

ФЕДЕРАЛЬНОЕ АГЕНТСТВО ПО ОБРАЗОВАНИЮ
НОВОСИБИРСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ЭКОНОМИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ
КАФЕДРА ПРАВОВЕДЕНИЯ

УДК 340
ББК Ю713.12
А 946

Е. В. Афонасин, А. Б. Дидикин

Афонасин Е. В., Дидикин А. Б.

Философия права: Учеб. пособие / Новосиб. гос. ун-т. Новосибирск, 2006. 92 с.

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

ISBN 5-94356-430-6

Учебное пособие

Учебное пособие содержит материалы по философии права XX в., необходимые для изучения и преподавания данного курса, список рекомендованной литературы и подборку текстов для чтения. Дается анализ основных философско-правовых проблем, характеризующих особенности аналитической и континентальной традиций в современной философии права. Показана взаимосвязь данных традиций с социально-историческими условиями развития европейских государств и спецификой конкретных правовых систем. Пособие написано на основе лекций, прочитанных авторами на экономическом факультете Новосибирского государственного университета (отделение «экономика и право»). Предназначено для студентов третьего-пятого курсов юридических отделений вузов.

Рецензенты:

д-р. филос. наук, проф. А. К. Черненко,
канд. филос. наук, доц. А. А. Шевченко

Новосибирск
2006

ISBN 5-94356-430-6

© Новосибирский государственный университет, 2006
© Е. В. Афонасин, А. Б. Дидикин, предисловие, составление, перевод, 2006

ПРЕДИСЛОВИЕ

«Философия права» – одна из самых молодых дисциплин в системе юридического образования и по сути выделилась в качестве самостоятельного раздела юриспруденции лишь в первой половине XIX века. Обычно считается, что первые шаги в создании философии права как учебной дисциплины были сделаны такими немецкими философами, как И. Кант, И. Фихте и Г. Гегель. В англо-американской традиции истоки философии права принято усматривать скорее в традиции либерализма, восходящей к сочинениям Дж. Локка. Возможны и другие представления о процессе формирования философии права. К примеру, русский юрист конца XIX – начала XX в. Г. Ф. Шершеневич в своей работе «История философии права» (СПб., 1907; переизд.: СПб., 2001), рассматривает историю права как историю борьбы за свободу и выделяет два основных этапа в формировании философии права: этап борьбы за религиозную свободу (от Макиавелли до Лейбница) и этап борьбы за политическую свободу (от Локка до Гегеля).

Как бы там ни было, ясно, что философия права – это прежде всего история ответов на важнейшие вопросы, возникающие в процессе понимания и применения права. Вопросы эти ставились с древнейших времен, и в различные эпохи люди находили на них свои ответы. Однако удивительно и ценно то, что в процессе изучения истории философии права становится ясно, что по мере развития представлений о праве и справедливости человечество сумело выработать и обосновать целый ряд общих положений, своего рода правовых универсалий, верных для всех и во все времена. Поэтому невозможно не согласиться с замечанием величайшего теоретика права современности Герберта Харта, так оценивающего положение дел в философии права: «Спекуляции о природе права имеют долгую и сложную историю; несмотря на это, в ретроспективе видно, что они практически постоянно фокусируются на нескольких принципиальных проблемах. Они не были выбраны или изобретены специально для наслаждения академическими дискуссиями, но касаются тех аспектов права, которые во все времена естественно вызывали недоумения; так что замешательство и, как следствие, потребность в достижении большей ясности относительно них, могут сосуществовать даже в умах глубокомысленных людей, обладающих знанием права и мастерски его применяющих»¹.

В нашем учебном пособии рассматриваются преимущественно современные философско-правовые концепции, малоизученные в отечественной научной литературе. Мы увидим, что в отличие от классических философских построений в области права, для современной философии права характерны отказ от попыток создания моделей идеального государственного устройства и глобальных философских систем, критика умозрительных правовых концепций и абстрактных представлений о праве, использование эмпирического материала отраслевых правовых наук с целью обоснования философско-правовых взглядов. Указанные факторы способствуют одновременному развитию различных традиций и методологических подходов в философии права.

Пособие дополнено краткими биографическими сведениями о важнейших правоведах современности и выдержками из их сочинений.

Е. А., А. Д.
сентябрь 2006
Академгородок

¹ Hart H. L. A. The Concept of Law. The second edition. Oxford University Press, 1994. P. 6.

ТЕМА I.
ИСТОКИ И БАЗОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ
СОВРЕМЕННОЙ ФИЛОСОФИИ ПРАВА

Право интересовало философов и политиков с древнейших времен. Основано ли право на естественном порядке вещей, – неустанно спрашивали они, – открыто ли каждому человеку от природы через чувство справедливости или же установлено людьми и поддерживается лишь силою тех или иных социальных институтов? Подчиняется ли этот мир разумно постижимому принципу, который можно усмотреть в законах природы и человеческого общества, или же законы – это произвольные повеления высшей власти?

Рационализм в праве. Доктрина, согласно которой разумные основания права могут быть поняты независимо от воли законодателя, восходит к античной философской традиции. Критикуя в «Государстве» Фразимаха, сторонника идеи о том, что справедливость – это волеизъявление сильного, Платон стремился устами Сократа доказать, что базовые принципы человеческого поведения, закрепленные в праве, разумны и могут быть поняты безотносительно к конкретному правовому уложению. В этом смысле они носят универсальный характер. Анализируя законодательство различных полисов, Аристотель показывает, что наряду с отдельными локальными особенностями право, принятое в каждом из них, подчинено некоторым базовым критериям, для которых можно найти разумное обоснование. Некоторые законы, безусловно, есть продукт правотворчества отдельных людей, в то время как другие в определенном смысле естественны. Дальнейшее развитие эта идея получила в философии стоиков и, под их влиянием, у римских правоведов, которые объявили кодифицированное право «писаным разумом». В наиболее ярком виде концепция «естественного права» представлена у христианских теологов (Августин, Фома Аквинский): их аргументация до сих пор используется сторонниками этой доктрины, в особенности среди неотомистов, полагающих, что они способны продемонстрировать, как базовые человеческие ценности находят воплощение в конкретных позитивно установленных законах. В семнадцатом веке в трудах философов эпохи Просвещения эта идея получила дальнейшее развитие, причем базовые ценности рассматривались вне теологического контекста, как фундаментальные интуиции, постижимые человеческим разумом. Свое классическое выражение эта тенденция получила в философии права И. Канта.

