на пользу индивидам.

⁵ Гурвич Г.Д. Юридический опыт и плюралистическая философия права // Философия и социология права: Избранные сочинения. СПб., 2004. С.397-398

Индивидуалистической концепции противостоит надындивидуалистическое учение. Данное учение воплощает свое видение государства и права как иерархического организма, власть над которым принадлежит главе государства. Девиз надындивидуалистической концепции «здравый смысл против личных интересов»⁶. Индивид рассматривается здесь как «винтик», часть некоего целого, не обладающая отличительными чертами. Каждый из индивидов тем не менее имеет свою значимость в контексте стремления к цели государства. Присущая надындивидуалистической концепции идея национальной индивидуальности, настаивающей на уникальности отдельно взятой нации рано или поздно теряет свое значение, т.к. культурные ценности по своей природе являются международными. Радбрух пишет: «нельзя рассматривать немецкую истину, красоту или мораль в качестве задач культурной деятельности, также не существует какого-либо особенного немецкого бога»⁷.

Католицизм занимает промежуточное положение между индивидуалистической и надындивидуалистической концепциями. Церковь здесь выступает в роли организма, в котором, образно говоря, части тела служат всему целому. Индивид несет себе религиозную ценность, что роднит католицизм с индивидуализмом. Государство и право либо созданы по аналогии с церковью, либо имеют целью служить индивидуальным ценностям. В этом положении католицизм может лавировать между индивидуалистическим и надындивидуалистическим мировоззрением, привлекая на свою сторону различные политические силы.

В своей «Философии права» Радбрух не анализирует политические последствия трансперсональной концепции, ссылаясь на то, что эта идея еще не нашла своего воплощения в реальности. Однако в своем труде «Kulturlehre des Sozialismus»⁸ Радбрух, описывая культуру социализма как одного из

⁶ Alexy R. A defence of Radbruch's formula. In *Recrafting the rule of law: The limits of legal order*, ed. D. Dyzenhaus. Oxford: Hart Publishing, 1999. С. 87

⁷ Radbruch G. *Kulturlehre des Sozialismus*. Verlags GmbH, 2000. С. 278

⁸ Radbruch G. *Kulturlehre des Sozialismus*. Verlags GmbH, 2000. С.134-137

проявлений индивидуализма, указывает на ее родство с неким «культурным идеалом», который, согласно его более поздней классификации, может найти свое воплощение только в рамках трансперсональной концепции. Схожими чертами в данном случае выступают, во-первых, наличие школы «общего духа» (Schule gemeinsamen Geistes), соединяющей в себе общинную, рабочую и светскую школы. Во-вторых, присутствие «духа сообщества» (Geist der Gemeinschaft), чувства общности, присущего всем гражданам. В-третьих, это оптимизм, являющийся «религией без священника, церкви и бога». Связь отдельно взятого человека с народом, с национальным сообществом, с нацией может осуществляться в рамках трансперсоналистической концепции только через культуру и только при условии, что человек является частью культурного сообщества⁹. Радбрух пишет: «Цель сообщества состоит не в индивидуальной культуре, не в книге, пылящейся в библиотеке, не в статуе, покоящейся на земле, а в культуре, представляющей собой сочлененное целое, живое единство, в которое объединяются все культурные произведения. Таким образом, это единство лежит не в самих работах, а в сознании, объединяющем их, не в индивидуальном сознании, неспособном поглотить всю культуру, а в сознании народа и человечества»¹⁰.

Как известно, понятие справедливости – категория абстрактная, имеющая свойство изменчивости, для каждого отдельно взятого человека и какой-либо социальной группы оно будет различно. Если связать право с понятием, не имеющим однозначной трактовки, то при этом однородное правовое регулирование не представляется возможным. В связи с чем Радбрух вводит третий элемент «идеи права» - правовую определенность или стабильность (Rechtssicherheit), имеющий чисто правовую природу. Правовая определенность состоит из правовой неизменности, правовой

⁹ Martin D. Klein Demokratisches Denken bei Gustav Radbruch. BWV Verlag, 2007

¹⁰ Radbruch G. Kulturlehre des Sozialismus. Verlags GmbH, 2000. С.170

осведомленности и правовой безопасности¹¹ и настаивает на необходимости позитивации справедливости в виде законов.

Регулятивная функция права напрямую связана с установлением объективного порядка и обеспечением безопасности. Одно из главных назначений правового регулирования – порядок и стабильность в обществе. Непознаваемость естественного права и связанная с этим проблема невозможности установления на его основе правопорядка, согласно мнению Радбруха, принуждает к необходимости точного соблюдения позитивного закона. «Позитивность права» в данной концепции – разновидность безопасности. Соблюдение законов, независимо от их содержания, – как правовая, так и нравственная обязанность индивида, потому что существование закона выполняет нравственную цель – обеспечивает правопорядок¹². Позитивное право – составной элемент «правильного права» и одновременно его предпосылка.

Таким образом, если для определения понятия права в концепции Радбруха достаточно одного лишь понятия справедливости, то для раскрытия понятия «идея права» необходимо исследовать в рамках релятивистского подхода три категории, ее составляющие, – справедливость, целесообразность и правовую стабильность.

1.2. Соотношение элементов «идеи права»

Основу философии права Радбруха составляет постоянная борьба между тремя элементами правовой идеи (справедливостью, целесообразностью и правовой определенностью), которая вызвана непреодолимым конфликтом антиномических ценностей. Одним из ключевых вопросов в данной концепции является проблема наличия либо отсутствия иерархичности элементов правовой идеи. Попытка установить надлежащий баланс между составляющими «идеи права» – основная идея, находящая отражение в работах

¹¹ Шавеко Н.А. Идея права по Густаву Радбруху // Вестник Удмуртского университета. Серия «Экономика и право». 2017. №5. С. 34

¹² Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С.89

Радбруха. Объединяя мораль (справедливость) и позитивность (правовую определенность) в своей концепции права, Радбрух предлагает «третий путь» между естественно-правовыми и позитивистскими концепциями. Однако нельзя не упомянуть слова В. Макгофера, который, критикуя концепцию Радбруха, говорил: «Радбрух хотел уйти от позитивистского кредо " закон есть закон и ни в каком обосновании не нуждается ", однако остался при старой позитивистской формуле "pereat mundus et fiat justaia" ("пусть свершится правосудие, хотя бы погиб мир")»¹³.

В «Философии права» содержатся отрывки, где говорится, что правовая определенность выступает в качестве основного элемента идеи права, особенно при определении роли судьи в правовой системе. Нравственный и профессиональный долг судьи состоит в том, чтобы применять закон, не задаваясь вопросом о его справедливости. Первая задача права – это обеспечение правовой стабильности, безопасности и мира¹⁴. В то же время Радбрух отвергает абсолютный приоритет правовой определенности, указывая на равенство всех трех элементов идеи права («три элемента идеи права равноценны и в случае конфликта между ними однозначное решение невозможно») и отрицает приоритет правовой определенности и позитивного права. Во «Введении в право» Радбрух пишет о том, что стабильность – первая задача права, а справедливость – вторая¹⁵.

Рассматривая проблему действительности права, неизбежно сталкиваешься с антиномиями правовой сферы. Эта проблема сводится к тому, каким образом воля государства или группы лиц порождает общеобязательность правовых норм. В этой связи возникает вопрос: любое ли предписание, исходящее от компетентного органа, даже если оно издано с целью обеспечения мира и порядка, обладает действительностью? Существуют такие ситуации, когда несправедливый и нецелесообразный закон, отвечающий принципу

¹³ Гринберг Л.Г., Новиков А.И. Критика современных буржуазных концепций справедливости. Ленинград: Наука, 1977. С.567-568

¹⁴ Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 160

¹⁵ Там же. С. 198

безопасности, может распространять свое действие на субъектов правоотношения. Но Радбрух признает, что «вполне мыслимы случаи, когда содержание неправомерных актов, степень их несправедливости или нецелесообразности столь значительны, что правовая стабильность, гарантированная действующим правом, не может приниматься во внимание». Однако в данном остаются неясными критерии, по которым можно судить о степени несправедливости и нецелесообразности нормативно-правового акта. В результате можно сделать вывод о невозможности доказывания действительности всего позитивного права; правовая норма в конечном счете подвергается индивидуальной моральной оценке¹⁶.

Антиномичность правовой системы – это не недостаток, а всего лишь одна из ее характерных черт. Истинный метод познания права состоит в выявлении антиномий и сохранении их в целом. В различные эпохи предпринимались попытки возвысить один элемент идеи права над другими. Так, на первый план в полицейском государстве выдвигалась целесообразность в ущерб справедливости и правовой определенности; позже приверженцы естественно-правовой теории отождествляли право с моралью и только лишь на этой основе обосновывали содержание и действительность права. Эпоха позитивизма рассматривала право с точки зрения его позитивности и стабильности, отказываясь от критической оценки нормативных предписаний, в результате чего была устранена возможность прогнозирования изменений в праве, а правовая философия оказалась лишена предмета исследования. Анализируя подход к праву в контексте сменяющих друг друга эпох, Радбрух делает вывод о «противоречивой многоликости» идеи права. Для устранения ошибок прошлого современная правовая концепция должна принять антиномичность правовой сферы и основываться на своеобразии идеи права¹⁷.

¹⁶ ¹⁶ Гурвич Г.Д. Юридический опыт и плюралистическая философия права // Философия и социология права: Избранные сочинения. СПб., 2004. С.403

¹⁷ Там же. С.400

Автор концепции рассматривает юридическую, социологическую и философскую теории законности права с точки зрения возможности обоснования действительности права. Юридическая теория основывается на возможности обоснования обязательственной силы нормы вследствие ее выведения из других норм, к примеру, из конституции. Эта теория не может дать ответ на вопрос о том, из чего возникает действительность самой основной нормы. Социологическая теория обосновывает действительность права подкрепленностью его силой, и любая сила, превосходящая предыдущую, одновременно наследует и право. Философская теория основывается на естественно-правовых воззрениях, т.к. ее сторонники выводят и понятие права, и его действительность только лишь из понятия справедливости. В таком случае позитивное право никак не может конкурировать с естественным, а вопрос о действительности права в принципе не подлежит разрешению. Радбрух заключает, что все эти теории имеют право на существование, но ни одна из них не может решить эту проблему вследствие антиномизма идеи права.

Допустим, существует возможность разрешения противоречий между требованиями справедливости, целесообразности и правовой определенности посредством принятия положения, согласно которому рассуждения о справедливости имеют своим предметом подлинное понятие права, рассуждения по поводу цели оценивают ценность его содержания, а рассуждения по поводу правовой стабильности касаются проблемы законности права. Но такое решение невозможно, т.к. существуют правовые нормы, существование которых основывается только лишь на одном из элементов идеи права. К примеру, равенство всех перед законом и запрет на создание чрезвычайных судов – на требовании справедливости, при этом возможно противоречие с принципами целесообразности и безопасности; технические нормы, закрепленные в законе, основаны лишь на принципе безопасности, соответственно, возможны противоречия при рассмотрении их с позиций справедливости и целесообразности. Также презумпция статус кво в области международного права, защита фактического владения

основываются лишь на идее правовой стабильности, при этом справедливость отходит на второй план.

Соотношение и взаимодействие права и закона, кроме понятия «идеи права», у Радбруха выражалось также в концепции «надзаконного права». Радбрух, в отличие от юснатуралистских концепций, не отождествлял «надзаконное право» со справедливостью, он в рамках принадлежности к неокантианскому философскому течению наполнял это понятие некими культурными ценностями. «Юридическая наука должна вновь вспомнить о тысячелетней мудрости античности, христианского Средневековья и эпохи Просвещения, о том, что есть более высокое право, чем закон, - естественное право, божественное право, разумное право, короче говоря, надзаконное право, согласно которому неправое остается неправым, даже если его отлить в форму закона» - писал Радбрух. Позитивизм сам по себе не в состоянии обосновать действительность закона, она заключается в той ценности, которая присуща закону.

Работы Радбруха можно рассматривать с точки зрения их неявной критики теории Кельзена о «чистом праве». Интегрируя справедливость в идею права, Радбрух отвергает тезис Кельзена о том, что любые акты, исходящие от власти, являются по своей природе правовыми. В своей работе «Законное неправое и надзаконное право» Радбрух критикует позитивистский тезис «закон есть закон», возможно, это заявление было адресовано в сторону легистского позитивизма Кельзена, господствующего в 20-х годах XX века. Эта концепция, воплотившись в жизнь, сделала беззащитными граждан от произвола государственной власти и заставила подчиниться несправедливым фашистским законам¹⁸. Позитивное право в понятии Радбруха – некий порядок и совокупность законов, призванных, в сущности, своей служить справедливости.

¹⁸ Haldemann F. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A debate on Nazi law. Ratio Juris, 2005. С. 10

Радбрух отдельно упоминает о существовании так называемых «ущербных законов» (Schadengesetzen), которым сама совесть человека отказывает в подчинении. Среди таких законов практически все, выражавшие фашистскую идеологию, к примеру закон о признании отдельных народов или наций неполноценными, о запрете критики в адрес властей, о применении карательных мер в адрес социалистов.

Особое внимание в «Законном праве...» уделяется анализу неправовой природы фашистского режима. Гитлер, по мнению Радбруха, пытался с помощью законов легитимизировать свою фашистскую идеологию, придав ей форму и видимость правды. Гитлер, не обладающий правовым чувством, возводил произвол в закон. Установившийся режим с изданием первых законов дал понять, что он никаким образом не признает равенства в смысле равного отношения к равным.

Радбрух не разграничивает понятие и действие права: только то, что является правом имеет юридическую силу¹⁹. Тезис о стремлении права к правильному выступает в качестве основополагающего во всей правовой концепции. Можно сказать, что Радбрух предпринимает попытку разграничить «неправо» (законы, не считающиеся со справедливостью, и поэтому не подлежащие применению) и «неправильное право» (дефектное право, имеющее в своей основе только принцип стабильности). Неправом считается произвольные действия государства и законы, отрицающие принцип равенства, даже если в них заложены идеи целесообразности и стабильности. Неправильное право подлежит применению, если отсутствует возможность доказать его несправедливость из-за антинонимичности правовой идеи и оно обеспечивает правовую стабильность. Нарушением права (закона) Радбрух называет неподчинение требованиям закона, за исключением случаев, в которых этот закон не является правовым по своей природе (является «неправом»).

¹⁹ Шавеко Н.А. Идея права по Густаву Радбруху // Вестник Удмуртского университета. Серия «Экономика и право». 2017. №5. С. 36

Подводя итог, можно сделать вывод о наличии некой двусмысленности и неопределенности в вопросе о иерархии элементов правовой идеи. Между тремя столпами идеи права существует постоянное напряжение. При подробном рассмотрении обнаруживается непреодолимое противоречие составляющих правовой идеи: во-первых, норма может быть основана только на одном из элементов идеи права, во-вторых, каждый из элементов в определенных случаях вступает в конфронтацию с другими.

1.3 «Формула Радбруха» как основа философско-правовой критики позитивизма

Поздние работы Радбруха, изданные им после 1945 года под непосредственным впечатлением от двенадцатилетней нацистской диктатуры, вызвали широкую общественную дискуссию. В этих работах Радбрух изложил свой взгляд на законы, изданные в период Третьего рейха, и предложил вариант решения проблем, связанных с осуществлением правосудия.

Радбрух в своей работе «Законное неправое и надзаконное право» вводит так называемую «формулу Радбруха»: «когда действующий закон становится столь вопиюще несовместимым со справедливостью, что закон как «несправедливое право» отрицает справедливость, ...когда к справедливости даже не стремятся, а когда равенство сознательно отрицается в правотворческом процессе, тогда закон ... является неправовым по своей природе»²⁰. Как можно заметить, в данной формуле предложен некий «отрицательный» критерий справедливости (явное отрицание принципа равенства), однако отсутствует указание на «положительный» критерий, т.е. то, каким признакам должен соответствовать справедливый закон.

Ряд исследователей видят в формуле две отдельные составные части²¹:

1. Формула невыносимости: позитивный закон перестает быть действительным, если его отклонение от справедливости достигает «невыносимого уровня».

²⁰ Радбрух Г. Законное неправое и надзаконное право // Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С.240

²¹ Haldemann F. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A debate on Nazi law. Ratio Juris, 2005. С. 13

2. Формула отклонения: позитивные законы лишены юридической силы, когда в них сознательно нарушается принцип равенства, являющийся сердцем справедливости.

Некоторые правоведы понимали эти части как независимые друг от друга, разграничивая их по критерию объективности и субъективности и указывая на необходимость «перекрытия» двух формул для их применения в судебной практике. Но звучат мнения о том, что «по мысли Радбруха, вторая трактовка формулы – это четкое применение первой»²² и «представляется такое разграничение искусственным: в действительности под «невыносимой справедливостью» имеется в виду именно «отрицание справедливости»²³.

Формула Радбруха – это не только один из основных тезисов философии права Радбруха, она оказала сильное влияние на немецкую правоприменительную практику. Сам автор формулы не сомневался в ее практической применимости, потому что она создавалась на основе анализа преступлений нацизма и имела целью решение проблемы о применении несправедливых нацистских законов. Формула Радбруха применялась Федеральным конституционным и верховным судами Германии. В первые десятилетия после войны положения, сформулированные Радбрухом, применялись при оценке действительности законов, изданных во время нацистской диктатуры. Суды в мотивировочной части своих решений прямо ссылались на формулу Радбруха. К примеру, в своем решении от 12 июля 1951 года Федеральный верховный суд признал незаконным расстрел дезертира. Командир батальона, признанный виновным в совершении этого преступления, заявил, что его действия основывались на чрезвычайном приказе Генриха Гимmlера, который давал право стрелять в каждого бежавшего с поля боя. Федеральный верховный суд заключил, что данный

²² Bix. B. Radbruch's Formula and Conceptual Analysis // American Journal of Jurisprudence. 2011. №56. С. 52

²³ Шавеко Н.А. Идея права по Густаву Радбруху // Вестник Удмуртского университета. Серия «Экономика и право». 2017. №5. С. 37

приказ не имел чрезвычайного значения, ссылаясь в обоснование своей позиции на труды Радбруха:

«Этот приказ, облеченный в форму закона или постановления, не имеет юридической силы. Закон является недействительным, если он противоречит общепризнанным нормам международного права, либо естественным правам человека, либо нарушает принцип равенства, являющийся основой справедливости. Этот приказ не является правовым, его соблюдение объективно незаконно».

Формула Радбруха, в отличие от естественно-правовых воззрений, не требует равенства между законом и моралью. Она требует проверки юридической силы закона с помощью определенных минимальных стандартов справедливости. Критерий невыносимости не требует от судей обращения к понятию морали и абстрактному естественному праву. Позитивное право утрачивает свою юридическую силу исключительно в ситуации его крайней несправедливости. Только в экстремальных ситуациях (какой, к примеру, является нацистская эпоха) правовая стабильность должна уступить свое место аргументу в пользу необходимости соблюдения принципов справедливости, выступающих основой для судейского «сопротивления». Судья, столкнувшийся с законом, попирающим принцип равенства, может обосновать свое мнение, опираясь на идею о справедливости. Проблема крайней несправедливости, по мысли Радбруха, может быть устранена путем принятия во внимание тезиса о наличии некоего минимального стандарта справедливости. Но в обычное время правовая определенность имеет приоритет над справедливостью, что в итоге позволяет действующему и эффективному закону быть действительным, даже если он не является справедливым.

Дискуссионным является вопрос о том, изменились ли взгляды Радбруха после окончания Второй мировой войны. Распространено мнение о том, что Радбрух пересмотрел свои наиболее радикальные релятивистские взгляды и

занился поисками объективных стандартов справедливости²⁴. Некоторые правоведы (Г. Харт, Т.Мертенс²⁵) считают, что Радбрух отказался от позитивистских взглядов и перешел на сторону естественно-правовых воззрений. Но также является спорным тезис, согласно которому до войны Радбрух был позитивистом, более распространена точка зрения, об избрании Радбрухом «третьего» или «среднего» пути между позитивистской и естественно-правовой концепциями. Некоторые ученые считают, что изменениям подверглась иерархия элементов правовой идеи. Вольтер Оукен в своей работе «Die Ordnung der Freiheit» («Порядок свободы») пишет: «В своих поздних работах Радбрух говорит о том, что справедливость играет большую роль в идее права». Предположение о принижении роли целесообразности тоже дискуссионно. Высказывается мнение о единстве взглядов ученого во времени, его дальнейшие работы – продолжение его концепции, предложенной ранее: «более поздняя теория Радбруха является продолжением его предвоенных работ с проверкой нацистского режима в контексте его старой теории ценностей»²⁶.

Формулу Радбруха, придавшую импульс развитию естественно-правовых концепций, связывают с началом эпохи возрожденного естественного права. Однако даже под впечатлением от фашистской диктатуры Радбрух не изменил коренным образом своих взглядов. Он никогда не ставил под сомнение правовую стабильность как часть идеи права выше идеи об абстрактном естественном праве. Нет причин думать о том, что Радбрух хотел возрождения юснатурализма, согласно которому система правовых норм может быть выведена из одного лишь понятия справедливости. То, что он признавал существование естественного права, выражалось в наличии определенных прав и свобод человека, получивших свое закрепление в законодательстве. Несомненным достоинством формулы Радбруха

²⁴ Гринберг Л.Г., Новиков А.И. Критика современных буржуазных концепций справедливости. Ленинград: Наука, 1977. С. 410

²⁵ Merten M. Gustav Radbruch in der Diskussion zwischen Naturrecht und Positivismus. GRIN Verlag, 2007. С. 23

²⁶ Haldemann F. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A debate on Nazi law. Ratio Juris, 2005. С. 11

выступает тот факт, что она обеспечивает надежный баланс между правовой определенностью и правами жертв нацистского произвола.

Глава 2. Дуальная теория права Р. Алекси

2.1 Методологические и философские основы концепции права Р. Алекси

Юридиколо-философская мысль, по мнению Р. Алекси, вращается вокруг трех проблем. Первая проблема касается концепций нормы и нормативной системы. Вторая проблема состоит в определении того, что можно считать авторитетным изданием и социальной эффективностью в контексте реального действия закона. Третий вопрос: что понимать правильностью или легитимностью закона? Это проблема касается соотношения закона и морали. Также Алекси выдвигает четыре тезиса о характере философии права:

1. Философия права не ограничивается специальными правовыми проблемами, а охватывает общие философские проблемы.

2. Философия права имеет специфическую природу, поскольку она занимается специальными, юридиколо-философскими проблемами.

3. Философия права имеет особое отношение к другим отраслям философии, в частности к морали и политической философии.

4. Философия права может быть успешной, только если она сочетает в себе эти три тезиса.