Волюнтаризм в праве. Однако возможен противоположный ответ на вопрос о происхождении универсального закона. Источником его может быть объявлена верховная воля, а не высший разум. Фундаментальные положения такого закона не подлежат обсуждению, потому что человеческий разум не в силах понять божественную волю. Разумеется, такой закон также «естественный» потому, что ничто не в силах нарушить божественную волю, которая познается через откровение. Познавание этого закона осуществляется герменевтическими средствами, через истолкование авторитетного текста, будь то божественное писание или закон, изданный «наместником бога на земле». Аргументация подобного рода, основополагающая для теократических правовых систем, была частично унаследована в доктрине «общественного договора»: теперь право мыслилось как коллективное волеизъявление, вроде «общей воли» Ж.-Ж. Руссо.

Право как обычай. Однако если принципы права не укоренены в человеческой природе и не являются результатом божественного или коллективного волеизъявления, то каково же происхождение права? Д. Юм одним из первых предложил рассматривать право как продукт исторического развития, усматривая его истоки в соглашениях и обычаях, глубоко укоренившихся в социальной памяти. Бентам и Остин свели правовой обычай к «привычке повиновения» власти. Право как форма властных отношений отделяется ими от других обычаев, таких как моральные нормы, кодекс чести и т. д. В каждом обществе правит тот, кому остальные склонны по привычке повиноваться. Именно он создает право и распоряжается по своему усмотрению судьбами остальных людей. Суверен – это тот, кому все по привычке повинуются, в то время как он привык не повиноваться никому. Эта доктрина позитивного права, получившая особое распространение в XVIII–XIX вв., способствовала широкомасштабной трансформации юриспруденции, ознаменовавшейся чередой кодификаций и правовых реформ. С критикой модернизма и волюнтаризма в юридической науке XIX в. выступили представители исторической школы права, такие как Тибо, Савиньи и Пухта, неустанно подчеркивая роль обычая в формировании права. Признавая основные положения исторической школы, Иеринг критиковал ее за недостаточно высокую оценку значимости человеческого действия в длительном и сложном процессе «борьбы за право». В XX в. критики классического позитивизма обвиняли его авторов в ошибочном понимании природы «приказа» суверена (Кельзен), а также в том, что они искали источник легитимности власти в «обычае», в то время как в действительности он определяется «внутренней точкой зрения» тех, для кого создано право (Харт).

Право и ценности. Вопрос о ценностном содержании позитивного права имел значение для представителей правового позитивизма во всех его вариантах, от крайнего волюнтаризма до умеренных вариантов, признающих «минимальный набор» естественных прав и даже роль обычая в формировании права. Сомнения вызывал не вопрос о том, должно ли право быть справедливым, но является ли справедливость права необходимым условием его легитимности. Ориентированный на «научные» стандарты, правовой анализ стремился избегать моральных суждений и идеологизированной аргументации в вопросах, которые считались чисто юридическими. Поэтому те проблемы, которые приверженцы доктрины «естественного права» были склонны считать этическими, рассматривались в контексте историческом, психологическом или экономическом. Единственным разделом юриспруденции, в котором было невозможно обойтись без обсуждения проблемы соотношения права и морали, оставалось уголовное право. Этические проблемы были важны в различных пограничных областях права, а также при определении пределов вмешательства права в частную жизнь граждан. И все-таки некоторые авторы (например, Г. Радбрух) высказывали сомнение в том, что правовой позитивизм способен успешно сочетать в себе концептуальный анализ права, отвлеченный от этических проблем, и критический анализ действующих законов на основе моральных и политических принципов. Еще более проблематичной, как показал знаменитый доклад комиссии Вольфендена (1957) и его последующее обсуждение, выглядела процедура изменения позитивного права с учетом меняющихся моральных стандартов.

Право и политика. Противопоставляя волю разуму или естественное право правовому позитивизму, рассмотренные до сих пор философы не сомневались в том, что право существует в той или иной форме как отдельный социальный феномен. Право, выраженное в законодательстве и применяемое судом, рассматривалось в качестве достаточной гарантии соблюдения по крайней мере формальной социальной справедливости и равенства граждан перед законом. Идеальной моделью такого права считалось право как система определенных правил и процедур. Однако наличия свода правил, даже если они кодифицированы в виде светского или духовного текста, явно недостаточно для того, чтобы представить себе реалистичную картину функционирования права в социальном и политическом контексте. Для этого необходимо понять, как именно действуют эти правила и какую роль играют в конкретных случаях, что требует учета множества неправовых факторов, от социально-политических до культурно-исторических. В теоретическом плане это наблюдение означало необходимость разработки доктрины, которая бы преодолевала узкоспециальное представление о праве как системе правил и учитывала

важность иных элементов и форм функционирования правовой системы, прежде всего сложного и социально обусловленного механизма принятия судебных решений.

Таким образом, проблемы, волнующие современных философов права, по сути не отличаются от тех, которые актуализировали эту область познания на заре истории: мы по-прежнему не имеем ответа на вопрос о том, является ли право «писаным разумом», призванным защитить фундаментальные человеческие ценности, или же представляет собой площадку для игры, на которой ведутся бои без правил и конфликтующие политические интересы сталкиваются с индивидуальными устремлениями.