Таким образом, концепция философии права Алекси требует, чтобы все эти вопросы были связаны воедино. Концепция философии права обязательно приводит к концепции системы. Всеобъемлющая идея этой системы - институционализируемая причина, которая обнаруживается в самой основе теории права Алекси. Теория основана на утверждении, что закон обязательно включает в себя как реальное или фактическое измерение, так и идеальное или критическое измерение. Примирение идеального с реальным возможно, если вообще возможно, только средствами узаконенного разума. Аргументом от идеального измерения права является то, что право заявляет претензию на правильность в моральном качестве. Эта догма необходима не только относительно поведения людей, но и законодательных актов и судебных решений, ее содержание - справедливость и право в этом измерении рационально. Эту рациональность автор обосновывает с помощью теории

дискурса, согласно которой нормативное суждение будет правильным только тогда, когда оно является результатом рационального практического дискурса. Условия дискурсивной рациональности определяются через систему принципов, правил и форм общего практического дискурса, процессуальное ядро которой составляют правила, гарантирующие свободу и равенство в дискурсе, предоставляя всем право участвовать в нем и право ставить вопросы, а также отстаивать любые точки зрения. То, что правила дискурса выражают ценность свободы и равенства, служит базисом для обоснования прав человека. Это означает, что права человека являются дискурсивно необходимыми, а их отрицание оказывается дискурсивно невозможным. Утверждение о том, что право всегда претендует на правильность, обосновывается также через перформативное противоречие: судья, выбирающий морально дефектную интерпретацию закона, при возможности его морально правильной интерпретации, действует не только аморально, но и неправомерно. Фактическое измерение права базируется на необходимости принуждения для обеспечения правовой определенности и правовой эффективности. Третий уровень заключается в согласовании идеального и реального миров. Для этого уровня требование правильности означает сочетание принципов справедливости и юридической определенности. Институционализация ума здесь осуществляется в двух аспектах - материальном и процедурном. В материальном аспекте содержится постулат о границе права, которой является крайне несправедливость. Здесь Алекси ссылается на известную формулу Радбруха: «Крайняя несправедливость не является правом», которая противопоставляется положению Кельзена: «Любое содержание может быть правом». По мнению Алекси, неспособность позитивизма признать дуальную природу права связана с методологической ошибкой: позитивизм рассматривает право с позиции наблюдателя и, соответственно, воспринимает только реальное измерение права, то, чем право «есть»; воспринять же его идеальное измерение, то, чем оно «должно быть», позволяет позиция участника. Таким образом, сочетание этих двух

перспектив: наблюдателя, внимание которого приковано к процессу принятия правового решения, и участника позволяет понять дуальную природу права. Алекси приходит к выводу, что только непозитивизм в версии инклюзивного (мягкого) непозитивизма совместим с дуальной природой права. Эксклюзивный (строгий) непозитивизм, который утверждает, что аморальные нормы не являются юридически действительными, нарушает баланс между принципами юридической определенности и справедливости, уделяя слишком мало внимания фактическому измерению права. Суперинклюзивный (супермягкий) непозитивизм впадает в другую крайность, утверждая, что моральные дефекты никогда не отрицают юридическую действительность права, а лишь делают его безусловным. Инклюзивный (мягкий) непозитивизм, позицию которого разделяет сам Алекси, утверждает, что моральные дефекты отрицают юридическую природу только тогда, когда предел крайней несправедливости нарушен. Таким образом, здесь обеим сторонам дуальной природы права уделяется должное внимание. В процедурном аспекте связь позитивности и правильности реализма базируется в форме демократического или дискурсивного, конституционализма, главные элементы которого - демократия и конституционные права. Права человека как моральные права принадлежат только идеальному измерению права, а их воплощение - конституционные (положительные) права – представляет собой усилие в совмещении идеального измерения с реальным. В идеальной демократии нет конфликта между демократией и конституционными правами. В реальной демократии он может быть, а потому возникает требование конституционного контроля. В свою очередь, тезис о дуальной природе права проливает дополнительный свет как на природу юридического мышления, так и на теорию конституционных прав. Становится понятно, что идея дуальной природы касается не только права, но и юридической аргументации, которая также имеет две стороны: реальное измерение правового мышления, связанное с судебными решениями и моральные суждения, связанные с идеальным измерением права. По сути, тезис о дуальной природе права в

аргументативно-теоретическом измерении представлен тезисом особого случая. Вместе с тем, по Алекси, тезис о дуальной природе права требует, чтобы ум был институционализирован в политической форме. Исходя из теории юридической аргументации, наиболее подходящей к этому явлению является либеральная демократия, поскольку правовой дискурс требует того, чтобы демократия и права человека были составной частью правовой системы.

Споры о позитивизме касаются соотношения трех элементов: во-первых, авторитетного издания, во-вторых, социальной эффективности и, в-третьих, правильности содержания, в том числе моральной корректности. При определении природы права все позитивистские концепции ограничиваются первыми двумя элементами. Это подразумевает, что позитивисты должны придерживаться тезиса о разделении или, по крайней мере, тезиса об отделимости. Напротив, все непозитивистские теории защищают тезис о связи, который гласит, что концепция права заключается в существовании таким образом, чтобы в него были включены моральные элементы. Согласно непозитивизму, право состоит не из двух элементов, а из трех. Это различие между этими тремя элементами и среди них может быть развито и углублено в тезисе о двойственности природы права. Этот тезис следует из утверждения, что закон обязательно включает как реальное измерение и идеальный или критический. Фактическое измерение представлено элементами авторитетного издания и социальной эффективности, тогда как идеальное измерение находит свое выражение в элементе моральной корректности. Авторитетное издание и социальная эффективность – это социальные конструкты. Если кто-то утверждает, что только социальные конструкты могут определить, что требуется, а что не требуется по закону, это утверждение равносильно одобрению позитивистской концепции права. Когда моральная правильность добавляется как необходимый третий элемент, возникает непозитивистская концепция права. Таким образом, тезис о двойственности природы подразумевает непозитивизм.

В основе непозитивистской теории права Алекси лежит тезис о связи. Он предполагает существование необходимой связи между юридической силой и юридической правильностью с одной стороны, и моральными свойствами или моральной правильностью - с другой. Алекси выделяет три способа, каким образом с точки зрения непозитивизма могут влиять моральные недостатки на юридическую силу. Первая позиция заключается в том, что любой моральный недостаток ведет к юридической недействительности. Следовательно, морально неполноценные нормы являются исключенными из законодательства. Эту крайнюю позицию можно назвать «исключительно» непозитивистской. Вторая позиция гласит, что моральные недостатки приводят к юридической недействительности только в некоторых случаях. Примером такой позиции является формула Радбруха, согласно которой моральные дефекты приводят к юридической недействительности только в том случае, если они представляют собой крайнюю несправедливость. Эту концепцию можно назвать «инклюзивным» непозитивизмом. Теория Алекси отражает эту позицию. Согласно третьей позиции, которой придерживался Кант, моральные недостатки никогда не влияют на юридическую силу. С одной стороны, Кант основывает действенность позитивного закона на непозитивистских принципах и ставит недостатки в законе в зависимость от них. Соответственно, позиция Канта - непозитивистская. С другой стороны, однако, Кант подчеркивает различие реального (каждая норма права, изданная авторитетно и социально эффективная) от идеального измерения права, считая его действительным. С точки зрения Алекси, исключительный непозитивизм придает слишком большое значение идеальному измерению права, в то время как сверхинклюзивный непозитивизм делает то же самое для реального измерения права. Таким образом, обе позиции не отражают того, что Алекси называет двойственной природой права. В тезисе о двойственной природе закон содержит фактическое измерение, определяемое авторитетным изданием и социальной эффективностью, а также идеальным измерением, определяемое

моральной корректностью. Таким образом, юридическая сила зависит как от социальных фактов, так и от моральной ценности. Только вторая позиция - инклюзивный непозитивизм – справедлива к двойственной природе закона, поскольку он не утверждает, что моральные недостатки всегда подрывают юридической силы, ни того, что они никогда этого не делают. Таким образом, Алекси поддерживает конкретную версию тезиса о связи, основанную на тезисе о двойственности природы. Это можно назвать «инклюзивным правовым непозитивизмом».

По мнению Р. Алекси, в споре между позитивизмом и непозитивизмом аргумент релятивизма играет решающую роль. Ганс Кельзен в этом споре утверждал, что необходимая связь между правом и моралью предполагает наличие абсолютного, объективного или необходимого морального элемента. Эта абсолютная мораль должна быть дана «априори», однако сам Кельзен существование такого элемента отрицал. Проблема позитивизма зависит от вопроса о существуют ли априорные, абсолютные или необходимые моральные элементы, этот вопрос должен быть назван, по мнению Р. Алекси, «проблемой существования».

В целом фундаментальный подход системы Алекси можно описать тремя основными характеристиками: аналитический либерализм, институционализация разума и тезис о двойственной природе. Каждая из этих характеристик подчеркивает важные черты теории Алекси, кроме того, они тесно связаны друг с другом. В качестве демонстрации этого вывода можно отметить, что аналитический метод сам по себе является примером институционализации разума, поскольку он делает упор на метод юридической аргументации. Включение фундаментальных либеральных ценностей отражает двойственную природу права.

Философия права Алекси предстает как целостная система, которая остается открытой для дальнейшего расширения смыслов. Ее главный мотив - «институционализация разума» как сочетание реального и идеального измерений права в институтах либеральной демократии - последовательно

раскрывается в трех составляющих философско-правовой системы выдающегося немецкого ученого: теории юридической аргументации, теории конституционных прав и непозитивистской концепции прав.

2.2 Основы теории рационального юридического дискурса Р. Алекси в защиту действительности формулы Радбруха

Радбрух в своей формуле исключает крайнюю несправедливость как составную часть права. Как писал Р. Алекси, в этом противостоянии он восстанавливает необходимую связь между законом и моралью, то есть между законом, как он есть, и законом, каким он должен быть. Авторитетное издание и социальное действие являются одними из характеристик закона, но при этом он не должен переступать порог крайней несправедливости. Если это произойдет, его юридический характер или юридическая сила утрачиваются. Это отрицание позитивистского тезиса о том, что существует полное разделение права и морали, и тезиса об антипозитивистской связи.

1. Концептуальная основа

Конфликт на тему правового позитивизма кажется неразрешимым, а это означает, что он относится к категории философских дебатов. В таких спорах, одновременно бесконечных, острых и упорных, можно предположить, что все участники правы в том или ином аспекте или в том или ином предположении. В своей монографии Алекси²⁷ приводит четыре различия взглядов на правовой позитивизм:

а) Норма и процедура

Первое различие касается правовой системы как системы норм и как системы процедур. Как система процедур правовая система представляет собой систему взаимодействий, зависящих от правил и регулируемых правилами, посредством которых нормы принимаются, обосновываются, интерпретируются, применяются и исполняются. Как система норм правовая система – это система результатов или продуктов процедур, предусмотренных

²⁷ Alexy R. A defence of Radbruch's formula. In *Recrafting the rule of law: The limits of legal order*, ed. D. Dyzenhaus. Oxford: Hart Publishing, 1999.

для издания норм. Понятие правовой системы как системы процедур или действий в большей степени укладывается в антипозитивистскую позицию, чем исключительный акцент на нормах как результатах таких процедур.

б) Наблюдатель и участник

Второе различие – между перспективами наблюдателя и участника. Судья стоит в центре позиции участника. Другие участники, в том числе ученые, юристы и граждане, взаимодействующие с правовой системой, могут привести свои аргументы за или против какой-либо правовой позиции, однако в конкретном споре решение выносит именно судья. Точка зрения наблюдателя привлекает того, кто задается вопросом не о том, какое решение является правильным в конкретной правовой системе, а о том, каким будет фактическое решение в конкретной системе. Легко понять, что перспектива наблюдателя больше подходит для позитивиста, а перспектива участника - для антипозитивиста.

с) Классификация и квалификация

Третья проблема связана с двумя различными видами связи между законом и моралью. Первый вид Алекси называет «классификация», второй – «квалификация». Мы имеем дело с классификационной связью, когда утверждаем, что нормы или системы норм, которые не соответствуют определенному моральному критерию, не могут быть правовыми нормами или правовыми системами. Формула Радбруха создает такую связь, поскольку исключает правовые нормы, содержащие крайнюю несправедливость, из массива действующих правовых норм. Когда кто-либо утверждает, что нормы или системы норм, которые не соответствуют определенному нравственному критерию, могут быть действующими правовыми нормами, являясь при этом юридически дефектными, то речь идет о квалификации. Концепция квалификационной связи тесно связана с претензией на правильность, поскольку, если закон обязательно предъявляет претензию на правильность, то обязательно существует квалификационная связь между законом и

моралью. Формула Радбруха, таким образом, начинается с обоснования наличия квалифицирующих связей.