ТЕМА II. ФОРМИРОВАНИЕ АНАЛИТИЧЕСКОЙ ТРАДИЦИИ В ФИЛОСОФИИ ПРАВА

Социально-исторические и теоретические предпосылки. Развитие западноевропейской философско-правовой мысли в первой половине XIX века происходило в условиях формирования философии позитивизма и процесса дифференциации политико-правовых знаний о закономерностях функционирования правовой действительности. Особенности становления классического правового позитивизма в Великобритании (Дж. Остин) и других европейских странах в этот период обусловлены действием «внешних» и «внутренних» факторов. «Внешние» факторы появления позитивистской правовой традиции связаны с динамикой социально-исторического развития европейских государств. Это, прежде всего, тенденции либерализации монархических режимов, роста политической значимости не только либеральных ценностей, но и «конституционализма» как особого вида общественного устройства, связанного с вовлечением различных социальных групп в политические процессы². Поскольку подобные явления предполагали реформирование

² Либерализация монархических режимов в западноевропейских странах – закономерный этап конституционной эволюции европейских государств в эпоху промышленного переворота. Политико-правовой аспект данного процесса проявляется в становлении «Вестминстерской модели» государственного строя Великобритании: расширение полномочий британского парламента в текущей политике, осуществление избирательных реформ 1832, 1867 и 1884 гг., муниципальной реформы 1835 г. и реформы местного управления 1888 г., реформы судебной системы 1873–76 и 1880 гг. Сходные процессы наблюдались в конституционном развитии Франции (ограничение монархической власти деятельностью представительных органов, попытки

государственных органов, совершенствование судебной системы и отражение соответствующих властных решений в нормах законодательства, результатом становится рост потребностей юридической практики и спроса на квалифицированных специалистов в правовой сфере. Однако ко второй половине XIX века в философско-правовых учениях и юриспруденции по-прежнему преобладали идеи «естественного права», априорные и рационалистические представления о человеке как политическом существе, основанные, как правило, на доминирующей системе ценностей в конкретных государствах. В этом смысле внутренними факторами стали необходимость обособления юридической сферы в самостоятельную область научного знания и общественной практики, создания специальных юридических методов, которые могли хотя бы внешним образом обеспечить «автономию» правового мышления и юридического сообщества. Этим и обусловлена популярность позитивистских воззрений на уровне практической деятельности. Кроме того, правовой позитивизм вводит правовое мышление в рамки эмпирических методов и приемов исследования, связанных с анализом многочисленных норм законодательства и их истолкования органами государственной власти, обладающими правотворческими либо судебными полномочиями (в частности, Сенат в Российской империи). Поскольку юридический анализ изначально ориентирован на формально-логическое истолкование правовой нормы, реальность права как социального феномена приобретала эмпирический и нормативный характер. Право интерпретировалось как совокупность правовых норм, предусмотренных действующим законодательством и содержащих властные предписания, исполнение которых обеспечивается мерами государственного принуждения. Так как задачей правоведа становилось лишь описание содержания нормативно-правовых актов, теоретическое осмысление реального процесса толкования и оценки правовых норм предполагало установление «догмы права», то есть подлинного содержания властного предписания. Вот почему позитивистский метод анализа правовых источников под влиянием философских концепций «первого позитивизма» и с учетом специфики положений законодательства стали именовать формально-догматическим методом. Этот метод является основным для теорий «аналитического» правового позитивизма (Дж. Остин) и к началу

установления республиканской формы правления), Германии (ограничение широких полномочий императора в отношениях с канцлером и правительством) и Российской империи (реформы Александра II). (Подробнее об этом см.: Медушевский А. А. Демократия и авторитаризм. Российский конституционализм в сравнительной перспективе. М., 1998. С. 173–198; История буржуазного конституционализма XIX в. М., 1986. С. 26–27, 40–46 и др.)

XX века «конкурирует» с идеями «социологического позитивизма» и попытками применения социологических методов к анализу реальных правовых отношений и функционированию правовых институтов («правовой реализм» О. В. Холмса, Дж. Франка и К. Ллевеллина). Таким образом, ко второй половине XX века в философии права сосуществовали различные версии правового позитивизма и теорий «естественного права». В этот период под влиянием аналитической философии (логического и лингвистического позитивизма) позитивистские воззрения подвергаются значительному усовершенствованию, что наиболее явно отражено в положениях «аналитической философии права» (в особенности, Г. Кельзен и Г. Харт).

Многие философы права стремились дать общее определение феномену права, в котором учитывалось бы все многообразие конкретных правовых ситуаций и обозначены границы правовой сферы. Г. Харт отмечает, что подобные устремления неизбежно приводили к абсолютизации отдельных аспектов права, и, как следствие, к неясности и необоснованности исходных теоретических и методологических представлений правоведов³. Однако определение понятия права имело практические последствия, поскольку критерием истинности и «юридической справедливости» фактически считалось адекватное подведение правового факта под общее правило или описание его с помощью общих терминов. В неопозитивистских правовых теориях предпринимались попытки использования принципа верифицируемости правовых высказываний. Но фактически верификация в праве не предполагала подтверждение эмпирическими данными, а сводилась лишь к многократному сопоставлению того или иного положения дел с нормами действующего законодательства. Правоприменение, однако, искажало установленное значение правовой нормы, что внесло момент «неопределенности» в толкование и прояснение действительного функционирования и взаимодействия «права» и «закона». Потребность в изучении повседневного «естественного» языка права и юридической практики становится общепризнанной⁴. В этом смысле в неопозитивистской теории права Г. Харта изучение правового явления предполагает анализ не только структуры и регулирующего воздействия правовой нормы, но и специфики ее применения к реальному человеческому поведению.

«Аналитическая юриспруденция» Дж. Остина и ее критики. «Командная» теория права английского правоведа Джона Остина является первой крупной доктриной правового позитивизма XIX века. Многие

³ См.: Hart H. L. A. Notes // Hart H. L. A. Concept of Law. P. 277.

⁴ См.: Hart H. L. A. Concept of Law. P. 279–280.

сторонники позитивизма признавали, что модель правовой системы Дж. Остина, состоящая из трех параметров («суверен», «приказ», «санкция») позволяет четко выделить область правовых и моральных предписаний из сферы юриспруденции в целом.