(d) Аналитические и нормативные аргументы

Речь идет об аналитическом аргументе, когда утверждается, что включение моральных элементов в концепцию права концептуально необходимо. Напротив, тезис о разделении поддерживается нормативным аргументом о том, что включение или исключение моральных элементов необходимо для определенных норм (запрет на обратную силу) или для реализации определенных ценностей.

Как было сказано ранее, формула Радбруха относится к классификационной связи. Из-за неясности и двусмысленности выражения «права» (Recht), решение о правильности по формуле Радбруха в конечном счете возможно только на основе нормативных аргументов. Это приводит к совершенно разным результатам в зависимости от того, какую из точек зрения принять: наблюдателя или участника.

2. Аргумент правильности

Одним из ключевых вопросов в дискуссии о формуле Радбруха является вопрос о том, что является приемлемым с точки зрения участника правовой системы. Аргумент, согласно которому правовые системы обязательно имеют претензию на правильность, составляет основу обоснования формулы Радбруха.

Алекси для иллюстрации приводит свой пример, в котором есть явное отрицание претензии на правильность. Допустим, что в самой первой статье новой конституции государства X содержится положение, согласно которому меньшинство подавляет большинство. Конституционное собрание страны, таким образом, принимает следующее решение в качестве первого положения конституции:

X - суверенная, федеративная и несправедливая республика.

Вопрос состоит в том, в чем недостаток этого положения. Сразу можно было бы подумать об обычной текстовой ошибке. Это положение,

несомненно, противоречит обычным нормам о составе конституционных текстов, но само по себе это не объясняет недостатка. То же самое происходит, когда кто-то признает наличие морального изъяна. Возможно, можно было подумать, что в положении о несправедливости есть просто политический изъян. Однако конституция в каком-то смысле выражает волю правящей элиты, поэтому она может содержать такие положения, основанные на политической целесообразности, но при этом антидемократические. Ни текстуальные, ни моральные, ни технические недостатки не могут объяснить абсурдность положения о несправедливости. Противоречие возникает потому, что требование правильности обязательно связано с актом предоставления конституции, и в таком случае конституция прежде всего сама стремится к справедливости. Это утверждение, подразумеваемое в акте принятия конституции, противоречит явному содержанию положения о несправедливости. Такие противоречия между содержанием акта и необходимыми предпосылками Алекси называет «перформативными противоречиями».

Претензия на правильность определяет характер закона. Это исключает понимание закона как простой команды власти имущих. В законе встроено идеальное измерение, так называемое «стремление» закона. Связь формальных или процедурных аспектов с аспектами материального или материального характера позволяет принимать во внимание институциональный, а также идеальный характер права.

3. Аргумент несправедливости

Аргументация о правильности сама по себе недостаточна для обоснования формулы Радбруха, однако простое невыполнение требования правильности действительно приводит к правовой дефектности. Связку всех этих аргументов можно назвать «аргументом несправедливости», включающего в себя семь нормативных аргументов.

(а) Аргумент ясности

Первый аргумент, который необходимо рассмотреть, — это аргумент ясности. Харт дал ему классическую формулировку:

“Ибо, если мы примем точку зрения Радбруха и вместе с ним и немецкими судами заявим свой протест против злого закона в форме утверждения, что определенные правила не могут быть законом из-за их морального беззакония, мы сильно запутаемся, потому что это простейшая форма моральной критики. Если с утилитаристами мы говорим прямо, мы говорим, что законы могут быть законами, но слишком злыми, чтобы им подчиняться ...; когда у нас есть достаточные ресурсы обычной речи мы не должны представлять моральную критику институтов как положения спорной философии”²⁸.

Это возражение имеет определенную силу, но не является решающим. Позитивистской концепции закона, которая отвергает включение каких-либо моральных элементов, действительно при прочих равных условиях проще, чем понятию закона, который содержит моральные элементы, т. к. на первый взгляд она предполагает ясность. Тем не менее, это не тот случай, когда каждое увеличение сложности приводит к соответствующему увеличению нечеткости. Существуют опасения, связанные с некой неопределенностью, когда формула «экстремальная несправедливость не закон» встраивается в концепцию закона. Путаница также может возникнуть, когда суды или философы права говорят, что самая крайняя несправедливость может быть законом. Тем не менее, это проблема не аргумента ясности, а аргумента правовой определенности. Аргумент ясности касается исключительно вопроса о том, возникает ли путаница, когда в понятие закона включаются, в частности, нравственные элементы.

Алекси заключает, что антипозитивизм также может быть сформулирован в простом виде и что позитивизм также можно рассматривать как спорную философию. В конфликте между позитивизмом и

²⁸ H.L.A. Hart "Positivism and the Separation of Law and Morals", in H.L.A. Hart, *Essays in jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), стр. 77

антипозитивизмом оба лагеря противостоят друг другу на принципиально равных условиях. То, что позитивизм не может даже претендовать на презумпцию правильности, демонстрируется тем фактом, что закон обязательно предъявляет претензии на правильность. Это больше говорит за, чем против включения определенных критериев правильности в понятие права.

(b) Аргумент эффективности

Радбрух выдвинул мнение о том, что формула «закон есть закон» сделала юристов и обывателей беззащитными перед преступными законами нацистов, оправдывающими произвол и несправедливость. Формула же самого Радбруха должна была по задумке обеспечить людей оружием против создания такого же несправедливого государства²⁹.

Кроме того, Радбрух предлагает два тезиса: тезис о причинности и тезис об оправдании. Тезис о причинности утверждает, что позитивизм облегчил захват власти национал-социалистами в 1933 году. В тезисе об освобождении от ответственности утверждается, что несправедливые суждения, вынесенные судьями Третьего рейха на основании несправедливых законов, «не могут привести к личной ответственности ... просто потому, что они были воспитаны в духе позитивизма»³⁰. Можно подвергнуть сомнениям оба этих тезиса, но стоит отметить, что они не могут влиять на действительность формулы Радбруха. Эти тезисы стоит рассматривать скорее как наставления будущим поколениям с целью недопущения повторения событий прошлого.

(c) Аргумент правовой определенности

Третий аргумент против антипозитивистской концепции права предполагает, что она ставит под угрозу правовую определенность. В действительности этот аргумент затрагивает только разновидности антипозитивизма, предполагающие полное совпадение права и морали и

²⁹ G. Radbruch, "Gesetzliches Unrecht", n. 6 Above, стр. 90.

³⁰ G. Radbruch, "Die Erneuerung des Rechts" in G. Radbruch, Gesamtausgabe, in A. Kaufmann (ed.), Heidelberg: C.F. Muller, 1990 vol. 3, стр. 108.

утверждающие, что любые несправедливости приводят к потере правового характера закона. Когда кто-либо предоставляет кому-либо право решать не следовать законам, если этого требует его суждение о справедливости, тогда аргумент правовой определенности усиливается и становится аргументом анархизма.

Однако формула Радбруха не создана в результате анализа естественного закона, с помощью интуиции или как эмоциональная реакция на национал-социализм. Она является результатом тщательного баланса трех элементов, которые по Радбруху составляют идею закона. Изменения в правовые отношения могут быть внесены только в случае наличия элемента «крайней несправедливости», что является приемлемым способом понимания взаимосвязи правовой определенности и справедливости. Предоставление юридической определенности приоритета даже в случае крайней несправедливости не может быть согласовано с претензией на правильность, которая включает справедливость, а также правовую определенность.

(d) Аргумент релятивизма

На этом этапе все упирается в вопрос, существует ли крайняя несправедливость. Достаточно трудно как определить, где находится та граница между допустимой и крайней несправедливостью, так и вывести рациональные критерии, что приводит к граничащему с произволом субъективизму при применении права.

Если бы все суждения о справедливости были не чем иным, как простым выражением эмоций, решений, предпочтений, интересов или идеологий, короче говоря, если бы тезис о радикальном релятивизме и субъективизме был правильным, мало что можно было бы сказать в пользу антипозитивистской концепции права. Формула Радбруха в таком случае была бы ничем иным, как расширением прав и возможностей судьи при вынесении решения против закона в случае наличия его определенного субъективного убеждения. Однако понятие «крайней несправедливости» не является относительным,

допускающим интерпретации применительно к различным случаям, поэтому не является релятивистским по своей сути.

(e) Аргумент демократии

Довод демократии тесно связан с правовой определенностью и аргументом релятивизма. Этот довод говорит о наличии в антипозитивистской концепции опасности, что судья при ответе на вызов справедливости будет выступать против решений законодательного органа, который получает свою легитимность из демократии. Однако это возражение теряет смысл, когда ставится под вопрос закон диктаторов, которые не знают ни демократии, ни разделения властей.

(f) Аргумент ненужности

Можно утверждать, что формула Радбруха, по крайней мере, в период после краха несправедливого режима, не нужна, потому что новый законодательный орган имеет право преодолевать правовую несправедливость посредством закона обратной силы. Однако принятие закона с обратной силой встречает сложности в сфере уголовного права, которая вводит запрет на обратную силу закона. Также стоит отметить, что это не может быть решением в том случае, если новый законодательный орган по какой-то причине совершенно не активен или недостаточно активен.

(g) Аргумент честности

Аргумент честности утверждает, что формула Радбруха противоречит принципу уголовного права “*nulla poena sine lege*”. Самый простой путь к снятию этого противоречия – это признание ограниченного действия этой формулы, которое вызвано двумя причинами. Первая причина в том, что формула Радбруха носит исключительно отрицательный характер. Она не создает новых оснований для совершения преступлений, а только разрушает определенные основания для оправдания в несправедливом режиме. Вторая причина возникает из-за различия между предписанием *lex scripta* и *ius praevium*. Формула Радбруха по определению не может противоречить предписанию *ius praevium*, согласно которому действие

должно быть наказуемым до того, как оно будет совершено. Согласно формуле, это оправдательное основание несправедливого режима, который с самого начала является недействительным. Таким образом, применение формулы Радбруха не меняет обратной силы правовой ситуации, а просто определяет, какой была правовая ситуация на момент совершения акта. Конечно, с точки зрения очевидных фактов есть изменение, и именно в этом заключается критическая часть формулы Радбруха. Это изменение означает, что предписание *lex scripta* не соблюдается, что обеспечило доверие к надлежащим образом принятому и социально эффективному закону, существовавшему в то время.

Создается впечатление, что существует возможность злоупотребления формулой Радбруха. Однако возможность злоупотребления никогда не влечет за собой необходимости. Сама формула не содержит в себе гармонии, она, напротив, антинонимична. Радбрух ясно понимал, что его формула предполагает выбор между двумя бедствиями, и он не делал попытки скрыть это³¹. В конце концов вопрос сводится к тому, что предпочтительнее - нести потери в правовой определенности или в материальной справедливости.

Таким образом можно сделать вывод о том, что, взвесив все за и против формулы, доводы в пользу концепции крайней несправедливости сильнее, чем возражения. Все аргументы можно опровергнуть либо привести уравновешивающие доводы. Также особой значимостью формула обладает в переходных режимах, которые остро нуждаются в антипозитивистском понятии права, вытекающего из уважения основных прав граждан и притязания на правильность, которым непреложно связаны судебские решения.

³¹ Bix. B. Radbruch's Formula and Conceptual Analysis // American Journal of Jurisprudence. 2011. №56

2.3 Теория деления норм на правила и принципы в контексте доктрины балансировки Р. Алекси

Теория Алекси основана на анализе конституционных прав как принципов, которые, он утверждает, принципиально отличаются от правил. Важно отметить, что концепция принципов Алекси отличается от общепринятой, которая отличает принципы от правил, указывая на их более общий уровень. В отличие от этой общепринятой точки зрения Алекси утверждает, что разница не в степени абстрактности, а в характере сравниваемых понятий. В то время как правила всегда либо выполняются, либо нет, принципы же могут выполняться в разной степени. Это представляет собой требование оптимизации, заключающееся в том, чтобы что-то было реализовано в максимально возможной степени с учетом юридических и фактических возможностей.

Нормативно-теоретический характер конституционных прав как требование оптимизации приводит к анализу соразмерности. Этот анализ обеспечивает теоретически обоснованный тест для оценки того, что требует конституционное право в частном случае. Тест на соразмерность состоит из трех этапов: пригодность, необходимость и критерий соразмерности в более узком смысле. Тесты на пригодность и необходимость рассматривают оптимизацию по сравнению с фактическими возможностями. Этот тест основан на принципе Парето и стремлении избежать вмешательства в конституционные права без каких-либо затрат на другие принципы. Третий тест, критерий соразмерности в более узком смысле, рассматривает оптимизацию в сравнении с тем, что возможно по закону. Пространство юридически возможного, по сути, определяется конкурирующими принципами, поэтому третий тест требует балансировки. Это было сформулировано Алекси в его законе равновесия: чем больше степень посягательства на один интерес, тем большую важность в обстоятельствах конкретного спора должно представлять удовлетворение противоположного

интереса. Это учение проливает свет на тот факт, что теория принципов конституционных прав является, по сути, теорией балансировки.

Формула веса Алекси стоит в центре анализа структуры балансировки. Формула веса определяет конкретный вес, присвоенный принципу, относящемуся к принципу столкновения в частном случае. Она учитывает абстрактные веса обоих принципов и интенсивность вмешательства в один принцип, степень, в которой другой принцип не реализован, и насколько надежны были эмпирические допущения.

В теории конституционных прав есть два противоположных подхода к объему таких прав: узкий и широкий подходы к определению их объема и пределов. Теория принципов решительно поддерживает широкий подход. Идеальным является то положение, когда можно было бы без труда провести границы между ситуациями, в которых должна быть предоставлена защита прав, и ситуациями, когда в такой защите следует отказать. Однако благодаря существованию многих трудных случаев, в которых эту линию невозможно провести без труда, уравнивание принципов неизбежно. Согласно узкому подходу, это уравнивание происходит только в процессе определения фактического объема права. Напротив, широкий подход настаивает на том, что все конституционные права должны учитывать конкурирующие аргументы и, следовательно, требуют уравнивания.

Вопрос о том, может ли балансирование быть рациональным, очень спорен. Закон балансировки Алекси позволяет поставить вопрос о ее рациональности точнее. Суть балансировки состоит из трех шагов. Первый включает определение степени, в которой первый принцип не удовлетворяется или ему наносится ущерб. На втором этапе устанавливается важность соблюдения принципа конкуренции. Наконец третий шаг определяет, оправдывается ли важность соблюдения второго принципа без удовлетворения первого. Разбивая балансировку на три стадии, Алекси не только делает возможным, чтобы мы могли более ясно увидеть, что означает рациональность балансировки, он также готовит почву для демонстрации

того, что балансирование действительно может быть рациональным. Закон балансирования показывает, что аргументация конституционных прав должна иметь фиксированную структуру. Это четко излагает именно те предпосылки, которые должны быть обоснованы, если результат баланса претендует на то, чтобы быть оправданным. Если необходимо определить окончательное содержание конституционных прав, то метод балансировки незаменим.

Теория принципов также имеет последствия для институционального измерения конституционных прав. Этот аспект касается позиции конституционных судов и их роли в контроле над законодательной властью и другими государственными органами. Правомочие конституционного суда пересматривать парламентское законодательство необходима, если конституционные права имеют приоритет над этим законодательством. Балансировка касается методологического измерения конституционного контроля. Основная проблема институционального измерения конституционных прав заключается в том, как правовая компетенция конституционных судов признать акты парламента неконституционными должна быть оправдана. Такое оправдание одновременно трудное и жизненно важное, поскольку это обязательно требует, чтобы связь между конституционными правами и демократией была прочной. Следовательно, теория принципов анализирует не только актуальность и функцию конституционного контроля, но и его пределы.

Вопрос об обосновании основных прав можно поставить как минимум двумя разными способами. Первый касается обоснования основных прав путем установления того факта, что они являются частью правовой системы, то есть имеют юридическую силу. Второй способ не ставит существование основных в зависимость от какой-либо конкретной правовой системы. Правовой позитивизм взаимосвязан со вторым способом обоснования. Алекси утверждает, что для оправдания существования основных прав как таковых необходим моральный дискурс. Невозможно оправдать существование фундаментальных принципов права как таковых без

использования аргументов морали, в отличие от исключительно юридических аргументов. Следовательно, основные права можно понимать как элементарные моральные постулаты. Обоснование конституционных прав как таковых в качестве разновидности морального дискурса устанавливает необходимую связь между законом и моралью. Хотя моральные соображения необходимы для обоснования основных прав, эти права в то же время останавливают мораль от массового вторжения в закон. Именно здесь обнаруживается, что основные права функционируют как важный переход между законом и моралью как средство уравнивания проблемных противоречий между ними.

Следствия, основанные на тезисе о принципах, имеют важное значение в учении о природе права Алекси. Так, конституционные права как принципы подрывают позитивистскую концепцию права. Во-вторых, правовой непозитивизм необходим для оправдания конституционных прав. В-третьих, претензия на правильность требует уравнивания подходящим методом для применения правовых принципов. Наконец, правовые принципы используются для обоснования квалификационных требований.

Глава 3. Особенности разрешения дел с помощью формулы Г. Радбруха и концепции Р. Алекси

3.1 Реализация основных положений теорий Г. Радбруха и Р. Алекси при рассмотрении дел судами

Формула Радбруха и его правовая теория основаны на представлении о том, что люди не могут ожидать, что их правовая система будет единообразно справедливой, но ее стремление к минимальной справедливости приравнивается к понятию «законность». На практике формула Радбруха, скорее всего, будет применяться там, где в политическом режиме произошел резкий перелом, такой, что судья стоит перед выбором, можно ли применять какой-либо из законов предыдущего режима. Эта точка зрения находит свое отражение в менее распространенном варианте формулы Радбруха: «Чтобы быть законным, нужно, по крайней мере, пытаться добиться справедливости». Эта интерпретация формулы в работах Алекси звучит как: «Каждая правовая система претендует на правильность». Именно этот тезис о правильности Р. Алекси является центральным в его критике позитивизма. Стоит отметить, что применение концепции Р. Алекси наиболее уместно при обсуждении правовых систем в целом (в вопросе о том, что делает правовую систему «законной» или «незаконной»), в то время как формула Радбруха сосредоточена на отдельных нормах (является ли отдельная норма настолько несправедливой, что она больше не имеет силу закона).

Несмотря на то, что естественное право могло дать судье достаточно ресурсов для признания недействительным позитивного закона, оно часто не могло дать достаточно точных указаний относительно того, что должно его заменить. Естественный закон, таким образом, в большей степени анархичен, и он имеет крайне небольшой инструментарий относительно признания формально правильного закона недействующим. Конечно, Радбрух не признавал существование неких абстрактных универсальных и неотъемлемых принципов справедливости, которые можно было бы использовать для заполнения всех пробелов, образовавшихся при признании закона

недействительным. Замещающий закон должен быть «сверхзаконным», а не «сверхпозитивным», что выражается в общественно существующем широко распространенном правовом сознании. Во всяком случае, это ближе всего к толкованию принципов англо-американского общего права. В частности, естественное право само по себе не могло установить преступность, которая всегда требовала позитивного законодательного акта.

Некоторые авторы считают, что нет никаких сомнений в том, что формула Радбруха действительно является инструкцией для судей о том, как необходимо разрешать дела³². Судья встает перед сложным выбором, касающимся того, какую норму необходимо применить в конкретном споре, когда необходимая правовая норма находится за пределами действующей национальной правовой системы. В таком случае судьи (особенно в странах с англосаксонской правовой системой) также могут нести ответственность за разработку нового закона с целью избежать несправедливого или абсурдного применения действующих норм. Решения судов по делам, связанным с нацистским режимом, — это контекст, в котором Радбрух вводит свою формулу в своих послевоенных работах. Как утверждал Радбрух, в крайней степени несправедливые нормы не могут быть действующими, что можно понимать как определенный критерий действительности нормы внутри правовой системы. Также необходимо определить, исходя из теорий Г. Радбруха и Р.Алекси, что понимается под судебной ошибкой, когда судья применил «крайне несправедливый» закон. Исходя из данных теорий мы не можем утверждать о том, что в таких случаях ошибка является нарушением морали (судья должен был сделать все возможное, чтобы каким-либо образом смягчить закон или его последствия). В таком случае ошибка являлась юридической или концептуальной — судья по определенным причинам применил в деле то, что на самом деле не являлось правовыми нормами.

³² Bix. B. Radbruch's Formula and Conceptual Analysis // American Journal of Jurisprudence. 2011. №56

Стоит отдельно подчеркнуть, что существует теоретическая разница между вопросом о том, считать ли норму действительной или нет с одной стороны, и о том, следует ли применять данную норму к конкретному правовому спору с другой стороны. В формуле Радбруха эта разница может показаться не столь очевидной. Можно найти множество примеров, когда судья применяет несправедливую норму. Однако часто это дела, в которых мы как наблюдатели можем рассматривать нормы как несправедливые, но у судьи иное мнение. Когда мы наблюдаем явление, когда мы считаем, что судом был применен крайне несправедливый закон, точка зрения судьи почти всегда будет отличной от нашей. Судья вообще может либо не воспринимать норму как крайне несправедливую, или будет считать, что обязан применить конкретную норму при разрешении спора, несмотря на ее несправедливость.

Конфликт между справедливостью и правовой определенностью может быть разрешен, если принять точку зрения, согласно которой позитивное право, закрепленное законодательством и обеспеченное силой, имеет приоритет в правоприменении даже в том случае, если его содержание несправедливо и не приносит пользы людям, за исключением такой ситуации, когда его конфликт с правосудием достигает такой степени, что крайне несправедливый закон должен уступить место правосудию. Невозможно провести более резкую черту, разграничивающую установленное беззаконие в форме закона и законы с определенными недостатками. Однако одно можно утверждать совершенно точно: там, где даже нет стремления к справедливости, где суть правосудия намеренно искажается, не может быть закона в связи с отсутствием его природы, т.к. позитивное право не может быть определено иначе как система норм, смысл которых – служить правосудию.

Таким образом, суждения Радбруха в его последних работах сводятся к двум тезисам: (а) если норма является действительной в правовой системе, то она должна применяться к спору в суде; (б) если норма не является

действительной в данной правовой системе, то она не должна (или не может быть) применена к спору в суде.

1. Относительно первого утверждения

Этот принцип применим к любым правовым системам с некоторыми исключениями. Также во многих правовых системах предусмотрено, что судья имеет право изменять или создавать исключения в правилах (особенно в странах с англосаксонской правовой системой), когда их применение в противном случае привело бы к абсурдному или несправедливому результату. Если судья полагает, что использование прецедента в конкретном споре приведет к неправосудному решению, то он может либо отменить прецедент, либо обосновать свой отказ от применения имеющегося прецедента к конкретному спору.

2. Относительно второго утверждения

Нормы, которые отсутствуют в национальной правовой системе, в принципе ни при каких обстоятельствах не могут быть действительными. Однако из этого утверждения имеется ряд технических исключений. К примеру, при разрешении трансграничных споров, когда по контракту применимо право иной страны, отличное от права страны суда. Также к исключениям относятся внутрикорпоративные споры, где подлежат применению локальные акты и те споры, в которых необходимо применение иных норм, кроме правовых (законов логики и математики). Также к этой категории относятся нормы, которые противоречат конституции или международным договорам государства и поэтому являются недействительными, тем не менее, рассуждения Радбруха не касаются данных случаев.