Согласно Дж. Остину, предметом исследования юриста должно быть «позитивное право», то есть «право, устанавливаемое политически господствующим для политически подчиненного»; «правила, предназначенные для управления поведением одного разумного человека со стороны другого разумного человека, обладающего властью над первым»⁵. В этом смысле специфика правовой действительности состоит в наличии в политическом пространстве особого рода властных отношений между политическими субъектом («сувереном») и подчиненными ему лицами. Соответственно, «каждая норма или правило представляет собой повеление (command)»⁶. Такое повеление (приказ) отличается от иных желаний тем, что субъект повеления имеет возможность «произвести взыскание» или осуществить иное наказание в случае неисполнения его приказа. Отсутствие таких полномочий, по мнению Дж. Остина, превращает подобные властные предписания в нормы «положительной морали», то есть в социальные нормы, созданные частными лицами при реализации своих намерений или выражении мнений.

В модели Дж. Остина приказы обладают статусом законов при наличии двух условий: (1) общий характер предписаний, то есть желание «суверена», является обобщением множества событий политической сферы; (2) само предписание исходит от «суверена». Однако возникает вопрос: кто такой суверен и чем он отличается от других субъектов политики?⁷ В понимании Дж. Остина в любом обществе существует «лицо» или «группа лиц», которые добиваются обычного повиновения со стороны большей части общества, но сами никому не подчинены. Таким образом, право является совокупностью принудительных приказов неподвластных закону правителей. Чем же суверен отличается от вооруженного разбойника, который регулярно грабит большую группу людей, привыкших к насилию? По-видимому, правовую систему невозможно свести к уголовно-правовым нормам, похожим на «приказы, подкрепленные угрозами», и «легальность» существования уголовно-

⁵ Остин Дж. Определение области юриспруденции // Антология мировой правовой мысли. М., 1999. Т. 3. С. 400.

⁶ Там же. С. 401.

⁷ См.: Hart H. L. A. Positivism and separation of law and morals // Philosophy of Law. Oxford, 1977. P. 19.

исполнительной системы должна иметь иное содержание, чем в модели Дж. Остина⁸.

Властные предписания выражаются в языке с помощью императивов в повелительном наклонении – «распоряжений», «требований», «советов». Важны не только отношения между императивом и описанием действий, но и контекст конкретной социальной ситуации. Ведь при обычном способе употребления повелительного наклонения (например, «если вы не имеете свидетельства о регистрации предпринимателем, то вы не можете заниматься бизнесом») говорящий лишь сообщает некую информацию с описанием возможных событий. В другом случае говорящий может выражать намерение заставить другого совершить недобровольные действия, в том числе с угрозой санкций («если вы не имеете свидетельства о регистрации предпринимателем, то ваша деятельность является 'теневой' и уголовно наказуема»)⁹.

Для императивной теории Остина характерны такие признаки, как монизм и редукционизм. «Монизм» состоит в том, что единственными источниками права являются законы. При этом законы имеют единую форму – описание правовых обязанностей всех субъектов, кроме суверена. В этом смысле недостаток его теории очевиден при переходе от монархического режима к «конституционализму» как режиму самоограничения власти, когда суверен уже по определению подчинен правовым нормам. Кроме того, Остин и его последователи используют нормативный язык и тем самым полагают, что анализ правовых высказываний о властных полномочиях, правах и обязанностях может осуществляться без применения неюридических терминов («редукционизм»)¹⁰. Г. Харт и другие критики Остина убедительно показали ограниченность такого подхода. Ведь для разнообразных форм императивов и терминов, выражающих приказы, команды, просьбы, не существует общих слов, точно отражающих намерения говорящего. Даже обыденные выражения содержат в себе «контекст употребления» и иначе не могут быть адекватно осмыслены. В случае с вооруженным грабителем логично и естественно предположить, что он приказывает жертве отдать деньги, а жертва подчиняется. Но верно ли такое понимание «императива» для, например, требования полицейского уплатить штраф за парковку автомобиля в неположенном месте? Дж. Остин считает, что верно, ибо само требование должностного лица с властными предписаниями задает «контекст» и сущность возникающих правовых отношений, спе-

⁸ Hart H. L. A. Positivism and separation of law and morals. P. 19.

⁹ См.: Hart H.L.A. Concept of Law. P. 280–281.

¹⁰ См.: Legal positivism // Stanford Encyclopedia of philosophy [www.plato.stanford.edu].

цифику правовых действий. Г. Харт же отмечает, что это не так, ибо полицейский не похож на грабителя, он не присваивает себе властных полномочий, а наделен ими по закону. Кроме того, правила о штрафах законодательно закреплены, не базируются лишь на здравом смысле участников события и не функционируют в виде обычаев. Необходимо понимать, что правила бывают различных типов. Ведь в случае заключения контракта, вступления в брак или составления завещания принудительных приказов нет, а есть лишь рекомендации и процедуры совершения действий, несоблюдение которых влечет не санкцию в строгом смысле слова, а лишь нежелательные последствия в виде «юридической недействительности» действий.

Поэтому при рассмотрении уголовно-правовых норм, напоминающих указы суверена у Дж. Остина, Г. Хартом проводится сравнение неопозитивистской модели с представлениями Дж. Остина. «Остин различает законы и отдельные команды и утверждает, что команда является законом или правилом, если она, как правило, обязывает к действиям или воздержанию по отношению к определенному классу действий»¹¹. Иными словами, если приказ обращен сувереном к отдельно взятому лицу по поводу определенного типа или класса совершаемых им действий, то он приобретает статус закона. Однако это неверно и в современной правовой системе относится лишь к ненормативным правовым актам. Если Президент своим «распоряжением» назначает конкретное лицо на должность руководителя Администрации Президента, то этот правовой акт не является общеобязательным и касается только назначаемого на должность лица, то есть имеет локальное и временное действие. Общеобязательными здесь будут лишь «правила изменения» (называемые Хартом *вторичными* правилами), которые наделяют Президента полномочиями по вынесению подобных распоряжений и распространяются на неограниченный круг граждан государства.