Однако если допустить, что судья наделен полномочиями не применять закон в конкретном споре, когда он «крайне противоречит» справедливости, то является ли это исключением из принципа верховенства закона? Ответ на этот вопрос зависит от того, что понимать под этим принципом. Как правило, рассуждения о верховенстве закона сосредоточены на определенных

формальных или процедурных требованиях: правительство должно быть ограничено законом, кроме того, свобода усмотрения при применении правил также ограничена. Небольшое количество теоретиков выступает за более содержательные концепции верховенства закона, включающие требования о наличии демократического режима и защиты некоторых основных прав человека. Таким образом, на вопрос «противоречит ли формула Радбруха принципу верховенства закона» сторонники формальной концепции верховенства закона ответили бы положительно, так как, по их мнению, отказ в применении норм, принятых компетентным органом в соответствии с требованиями законодательства, является незаконным. Также звучат мнения о том, что велика вероятность того, что судьи могут отказать в правовом статусе даже такому закону, который является «умеренно» несправедливым.

Интересна позиция Р. Алекси по поводу соотношения формулы Радбруха и верховенства закона. В своем труде «A defence of Radbruch's formula. In Recrafting the rule of law: The limits of legal» автор пишет: «В обоих случаях [дела, рассматриваемые после Второй мировой войны, касающиеся нацистского права, и дела после воссоединения страны, связанные с правом Восточной Германии], необходимо было ответить на следующий вопрос: «Должно ли продолжать иметь юридическую силу то, что противоречит фундаментальным принципам справедливости и верховенства закона, когда это было юридически действительным с точки зрения погибшей правовой системы позитивного права?» Алекси считает, что крайне несправедливый закон в понятии Радбруха одновременно противоречит принципу верховенства закона. Таким образом, в принцип «верховенства закона» Алекси вкладывает содержательную сторону закона, а не процессуальные аспекты его принятия. Однако сам Алекси в своих работах не раскрывает того, что им вкладывается в этот принцип.

Стоит отметить, что если принять общепризнанную точку зрения Лона Фуллера относительно верховенства закона как на совокупность определенных правил и требований к принятию и опубликованию закона,

которые необходимы для признания его действительным³³, то можно увидеть, что крайне несправедливые законы по концепции Радбруха часто противоречат принципу верховенства закона в общепризнанном смысле. Так Фуллер в качестве примера приводит некоторые нацистские законы: негласные законы и законы, имеющие обратную силу.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что формула Г. Радбруха, которая указывает на то, что крайне несправедливые законы не должны применяться, обычно воспринимается (в т.ч. самим автором) как утверждения о природе закона и о его юридической силе, а не как простая инструкция для судей о том, как решать дела. Связь формулы с принципом верховенства закона не так очевидна и в значительной степени зависит от того, понимается ли под этим принципом требования к процедуре принятия закона либо что-то более содержательное.

3.2 Позиция Р. Алекси по вопросу применения формулы Радбруха в решениях высших судов

В своей статье Г. Радбрух и впоследствии сторонники его концепции сосредоточились в основном на нескольких судебных решениях, в которых использовалась «формула»:

(1) Решение муниципального суда Висбадена о признании недействительным и аннулировании закона, объявляющего собственность евреев отчужденной правительством.

(2) Осуждение уголовным судом Тюрингии обвиняемого в соучастии в убийстве, где преступление было основано на его доносе на коллегу, который написал комментарии против видного нацистского чиновника на стене ванной. Это антинацистское граффити впоследствии использовано в качестве основания для осуждения и казни коллеги.

(3) Приговор к смерти двух лиц, работавших помощниками палача при нацистском режиме.

³³ Fuller, L.L. 1969. *The morality of law*, 2nd ed. New Haven: Yale University Press.

Г. Радбрух в своих работах поставил вопрос о том, может ли иметь юридическую силу то, что нарушает основные принципы справедливости и верховенства закона, когда оно имело юридическую силу с точки зрения позитивного права погибшей правовой системы. Может ли быть незаконным сегодня то, что было законным вчера? После окончания второй мировой войны немецкие суды отвечали на этот вопрос утвердительно, и Федеральный верховный суд Германии продолжал придерживаться этой позиции и после 1989 года, особенно в своих решениях в отношении так называемых обстрелов Берлинской стены. В своей статье „A defence of Radbruchs formula” Р. Алекси исследует практическое применение формулы Радбруха на примере трех решений судов Германии:

1. Решение Федерального конституционного суда по Декрету 11 в отношении Закона о гражданстве Рейха от 15 сентября 1935 года.

Согласно Распоряжению №11 от 25 ноября 1941 года к Закону о гражданине Рейха «Еврей теряет немецкое гражданство

(а) с момента вступления в силу этого распоряжения, когда он имеет свое обычное место жительства за границей,

(б) когда его обычное местопребывание перемещается за границу».

Предметом рассмотрения суда был вопрос о том, потерял ли эмигрировавший в начале Второй войны в Амстердам еврейский адвокат немецкое гражданство в соответствии с этим пунктом. Федеральный конституционный суд постановил, что адвокат не утратил своего немецкого гражданства, поскольку Распоряжение № 11 о Законе о гражданстве Рейха с самого начала было недействительно. Суть рассуждений сводится к тому, что существует возможность лишения юридической силы «правовых» распоряжений национал-социалистической эпохи, потому что их противоречие фундаментальным принципам настолько очевидно, что судья, применив их в конкретном деле, поступает незаконно. В Распоряжении №11 противоречие со справедливостью достигло столь недопустимого уровня, что его следует признать недействительным с самого начала.

Рассуждения об отказе в действительности закону, напрямую противоречащему моральным принципам, являются, по мнению Р. Алекси, классическим аргументом антипозитивистов. Тому закону, который был эффективен в течение всего срока своего действия, может быть отказано в применении в настоящий момент на основании его несоответствия морали. Хотя в мотивировочной части данного решения отсутствуют прямые ссылки на концепцию Радбруха, его имя, тем не менее, можно найти в более ранних решениях Федерального конституционного суда. В любом случае более важными являются практическое применение судом сформулированных Радбрухом доктрин «невыносимого уровня» и «противоречия со справедливостью».

2. Решение Федерального верховного суда Германии от 28 февраля 1955 года по делу о лишении евреев имущественных прав.

У эмигрантов после войны часто не было желания вернуть свое немецкое гражданство. Однако в случае с имуществом дела обстояли иначе. Одно из таких дел, связанных с национализацией имущества евреев предстояло разрешить Федеральному верховному суду Германии.

Еврейская женщина, эмигрировавшая в Швейцарию в 1939 году, оставила ценные бумаги на депозите в немецком банке. В течение всего периода правления национал-социалистов, а также после этого этот депозит оставался записанным в бухгалтерских книгах банка на имя эмигранта. После окончания войны она снова поселилась в Федеративной Республике Германия. Вскоре она потребовала вернуть ей ценные бумаги в депозите. Вопрос заключался в том, потеряла ли она свою собственность на основании непосредственной экспроприации в соответствии с п. 1 ст. 3 Распоряжения №11 от 25 ноября 1941 года, которое гласит: «Имущество евреев, утративших немецкое гражданство на основании настоящего Распоряжения, становится собственностью Рейха с утратой гражданства». Федеральный верховный суд Германии ответил на этот вопрос отрицательно и таким образом подтвердил ее право на реституцию. Суть рассуждений судей сводилась к следующему:

«Закон о гражданине Рейха (нем. Reichsbürgergesetz) должен рассматриваться с самого начала как недействительный из-за его несправедливого содержания, которое противоречит основополагающим требованиям любого порядка, основанного на верховенстве закона».

Следуя этому антипозитивистскому решению, эмигрантка могла требовать назад свою собственность просто потому, что она никогда не теряла ее. С точки зрения правового позитивизма требовалось некое обратное или исправляющее регулирование. Таким образом, решение за или против правового позитивизма может иметь огромное практическое значение для жертвы тиранического режима.

3. Решение Федерального конституционного суда Германии от 24 октября 1996 г. по делу об убийстве беглецов на границе.

Рассматриваемое дело касалось смертей беглецов через Берлинскую стену, которых замечали пограничники и открывали по ним огонь на поражение. В ноябре 1992 г. суд первой инстанции признал рядовых пограничников виновными в убийстве беглеца. Двумя годами позже, в 1994 г., было принято решение, согласно которому последний министр обороны ГДР, генерал армии Кесслер, признан виновным в непредумышленных убийствах. В 1996 г. Федеральный конституционный суд Германии признал такого рода решения соответствующими конституции.

В одном из своих решений Верховный федеральный суд Германии рассматривал дело о попытке побега через границу по четырехметровой лестнице. Два солдата после предупреждающих сигналов открыли огонь. В результате беглец был убит. В 1992 г. Берлинский городской суд признал солдат виновными в непредумышленном убийстве. Федеральный верховный суд Германии отклонил жалобу на это решение, признав выводы суда первой инстанции верными.

Согласно положениям договора о восстановлении единства Германии, деяние считается уголовно наказуемым после воссоединения только в том случае, если оно было наказуемо по существовавшему на момент его

совершения законодательству. Применительно к данному делу важное значение имеет п.2 ст. 27 Закона о границах Германской Демократической Республики от 1982 г., гласивший: «Применение огнестрельного оружия является оправданным для предотвращения или продолжения преступного деяния, которое, содержит признаки уголовного преступления». Пересечение границы беглецом было неизбежным, и солдаты открыли огонь, чтобы помешать ему это сделать.

Конституционный суд указывает на то, что согласно сложившейся практике, не могут приниматься доводы об оправдании пограничников, т. к. их деяние в тот период времени не было наказуемо, если оно касается умышленного убийства людей, которые не хотели ничего, кроме пересечения внутренней германской границы без оружия и без угрозы общепризнанным законным интересам. Потому что такое оправдание, обеспечивающее соблюдение запрета на пересечение границы, в таком случае имеет приоритет над правом на жизнь людей, что является очевидным, нетерпимым нарушением элементарных принципов справедливости и прав человека, защищаемых международным правом. Нарушение настолько серьезное, что противоречит правовым убеждениям, общим для всех народов и связанным с ценностью и достоинством человека.

Связь между формулой Радбруха и правами человека, защищаемыми в соответствии с международным правом, была перефразирована Федеральным судом таким образом, что в дополнение к критериям формулы Радбруха, которые трудно подобрать из-за их неопределенности, были добавлены более конкретные критерии оценки, поскольку международные пакты о правах человека предоставляют доказательства того, что они могут быть использованы в качестве обоснования, когда, по убеждению мирового юридического сообщества, государство нарушает права человека.

Во всех рассмотренных выше решениях западногерманские или позднее немецкие суды отказывали в действии нацистским законам как не имеющим юридической силы в связи с их в крайней степени несправедливостью.

Несмотря на незначительные различия в аргументации немецких судов, касающихся рассмотренных решений, теоретическая основа формулы Радбруха проходит как общая нить через большинство судебных решений о преступлениях нацистского времени после падения режима. Формула Радбруха служит для Верховного федерального суда Германии и Верховного конституционного суда теоретической моделью и теорией, объясняющей пределы законности.

3.3 Применение доктрины взвешивания Р. Алекси и балансирования при рассмотрении дел высшими судами

1. Доктрина взвешивания

Доктрина взвешивания принципов, предложенная Алекси, применяется в настоящее время при вынесении решений высшими судами по сложным делам, где вступает в конфликт несколько ценностей, в особенности при столкновении частного и публичного интереса.

Для разрешения подобных коллизий конституционных принципов, обеспечивающих защиту основных прав, по мнению Роберта Алекси, изложенном в его монографии «Теория основных прав», следует применять технику взвешивания принципов, которая подразумевает, в отличие теории конфликта интересов, не признание одного из правил недействующим, а признание *ad hoc* одного из принципов более значимым.

Теоретические положения, разработанные Р. Алекси, стали вдохновением в том числе для высших судов стран Латинской Америки. Так в деле Верховного суда Бразилии *habeas corpus* 126 292 от 17 февраля 2016 года основной спор заключался в том, не противоречит ли принципу презумпции невиновности превентивное задержание осужденного до вступления приговора суда в законную силу при передаче дела на рассмотрение суда апелляционной инстанции. В данном споре судьям было необходимо решить дело, в основе которого лежали два противостоящих конституционных принципа: презумпция невиновности и запрет недостаточности защиты. Обсуждение строилось вокруг двух вступающих в противоречие принципов:

право человека не быть подвергнутым наказанию до признания его виновным по уголовному делу и, с другой стороны, конституционное право общества на эффективно действующую пенитенциарную систему. Исходная гипотеза состояла в том, что с учетом правовых принципов и гарантий соблюдения основных прав и свобод и, учитывая эти ценности, назначение наказания в суде второй инстанции нарушает фундаментальный принцип презумпции невиновности. Далее приведем основные характеристики рассматриваемых принципов, чтобы выяснить, в чем заключается их противоречивость:

1. **Принцип презумпции невиновности.** Смысл принципа сводится к предоставлению обвиняемому определенной гарантии перед лицом государства в осуществлении им карательной функции. Кроме того, данный принцип обеспечивает защиту обвиняемому в уголовном деле, предполагая, что он невиновен и не должен быть ограничен в правах. Также принцип презумпции невиновности можно рассматривать как стандарт поведения, адресованный судье, который должен выносить обвинительный приговор и назначать наказание только если вина обвиняемого полностью доказана и отсутствуют какие-либо сомнения в его виновности.

2. **Доступ к эффективным средствам правовой защиты.** Данный принцип представлен как обновленный принцип пропорциональности. С одной стороны его фундамент составляет реализация и гарантии основных прав личности, а с другой – достаточная защита сообщества, группы лиц. Стоит также отметить, что при необходимой соразмерности для государства в отношении запрещенного превышения полномочий ему необходимо эффективно реагировать на вызовы безопасности общества. Несмотря на то, что право на защиту личности исходит из либерально-индивидуалистической парадигмы и относится к первой группе прав человека, а право на защиту общества как коллективное право – ко второй группе, нужно помнить, что защита личности не исключает защиты группы лиц, общности. При рассмотрении каждого конкретного случая нужно соблюдать баланс этих прав, решая вопрос исходя из принципа соразмерности. В сфере уголовного

права государство обязано, исходя из этого принципа, максимально эффективно восстановить социальную справедливость и обеспечить безопасность коллектива.

С теоретической точки зрения принцип презумпции невиновности и право на доступ к эффективным средствам правовой защиты не являются антонимичными, т.к. объекты их защиты не противоречат друг другу, однако при реализации этих принципов могут наблюдаться противоречия, т.к. принципы, закрепляющие определенные ценности, могут противостоять друг другу (к примеру, принцип территориальной целостности и свобода самоопределения народов, свобода предпринимательства и защита прав потребителей и др.) Таким образом, по мнению Р. Алекси, противоречие между принципами должно разрешаться путем взвешивания, однако это не означает, что менее значимый в конкретной ситуации принцип должен быть признан недействительным. В другой конкретной ситуации и при других исходных данных этот же принцип может быть признан главенствующим.

Семью голосами против четырех Верховный суд Бразилии постановил признать законным временный арест до вступления в силу приговора суда и что данное положение не нарушает конституционный принцип презумпции невиновности. В пользу такого решения выдвигались аргументы о том, что в рамках первой инстанции, за исключением особых обстоятельств, возможность изучения фактов и доказательств исчерпана, и в этом отношении может быть установлена уголовная ответственность обвиняемого». Также отмечалось, что «презумпция невиновности не препятствует тому, чтобы даже до *res judicata* обвинительный приговор имел последствия в отношении обвиняемого».

2. Судебная балансировка

Как было сказано ранее, балансирование является сутью теста на пропорциональность и устанавливает «закон балансировки», согласно которому допустимый уровень неудовлетворения или ущерба одному

принципу зависит от относительной важности удовлетворения другого принципа.

Анализируя дела высших судов, при разрешении которых использовалась судебная балансировка, можно выделить четыре основные категории дел, в которых применялся данный метод:

1 категория: дела о конфликте между конституционными правами отдельных лиц

В общей сложности эти дела не касаются взаимоотношений между судами и законодательными органами. Вместо этого высшие суды контролируют и исправляют решения, принятые нижестоящими судами, не нарушая равновесие между законодательной и судебной властью.

В своем знаменитом решении по делу Люта³⁴ суд утверждал, что необходимо учитывать конституционные права при разрешении споров между людьми. В этом деле Эрих Лют - директор пресс-службы в Гамбурге - призвал к бойкоту последнего фильма Фейта Харлана, кинорежиссера, который играл заметную роль во времена нацистского правительства. Кинорежиссер обратился в Гамбургский окружной суд с целью защиты своей деловой репутации. Суд встал на сторону Харлана, заявив о наличии в высказываниях Эриха Люта призыв к бойкоту, нарушающий общепринятые нормы морали, со ссылкой на § 826 Германского гражданского уложения (далее - ГГУ) о «добрых нравах». Лют, не согласившись с решением окружного суда, обратился в Конституционный суд Германии, заявив, что своим решением суд нарушил его право на свободу слова. Конституционный суд рассмотрел дело и заявил, что конституционные права не только действительны в отношениях между государством и гражданином, но они также должны приниматься во внимание при разрешении дел между частными лицами. Конституционный суд применил балансировку, чтобы разрешить конфликт между правом Люта на свободу слова и профессиональной репутацией Харлана. Федеральный

³⁴ Jacco Bomhoff, Lüth's 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundations of Judicial Balancing, 9 GERMAN L.J. 121 (2008)

Конституционный Суд пришел на основе этих соображений к выводу, что Гамбургский окружной суд недооценил особое значение, которым обладает основное право на свободное выражение мнения и там, где оно вступает в конфликт с частными интересами других. Приговор Земельного суда основан на этой недооценке масштабов, вытекающих из основных прав, и нарушает, таким образом, основное право истца из ст. 5 абз. 1 предл. 1 Конституции, в связи с чем его необходимо отменить.

2 категория: закон в целом признается конституционным, но меры для защиты общественных отношений несоразмерными

Данная категория дел связана с признанием судом законодательных актов несоразмерными, в том случае, если мера непоследовательно преследует заявленную цель.

Одно из таких дел было рассмотрено в 1988 году Конституционным судом Германии. Оспариваемое положение ГГУ требовало публикации сообщения о недееспособности лица, если недееспособность была вызвана расточительством или алкоголизмом. Правительство утверждало, что публикация необходима для защиты общественного доверия к правоотношениям. Тем не менее, расточительство и алкоголизм не были единственными причинами нетрудоспособности. В действительности они составляли около десяти процентов от всех случаев. Конституционный суд Германии заключил, что настоящая причина требования о публикации заключалась в большей степени в стигматизации вышеперечисленных лиц. По этой причине Конституционный суд счел соответствующую норму непропорциональной. Таким образом, суд не проводил сравнения несоизмеримых ценностей. Вместо этого он вторично угадывал мотивы законодательного органа, подчеркивая непоследовательность принятых мер и утверждал, что истинная причина не заслуживает достаточного уважения, чтобы оправдать ограничение права на неприкосновенность частной жизни заинтересованных лиц.

3 категория: признание закона неконституционным

Конституционный суд объявляет норму недействительной, если между мерой и целью нет достаточного соответствия, т.е. есть существует иная мера, такая же эффективная, как и рассматриваемая, поэтому во второй нет необходимости. Если у суда есть сомнения в эффективности двух альтернативных мер, то он наделяет законодательный орган правом усмотрения. В случае признания закона неконституционным суд должен в своем решении доказать, что именно его оценка ценностного конфликта между конституционным правом и общественной целью, преследуемой законодательной властью превосходит оценку законодательной властью того же ценностного конфликта.

Примером может служить решение Верховного конституционного суда Германии от 3 июля 2007 года³⁵. Оспариваемая норма требовала, чтобы смотрители и техники по копытам имели ту же квалификацию, что и кузнецы, которые освоили более широкий спектр техник ухода за копытами. При этом смотритель копыт всегда может направить лошадь к кузнецу, если он не владеет нужным приемом. Хотя рассуждения суда напоминают традиционный аргумент о менее ограничивающих методах, дело было решено методом балансировки. Суд заключил, что бремя, налагаемое требованием, перевешивает потенциальную пользу, поэтому норма неконституционна.

4 категория: дела, в которых суд решает вопрос об исключении избыточной меры для отдельных лиц

При рассмотрении такой категории дел суд в принципе принимает решение, имеющее законодательное значение. Суд делает исключение из нормы для группы, для которой оспариваемая мера налагает чрезмерную нагрузку.

Примером такого рода рассуждений является дело об издателе коллекционных книг. Дело касалось закона земли Гессен, который требовал, чтобы все издатели этого штата предоставляли экземпляр каждой книги

³⁵ BVerfG, 03.07.2007

специально предназначенной для этого государственной библиотеке. В данном случае заявитель издал несколько дорогих книг небольшими тиражами. Суд утверждал, что бремя для издателя было чрезмерным. Если государство требует от издателей передавать экземпляры книги государственным библиотекам для ознакомления, то оно должно компенсировать его стоимость издателю, если финансовое бремя для него такое же значительное, как в рассматриваемом случае. В этом решении суд просил законодательный орган компенсировать издателям понесенные убытки в связи с необходимостью передачи копии каждого издания Государственной библиотеке. Однако, суд не потребовал общей компенсации за все переданные копии. Вместо этого он ввел требование о компенсации только в тех случаях, когда обязательство ложится определенным финансовым бременем на издателя из-за высоких производственных затрат на каждый тираж.

Во всех этих четырех категориях дел Конституционный суд Германии не полагается на сравнение несоизмеримых величин, как предполагает весовая формула Алекси. Вместо этого его рассуждения гораздо более ограничены. Так в делах о перекладывании финансового бремени суд требует, чтобы законодательный орган предусмотрел возможность компенсации за чрезмерные финансовые затраты для индивидов, если они необходимы для достижения общественной цели (как в деле об издателе). В некоторых делах суд дает оценку мотивам законодательной власти, подчеркивая несоответствия в законе между методом и целью.

Если проанализировать практику Конституционного суда Германии, то можно отметить, что судьи проявляют значительную сдержанность при применении доктрины балансировки. Потому что в ином случае суд мог бы поставить под сомнение свободу усмотрения законодателя. В большинстве случаев структура применяемого теста балансировки не повторяет дословно концепцию Алекси, но скорее прибегает к его различным моделям аргументации. Даже там, где суд взвешивает в своем решении различные

конкурирующие цели, решения обычно не оспаривают основную цель законодательства, но вместо этого ограничиваются незначительными исправлениями в регулировании.

Заключение

Основным предметом исследования в концепциях неокантианского непозитивизма Густава Радбруха и современного аналитического непозитивизма Роберта Алекси стал вопрос отношения между законом и моралью, который находится в основе философии права на протяжении тысячелетий.

Радбрух в рамках своей концепции правопонимания вводит своеобразное понятие «идеи права», которое необходимо исследовать в контексте релятивистского подхода. Различие права и закона в теории Радбруха выражается в понятиях «надзаконное право», «законное неправое» и «неправо». Радбрух не отказывается, в отличие от приверженцев легистских концепций правопонимания, от содержательного анализа законов, что помогает обнаружить произвол и несправедливость в законах и в связи с этим признать их недействительными.

Формула Радбруха — это не только ключевой тезис в философии права Густава Радбруха, но и практическая инструкция о том, как решать дела. Она особенно необходима при разрешении дел судами в различных переходных режимах, когда законодатель по какой-то причине не активен, а судьи сталкиваются с наследием в виде «крайне несправедливых» законов прежнего антидемократического режима. Помимо практического значения, формула Радбруха является нормативным (предписывающим) тезисом для юридических проблем, основанных на конфликте правовой определенности и справедливости. Радбрух надеется на то, что впоследствии не окажется вновь забытой идея о правовой природе законов, которая выступает в качестве защиты граждан от произвола государства. Формула Радбруха стала важным историческим этапом на пути к преодолению режима национал-социалистов и социалистического режима.