Наиболее спорными являются представления Остина о суверене как законодателе. Он считает, что в демократическом обществе электорат конституирует суверенное образование и обладает суверенитетом, хотя в правовой системе Англии отсутствует институт прямой (непосредственной) демократии. Об этом писал в начале XX века английский правовед, автор доктрины английского конституционализма как источника права Альфред Дэйси, указывая на дескриптивный принцип «суверенитета Парламента» как основу института представительной демократии в Англии¹². Дж. Остин стремится включить в свою теорию сувере-

нитета и этот принцип, утверждая, что Парламент включает в себя Королеву, Палату лордов и Палату общин, действующих совместно. Парламентский суверенитет означает его «право создавать или не создавать любой закон и далее, что ни одно лицо или группа лиц не признается по праву Англии, обладающей правом отвергать или аннулировать законодательство Парламента», причем власть актов Парламента распространяется и на королевские доминионы¹³. В данном случае представление Дж. Остина о «массе населения» (электорате) как суверене и законодателя ведет к противоречию: приказам «массы населения» подчиняется само население, то есть население подчинено самому себе – проблема, знакомая теоретикам права еще со времен Ж.-Ж. Руссо¹⁴. Другие авторы (Салмонд) критикуют Дж. Остина за игнорирование этического смысла правовых норм.

При всех очевидных недостатках простая модель Дж. Остина, благодаря ясности и реалистичности, оказалась и продолжает оказывать влияние на развитие философско-правовых учений, в том числе на нормативизм Г. Кельзена и неопозитивизм Г. Харта.

ТЕМА III.

«ЧИСТАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА» (НОРМАТИВИЗМ) Г. КЕЛЬЗЕНА

«Чистая теория права» (нормативизм) австрийского правоведа Ганса Кельзена также имеет методологическое значение для формирования аналитической традиции в современной философии права. Фактически у Г. Кельзена сформулированы исходные постулаты и аргументы в пользу признания феномена права и нормативного порядка системой определенных правил.

Принципы юридического познания. Г. Кельзен синтезирует идеи философии неокантианства (Г. Коген), неопозитивизма и правового позитивизма XIX века, поэтому для его теории характерны такие принципы правового познания как дуализм «должного» и «сущего»; применение «чистого» юридического метода, свободного от политико-идеологических и аксиологических влияний; «монизм» правовой теории за счет признания нормативного единства существующего правопорядка; представление о государстве как персонификации правопорядка; логическая иерархия норм в правовой системе во главе с «основной нормой» в международном праве. Таким образом, монизм в теории

¹¹ Hart H. L. A. Concept of Law. P. 282.

¹² См.: Dicey A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. Indianapolis: Liberty Classics, 1982. P. XVII.

¹³ Dicey A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. P. XXXVI.

¹⁴ См.: Hart H. L. A. Positivism and separation of law and morals. P.20.

Г. Кельзена влечет за собой принцип единства юридического знания и принцип тождества государства и права.

Учение о сущности права. «Чистота» правовых понятий и юридического метода обеспечивается, по мнению Г. Кельзена, тем, что право принадлежит сфере «должного», а значит, правовое мышление имеет дело лишь с долженствованием, выраженным в содержании правовой нормы¹⁵. Правовое значение поведения как объективный смысл действия отличает их от природных явлений, подчиненных закону причинности¹⁶. Как отмечает Кельзен, «норма функционирует в качестве схемы истолкования». Соответственно, результат нормативного толкования – суждения, наделяющие правовым значением акты поведения. Чем же определяется содержание правовых норм? Долженствованием, которое создает нормативный порядок, но не только в значении «может», но и в смысле «имеет право». То есть правовая норма и предписывает и позволяет, может содержать как дозволения, так и запреты, что уже напоминает разграничение видов правовых норм. Юридические акты выражаются через жесты, символы, устную речь, письменные документы. А долженствование придает юридическому акту смысл. И потому связующим звеном между нормой (долженствованием) и бытием (актом воли) является «действие». Таким образом, формы правового бытия образуют «действующие» правовые нормы, а содержание правового бытия составляет поведение субъектов (действие, бездействие), которых нормы права наделяют правовым статусом и приписывают юридические свойства их действиям.

В «чистой теории» право характеризуется нормативным порядком человеческого поведения и представляет собой систему правовых норм. Однако норма права может быть либо мысленным допущением, либо позитивно установленной нормой. В частности, мысленными допущениями нормативного характера являются правовые аксиомы («никто не может быть судьей в собственном деле»), правовые презумпции, фикции и правовые принципы.

¹⁵ См.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена: Сб. пер. М., 1987. Вып. 1. С. 12; Kelsen H. Allgemeine Staatslehre. Berlin: Springer, 1925.

¹⁶ В теории Кельзена природе свойственна причинность, а общество – это порядок человеческого поведения, поэтому причинности в правовой сфере нет (См.: Kelsen H. Causality and Imputation // Ethics. 1950. Vol. 61. No. 1. P. 1). Тем самым объектом юриспруденции в отличие от естествознания становится не реальность, а ценности, которые описываются действующими в обществе правовыми нормами (Kelsen H. Science and Politics // The American Political Science Review. 1951. Vol. 45. No. 3. P. 648).

Долженствование в теории Г. Кельзена образует субъективный смысл акта воли. Если действие воспринимается субъективно как правомерное только тем, кто его совершает (например, требования грабителя), объективно оно является неправомерным. Если же такое действие воспринимается субъективно как правомерное с точки зрения субъекта действия и других лиц (требование должностного лица), то оно может быть правомерным, если соответствует закону.

Учение об иерархии правовых норм. В теории Г. Кельзена обосновывается концепция логической иерархии (ступеней) норм в правовой системе. При этом нормативное единство правопорядка достигается на основе субординации правовых норм. Что же обеспечивает субординацию? Вслед за Г. Когеном и его идеей «государства как формы права» Г. Кельзен считает, что государство не принадлежит эмпирической реальности, а соответствует определенному правопорядку, персонифицируя его. То есть помимо субординации нормативное единство правопорядка обеспечивается предположением о существовании «основной нормы». «Основная норма» – это допущение, обосновывающее «объективную действительность нормы, которая к чему-то обязывает». Но, в отличие от категорического императива И. Канта, у «основной нормы» отсутствует определенность, то есть неясно ее происхождение, природа, содержание и носитель. Данная норма – вершина и основа динамики правопорядка, а ее теоретико-познавательная функция превращает ее в философско-правовую категорию. Г. Кельзен рассматривает представление о естественном правопорядке, в котором нормы «естественного права» логически восходят к единому принципу и нижестоящие нормы логически выводятся из вышестоящих. В то же время в позитивном правопорядке содержание нижестоящих норм не заложено в содержании «основной нормы» и любая социальная норма может стать правовой, если введена с соблюдением процедур. Таким образом, динамика правопорядка у Г. Кельзена – воспроизведение правом самого себя от общих норм к «индивидуальным нормам» в правоприменении (судебные решения).

Учение о конституции. Политические взгляды Г. Кельзена основываются на принципе отождествления государства и права. Государство как организация принуждения идентично правопорядку, но и само порождено правом. Кельзен приходит к выводу, что любое государство, в том числе авторитарное, является государством правовым, что противоречило доктринам либеральной демократии. Классифицируя государства на демократические и недемократические, он выступает сторонником парламентской демократии. Но понимание им демократии не сво-

дится к принятию решений и утверждению законов большинством голосов. Демократия предполагает уважение к чужим взглядам и требует защиты интересов меньшинства. «Движущим принципом всякой демократии в действительности служит не экономическая свобода либерализма, как иногда утверждали (ибо демократия может быть как либеральной, так и социалистической), а, скорее, духовная свобода». Таким образом, правовое государство характеризуется демократическим режимом и конституционной моделью общественного устройства.

Но Кельзен не абсолютизирует и не идеализирует возможности демократии. Парламент в лице политических партий представляет различные общественные интересы. А столкновение интересов способствует заключению разного рода «делок» между влиятельными политическими группами. Поэтому роль демократии в обществе ограничена, поскольку, по мнению Кельзена, в таких условиях нет возможности достичь правильных и объективно обоснованных политических решений.

Кроме того, общество периодически сталкивается с революциями. Революция – это любое изменение Конституции. А переворот в правовом порядке (и в государстве, которое тождественно праву) определяет новые критерии легитимности власти и действующего законодательства. В данном случае Кельзен не выходит за рамки позитивистских представлений, понимая, что множество подобных «революций» может разрушить демократию, что и произошло в Германии (крах Веймарской республики и приход к власти нацистов, а после Второй мировой войны – оккупация Германии американскими и советскими войсками).

В теории Г. Кельзена проводится различие между формальной и материальной конституцией. Конституция – вершина национальной правовой системы, «и в материальном смысле слова – это собрание норм, которые регулируют создание законов». Отсюда следует, что материальная Конституция определяет не только статус государственных органов и процедуры законотворчества, но также и содержание будущих законов через введение определенных запретов и дозволений. Соответственно, формальная Конституция – это письменный документ, «собрание правовых норм, которые могут быть изменены лишь в установленном процессуальном порядке, цель которого состоит в том, чтобы затруднить изменение этих норм».

Учение о международном праве. Одно из важнейших положений нормативизма Г. Кельзена – его идея первичности и приоритета международного права. Именно международное право содержит «основную норму», без которой не могут существовать национальные правовые системы. Оно определяет, что такое государство: необходимыми условиями для его существования являются «правопорядок», «эффектив-

ность управления территорией» и «независимость общества от других обществ»¹⁷. В этом смысле государства обладают относительным суверенитетом, они подчинены субъектам международного права (наднациональным организациям)¹⁸.

Но возникает вопрос – какая норма международного права может быть «основной нормой»? Отдельные авторы предлагали считать такой нормой принцип регулирования международных отношений с помощью международных договоров. Однако не все международные обязательства возникают из договоров, а у государств помимо этого признается судебный иммунитет. Кроме того, отмечалось, что из содержания ст. 38 Статута Международного суда ООН невозможно вывести даже перечень формальных источников международного права, поскольку они не являются общеобязательными для всех государств мира. Г. Кельзен указывал, что международное право часто фиксирует факты «обычного поведения» государств в международных отношениях. Отсюда его вывод: «основной нормой» фактически является принцип *эстоппель*, положение «государства должны вести себя так, как они обычно ведут себя», то есть из «сущего» выводится «должное», а система международного права оказывается бессильной противостоять агрессии крупных государств.¹⁹

Критика нормативизма. Несмотря на обоснованную интерпретацию проблемы соотношения правовых норм и регулируемых ими правовых отношений, построение онтологии правовой реальности в теории Кельзена сталкивается с множеством противоречий. Если существует взаимосвязь бытия (актов воли) и долженствования (правовых норм), то не соблюдается методологический принцип «чистоты» юридического метода и правовых понятий. Поскольку помимо «основной нормы» и иерархии «общих норм» Кельзен признает наличие «индивидуальных норм», не мыслимых вне социальной реальности, а значит, не соблюдается методологический принцип «монизма» философско-правовой теории.

Возникают противоречия и в правоприменительной практике. Ведь дедуктивный вывод из «основной нормы» при принятии судебного

¹⁷ См.: Kelsen H. Recognition in International law: Theoretical observations // The American Journal of International law. 1941. Vol. 35. No. 4. P. 607, 608.

¹⁸ «Международное право налагает обязательства и предоставляет права государствам» (Kelsen H. Recognition in International Law: Theoretical observations. P. 606).

¹⁹ Подробнее см.: Каламкарян Р. А. Эстоппель в международном праве. М.: Наука, 2001.

решения ведет к тому, что судебное решение противоречит другим правовым нормам. А индуктивный переход от конкретных обстоятельств судебного дела к «основной норме» влечет необходимость ее пересмотра из-за многообразия фактических ситуаций. Кроме того, «чистая теория права» неполна, ибо не учитывает, в частности, «революции» в правовом порядке и возможность смены правовых систем, расхождение правовой практики с нормами Конституции и соотношение норм Конституции с «обычным правом», которое находится вне иерархии норм.

Впоследствии будет показано, что «чистая теория права» Г. Кельзена не решает проблемы неопределенности, статичности и неэффективности правовых норм, так как в его логической иерархии нормы не подлежат быстрому изменению в связи с изменчивой практикой. Неясно содержание многих норм, ничего не говорится о нормах, не зависящих от поведения, а являющихся основанием для действий (особенно в отношении должностных лиц). Однако «чистое учение о праве» Кельзена оказало влияние на аналитическую философию права.