Следуя за основными положениями теории Г. Радбруха, свою дуальную теорию права Р. Алекси строит на основе моральной философии права в качестве сторонника инклюзивного (мягкого) непозитивизма, Он следует

концепции Радбруха о «крайней несправедливости», считая, что такие нормы теряют свой правовой характер. В современном демократическом конституционном государстве таким «порогом» являются основные права человека, например право на жизнь и личную неприкосновенность. Концепция прав человека строится Р. Алекси на основе рациональной юридической дискурсивной теории права, согласно которой нормативное суждение будет правильным только тогда, когда оно является результатом рационального практического дискурса. То, что правила дискурса выражают ценность свободы и равенства, служит базисом для обоснования прав человека. Это означает, что права человека являются дискурсивно необходимыми, а их отрицание оказывается дискурсивно невозможным.

Роберт Алекси, проанализировав проблему соотношения права и морали с помощью своего аналитического метода, приходит к однозначному выводу, который перекликается с формулой Радбруха: «Крайняя несправедливость - не закон». Предполагая, что только в случае явного нарушения принципа равенства судья может аннулировать формально правильный закон, формула Радбруха предлагает изящный способ преодоления разрыва между справедливостью и несправедливостью, оставляя открытым пространство для интерпретации законов в контексте их соответствия идее права.

Список использованных источников

Монографии:

1. Алекси Р. Дуальная природа права // Правоведение. 2010, № 2. С. 138–152.
2. Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). Пер. с нем. А. Н. Лаптева, Ф. Кальшойера. Москва — Берлин, Инфотропик Медиа, 2011. 173 с.
3. Алекси Р. Существование прав человека // Правоведение. 2011, № 4. С. 21–31.
4. Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс // Российский ежегодник теории права. 2008, № 1. СПб., 2009. С. 446–456.
5. Радбрух Г. Введение в науку права. М., 1915.
6. Радбрух Г. Законное неправо и надзаконное право // Радбрух Г. Философия права. М., 2004.
7. Радбрух Г. Пять минут философии права // Радбрух Г. Философия права. М., 2004.
8. Радбрух Г. Философия права. М., 2004.

Научные статьи:

9. Булыгин Е. В. Тезис Алекси о необходимой связи между правом и моралью // Рос. ежегодник теории права. 2009. № 2.
10. Васильева Н. С. Проблема действительности права в антиметафизической традиции (концепция Альфа Росса) // Вестник одов. Серия «Юридические науки». 2017. Т. 21, № 3.
11. Грибов Р.И.Н. УЧЕНИЕ ГУСТАВА РАДБРУХА О ПРАВАХ ЛИЧНОСТИ КАК ЭЛЕМЕНТ СОВРЕМЕННОЙ ПРАВОВОЙ ИДЕОЛОГИИ // Идеология, духовные ценности и проблемы сохранения культурного наследия России : Сборник статей. - Санкт-Петербург, 2019.
12. Гринберг Л.Г., Новиков А.И. Критика современных буржуазных концепций справедливости. Ленинград: Наука, 1977.

13. Гурвич Г.Д. Юридический опыт и плюралистическая философия права // Философия и социология права: Избранные сочинения. СПб., 2004.
14. Кистяковский Б. А. Социальные науки и право. Directmedia, 2014
15. Коттеррелл Р. (Cotterrell Roger) Правоведы и философы: Радбрух и Дворкин // Известия вузов. Правоведение. 2014. № 2.
16. Лапаева В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М., Российская академия правосудия, 2012.
17. Луковская Д.И. Действительность права в современном теоретическом дискурсе. Теоретическая и прикладная юриспруденция, 2019.
18. Максимов С. И. Роберт Алекси: дискурсивное измерение права // Рос. ежегодник теории права. 2009. № 2.
19. Поляков А. В. Прощание с классикой, или как возможна коммуникативная теория права // Рос. ежегодник теории права. 2008. № 1.
20. Тагирова А.В. ИДЕЯ ПРАВА И СПРАВЕДЛИВОСТИ В ТРУДАХ ГУСТАВА РАДБРУХА // Культура, наука, образование: проблемы и перспективы : Материалы IV Всероссийской научно-практической конференции. - 2015.
21. Ушаков В.К. ПРАВА ЧЕЛОВЕКА КАК ИДЕАЛЬНЫЙ ЭЛЕМЕНТ ПРАВА В КОНЦЕПЦИИ РОБЕРТА АЛЕКСИ // Vox Juris. Глас права. - Санкт-Петербург, 2020.
22. Фролова Е.А. Методология и философия права: от Декарта до русских неокантианцев. Монография. М., 2017.
23. Хёффе О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства. М., 1994.
24. Шавеко Н.А. ВЗГЛЯДЫ П. И. НОВГОРОДЦЕВА И Г. РАДБРУХА НА ДЕМОКРАТИЮ: СРАВНИТЕЛЬНО-КРИТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ. // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2018. № 4.
25. Шавеко Н.А. Идея права по Густаву Радбруху // Вестник Удмуртского университета. Серия «Экономика и право». 2017. №5.

26. Шавеко Н.А. ПОНЯТИЕ ПРАВА ПО Г. РАДБРУХУ. // Научные тенденции: юриспруденция сборник научных трудов по материалам международной научной конференции. 2016.
27. Alec S. Sweet & Jud Mathews, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 72,113 (2008).
28. Alexy R. A defence of Radbruch's formula. In Recrafting the rule of law: The limits of legal order , ed. D. Dyzenhaus. Oxford: Hart Publishing, 1999.
29. Bix. B. Radbruch's Formula and Conceptual Analysis // American Journal of Jurisprudence. 2011. №56.
30. Buchwald, Delf, Prinzipien des Rechtsstaats. Zur Kritik der gegenwärtigen Dogmatik des Staatsrechts anhand des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Berlin: Shaker 1996
31. Classen, Claus Dieter, Artikel 103 Abs. 2 GG – ein Grundrecht unter Vorbehalt?, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1998.
32. Dreier H. Die Radbrusche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis? // Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch. Tübingen, 2015.
33. Dreier, Rechtsbegriff und Rechtsidee. Kants Rechtsbegriff und seine Bedeutung für die gegenwärtige Diskussion (1986) Foljanty, Recht oder Gesetz (2013).
34. Dreier/Paulson, Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs, in Dreier/Paulson (Hrsg), Gustav Radbruch Rechtsphilosophie (1999).
35. Eser, Albin; Arnold, Jörg (Hrsg.), Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, Band 2: Deutschland, Freiburg i.B.: 2000.
36. Forschner, Die Radbruchsche Formel in den höchstrichterlichen „Mauerschützenurteilen“, Dissertation Universität Tübingen (2003) Höhne, Hitlers Durchbruch zur Alleinherrschaft (1984).
37. Götz von Olenhusen A. Gustav Radbruch - Wissenschaft zwischen Recht und Macht. Freiburg, Br., 2010.

38. Haldemann F. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A debate on Nazi law. *Ratio Juris*, 2005.
39. Heiss G. Sozialistischer Konformismus. Vollendeter Staat und Anmut des Rechts bei Gustav Radbruch. // *Rechtsund Staatsphilosophie der Relativismus. Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch.* BadenBaden, 2011.
40. Herdegen, Matthias, Das Überpositive im positiven Recht. Von der Sehnsucht nach der heilen Wertewelt zum Kampf der Rechtskulturen, in: *Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee*, hrsg. v. O Depenheuer/M. Heintzen/M. Jestaedt/P. Axer, Heidelberg: Müller 2007.
41. Imer B. Flores, Kenneth E. Himma *Law, Liberty, and the Rule of Law.* Springer Science & Business Media, 2012.
42. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon press, 1980).
43. John M. Finnis, Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law's 'Ideal Dimension', *59 Am. J. Juris.* 85 (2014).
44. Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (Cambridge: William Rehg trans, MIT Press, 1998).
45. Kaufmann A., Büllsbach A. *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart.* C.F. Müller GmbH., 2011.
46. Kaufmann, Arthur, Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre – und was daraus geworden ist, in: *Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag, hrsg. v. M. Stolleis u.a., München: Beck 1991.
47. Klatt M. *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy* / M. Klatt. – Oxford : Oxford University Press, 2012.
48. *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy* / ed. by George Pavlakos. – Oxford and Portland, Oregon : Hart Published, 2007.
49. Marc Andre Wiegand, *Unrichtiges Recht* (Tiibingen: Mohr Siebeck, 2004)

50. Martin Borowski Recht, Gerechtigkeit und Moral. Die Debatte um Naturrecht und Rechtspositivismus Veröffentlicht 2019-12-16 Nr. 15 (2019): Kultur & Natur.
51. Martin D. Klein Demokratisches Denken bei Gustav Radbruch. BWV Verlag, 2007.
52. Merten M. Gustav Radbruch in der Diskussion zwischen Naturrecht und Positivismus. GRIN Verlag, 2007.
53. Michael Smith, The Moral Problem (Oxford, UK & Cambridge, Massachusetts: Blackwell Publishers, 1994).
54. Neumann U. Zum Verhältnis der Rechtsgeltung und Rechtsbegriff - Wandlungen in der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs // Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch. Tübingen, 2015.
55. Niels Petersen Alexy and the “German” Model of Proportionality: Why the Theory of Constitutional Rights Does Not Provide a Representative Reconstruction of the Proportionality Test German Law Journal (2020).
56. Poscher, Ralf, The Principle Theory: How Many Theories and What is Their Merit? (May 28, 2009). INSTITUTIONALIZING REASON. PERSPECTIVES ON THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY, M. Klatt, ed., New York: Oxford University Press, Forthcoming, pp. 218-247, 2012.
57. Rainer G. Die Ordnung der Freiheit: Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag. Mohr Siebeck., 2007.
58. Renzikowski J. Die Radbruchsche Formel - Hintergründe und Wirkungsgeschichte // Rechts- und Staatsphilosophie der Relativismus. Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch. Baden-Baden, 2011.
59. Richard B. Brandt, Ethical Theory (Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1959).
60. Rottleuthner, Gustav Radbruch und der „Unrechtsstaat“, in Borowski/Paulson (Hrsg), Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch (2015).

61. Rudolf Geiger The German Border Guard Cases and International Human Rights European Journal of International Law 9 (1998).
62. Russell Miller Rejecting Radbruch: The European Court of Human Rights and the Crimes of the East German 14 Leiden Journal of International Law 653–663 (2001).
63. Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus⁸ (2017) Rüthers, Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich (1988).
64. Saliger F. Content and practical significance of radbruch's formula / Проблемы философии права, 2004. №24.
65. Sarat A., Douglas L., Merrill M. Umphrey The Limits of Law. Stanford University Press, 2005.
66. Schlüter, Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie und Kelsens Reine Rechtslehre Ein Vergleich, Dissertation Universität Tübingen (2009)
67. Schumacher B. Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel. Göttingen, 1985.
68. Sendik A. Radbruchsche Formel: Interpretation und Implementation. Marburg, 2002.
69. Stanley L. Paulson, “Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the ‘Positivist’ Theses’”, Law and Philosophy 13(3) (1994).
70. Taekema S. The Concept of Ideals in Legal Theory. Springer Science & Business Media, 2002
71. Torben Spaak Meta-Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch Law and Philosophy , May, 2009, Vol. 28, No. 3 (May, 2009), pp. 261-290
Heiss G. Sozialistischer Konformismus. Vollendeter Staat und Anmut des Rechts bei Gustav Radbruch. // Rechtsund Staatsphilosophie der Relativismus. Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch. BadenBaden, 2011.
72. Torben Spaak, 'Moral Relativism and Human Rights,' Buffalo Human Rights Law Review 13 (2007).