ТЕМА IV. ПРАВОВОЙ НЕОПОЗИТИВИЗМ Г. ХАРТА

Аналитический подход к праву. В неопозитивизме Г. Харта представлена попытка пересмотра оснований и исходных предпосылок юридического знания, а также сформулированы три проблемы, характерные для аналитического подхода к пониманию природы права: (1) отличие правового принуждения от неправового; (2) соотношение моральных и правовых предписаний; (3) правила и их место в структуре правовой реальности.

(1) Г. Харт ссылается на эмпирический аргумент о том, что под воздействием правовых норм определенные виды человеческого поведения превращаются из произвольного в обязательное²⁰. Однако представления о «правовых обязанностях» в философии права различны. В доктрине Дж. Остина «обязанности» характеризуются наличием правовых отношений, связанных с исполнением приказов суверена. Здесь невозможно разграничение правового и неправового принуждения. Если вооруженный грабитель *приказывает* жертве отдать кошелек под угрозой расправы, то жертва *обязана* подчиниться. В теории Г. Харта источником обязанностей становится система *правовых* правил, в которой даже уголовно-правовые нормы не сводятся к принудительным прика-

²⁰ См.: Hart H. L. A. Concept of Law. P. 6.

зам, ибо введены на основе общеизвестных легальных процедур, являются общеобязательными и распространяются на множество лиц.

(2) Моральные предписания также являются одним из регуляторов человеческого поведения, состоят из правил и содержат запреты или ограничения. И в этом смысле правомерен вопрос о моральном содержании правовых предписаний. Ведь правовая система любого государства, особенно уголовное право, часто воспроизводит современные моральные представления. Кроме того, в теориях «естественного права» праву нередко приписывается функция восстановления справедливости в обществе, а также обсуждается вопрос о справедливости самих законов. Таким образом, сходства и различия в правовых и моральных положениях показывают трудности разграничения юридической и нравственной сфер.

(3) Поскольку проблема сущности права исследуется на эмпирическом уровне и предполагает анализ права как совокупности юридических правил, возникают вопросы о понятии и классификации правовых правил. Оказывается необходимым понять, в чем состоит отличие таких правил от обычаев и «обыкновений» в поведении людей и каково соотношение принудительных и моральных требований в структуре первичных правил²¹.

Специфика методологического подхода Г. Харта состоит в последовательном применении аналитического метода при определении границ правовой сферы. Предметом исследования в неопозитивизме становится не «позитивное право» в целом, а его отдельные элементы: позитивное право включает в себя различные источники права (законы, обычаи, доктрины, прецеденты), законы состоят из правовых норм, а нормы – из правил. Тем самым главной категорией в теории Г. Харта становится «правило», правовое высказывание о наличии либо отсутствии определенных правоотношений и их структурных элементах. Поэтому первой исходной предпосылкой правового неопозитивизма является принцип разграничения права и морали, «сущего» (позитивного) и «должного» (естественного) права, что проявляется, например, в дискуссии о принципах уголовного права. Очевидно, такие понятия, как «вина» и «наказание» могут иметь моральное или юридическое значение. Наказание возможно за совершение аморального поступка либо за нарушение уголовно-правовых норм. Позиция Г. Харта состоит в критике трактовки «вины» как «намеренного или небрежного совершения аморального поступка» с указанием на нормативность и моральную обусловленность подобного правового высказывания, а также на «моральную

²¹ См.: Hart H. L. A. Postscript // Hart H. L. A. Concept of Law. P. 240.

нейтральность» многих составов преступлений в уголовном законодательстве²².

Однако специфика принципа разграничения права и морали у Г. Харта проявляется в его рассуждениях о природе моральных, естественных и позитивных прав. Главный тезис Г. Харта состоит в том, что индивид обладает только одним естественным правом, не связанным с волевым поведением человека, – это «равное право каждого быть свободным»²³. Оно включает в себя право воздерживаться от всего, что связано с внешними ограничениями или принуждением, а также право на свободу любых действий, не связанных с принуждением и не наносящих вред другим. Таким образом, это «естественное право» не является абсолютным и неограниченным. Г. Харт допускает существование моральных прав, которые первоначально имеют связь с юридическими правами, поскольку свобода лица в определенной степени ограничена правовыми нормами. Данное положение подтверждается и при разделении Хартом «общих» и «специальных» прав. Специальные права и корреспондирующие им обязанности возникают в рамках конкретных правоотношений, и их появление зависит не от морального качества совершаемых действий, а от волевого соглашения сторон. Они отличаются от общих (моральных) прав, выполняющих защитную функцию против необоснованного ограничения свободы индивида. По мнению Г. Харта, наличие общих прав (например, «я имею право на свободу мысли и слова») дает моральное обоснование «должному» поведению других лиц. В данном случае моральное обоснование основывается не на конкретных действиях, а на естественном праве каждого на свободу. В неопозитивистской теории Г. Харта право имеет минимальное моральное содержание, которое выражается в наличии у индивида естественного права и общих прав.

Следующий постулат аналитики связан с пересмотром классического позитивистского представления о праве как «логически замкнутой системе, в которой корректные юридические решения могут быть дедуцированы с помощью логических средств из общих правовых правил» независимо от социальных целей, ценностей и политики. Харт стремится преодолеть крайности «правового реализма» (право – совокупность правоотношений) и «правового позитивизма» (выявление подлинного значения юридических конструкций). Поэтому главной задачей здесь становится определение условий истинности правовых высказываний. Например, утверждение «Х имеет право», по мнению Харта, истинно,

если удовлетворяет следующим условиям: (1) имеется правовая система; (2) в соответствии с правовыми правилами другое лицо Y «имеет обязанность» действовать или воздержаться от действий; (3) корреспонденция прав X обязанностям Y и наоборот при выборе ими поведения. Соответственно, утверждение «X имеет право» используется при принятии правового решения в конкретном случае, который подпадает под действие правил.

Структура юридического языка и правовые высказывания. В одной из своих ранних работ Г. Харт утверждает, что существует особый вид языковых выражений, основная функция которых состоит не в описании конкретных ситуаций, а в *выражении* правовых требований и в юридической квалификации событий, состояний и действий, придающей природным и социальным явлениям юридическое значение. Тем самым анализ человеческого поведения в правовой сфере осуществляется с помощью *аскриптивных*²⁴ высказываний, которые выражают юридические акты, возлагают ответственность за действия и в широком смысле приписывают юридическое значение эмпирическим фактам.

При анализе специфики судебной деятельности Харт прежде всего указывает на невозможность применения к юридическим утверждениям проверки на «истинность / ложность». Поскольку решающая стадия юридического процесса – принятие судебного решения, его функция состоит не только в определении истинности фактов («Смит положил яд в кофе своей жены, в результате она умерла»), но и в приписывании правовых последствий к этим фактам («Смит виновен в убийстве, приговором назначено наказание и порядок его исполнения»)²⁵. Если к юридической деятельности относится лишь правовая квалификация поведения, то неясно, каким образом факты поддерживают или опровергают юридические выводы. Г. Харт характеризует судебное решение как смесь эмпирических фактов и правовых норм. Однако он критикует модель описательных правовых утверждений, поскольку задача судьи более сложная, нежели простое согласование фактов с, например, необходимыми и достаточными условиями заключения договора, сформулированными в законах. При определении юридической действительности договора функция судьи состоит не в установлении правильной интерпретации фактов, а в *признании* существования такого договора через квалификацию действий сторон, исполняющих обязательство. И «договор существует во вневременном смысле слова *есть* применительно к

²² См.: Hart H. L. A. Punishment and Responsibility. Oxford, 1968. P. 181.

²³ См.: Hart H. L. A. Are there any natural rights? // The Philosophical Review. 1955. Vol. 64. № 2. P. 175.

²⁴ От англ. ascribe – приписывать, привлекать.

²⁵ Hart H. L. A. The Ascription of Responsibility and Rights // Essays on Logic and Language. – 1951. – Vol. 7 – P. 146.

юридическим решениям»²⁶. Таким образом, *аскриптивность* – важная характеристика правовых высказываний. В неопозитивистской интерпретации правовой реальности механизм «аскрипции» – универсальное средство познания: эмпирическим фактам *приписывается* аскриптивная форма и они становятся нормативными фактами, что позволяет разграничить правовую сферу от иных сфер природы и общества. Далее нормативные факты воплощаются в структуре правовых норм (законы, прецеденты) и приобретают статус юридических фактов как основания возникновения, изменения или прекращения правовых отношений. Характерен пример Г. Харта о различных значениях утверждения «он писал завещание». Это могут быть описание реальных действий лица (эмпирический факт), совершение юридического акта (нормативный факт), либо, при соблюдении необходимых условий (наличие гражданства, свидетелей, подписи на завещании, а также зарегистрированного факта смерти наследодателя), – юридический факт как основание возникновения наследственного правоотношения.

Однако главным недостатком этой идеи является абсолютизация понятия «аскрипции» применительно к правовой сфере. Так, один из критиков Харта Дж. Холл отмечает, что аскрипции всегда предшествует установление компетенции должностного лица и юридически значимых фактов²⁷. Другие авторы указывают на выражения, которые не приписывают ответственности именно потому, что не все действия подлежат ответственности. Тем не менее и такие выражения могут приписывать юридическое значение действиям. Кроме того, Харт игнорирует другие стадии уголовного и гражданского процесса. Принятию судебного решения (приговора) в уголовном процессе предшествует стадия «судебного следствия», а в гражданском процессе – исследование и оценка доказательств в рамках судебного разбирательства. В структуре судебного решения помимо резолютивной части не менее важны описательная и мотивировочная части, где судьей определяются факты, имеющие значение для дела²⁸. Таким образом, для правовых высказываний характерна не только аскриптивная форма (юридическая интерпретация

фактов), но и дескриптивное содержание (описание конкретных ситуаций).

Следующей теоретической предпосылкой неопозитивизма в философии права является *эмпиризм*. Эмпирическая аргументация в теории Харта предполагает существование правовых феноменов лишь в рамках системы правил. Государство в этом смысле представляет собой совокупность должностных лиц, наделенных властными полномочиями на основе юридических правил. То есть в правовом неопозитивизме основой государственного устройства становится не власть «суверена» (Дж. Остин), а правовые правила как условия легитимности государственного принуждения.

Система правовых правил и проблемы их применения. Чтобы показать отличие собственного подхода от «командной» теории Дж. Остина, Г. Харт вновь возвращается к ситуации с грабителем. Если жертва подчиняется требованиям грабителя, то, по теории Дж. Остина, в правовых отношениях между ними требования грабителя правомерны, ибо любой приказ суверена имеет правовой статус. В этом случае возникает ложное представление о том, что жертва «имела обязательство» выполнить «приказ» грабителя. По мнению Г. Харта, необходимо различать неправовое состояние, связанное с «чувством принуждения» («быть обязанным») и правовое состояние («иметь обязательство»)²⁹. Но при этом добавляется ещё одно условие – наличие всеобщего стандарта поведения. «Обязательство» не может возникнуть только из психологических мотивов, ему предшествует регулирующее воздействие «правила», независимое от воли сторон социального отношения. Поэтому уголовно-правовые отношения между грабителем, жертвой и государством в конечном итоге предполагают применение санкций, предусмотренных правилами уголовного права.

Но откуда нам известно, что люди соблюдают некие общеобязательные правила? И существуют ли они? В теории Харта используется позитивистское понятие «регулярности» как результата индуктивного обобщения эмпирических данных. И в этом случае различие правомерного и неправомерного можно обнаружить при анализе «внешнего» и «внутреннего» аспектов правил. «Внутренний» аспект – это позитивное или негативное восприятие «правил» субъектом в качестве образца поведения и, соответственно, соблюдение и несоблюдение правовых предписаний. Тем самым несоблюдение правил грабителем влечет применение санкций в виде уголовной ответственности за грабеж или разбой. А соблюдение того или иного правила предполагает исполнение обяза-

²⁶ Hart H. L. A. The Ascription of Responsibility and Rights. P. 155.

²⁷ См.: Hall J. Analytic Philosophy and Jurisprudence // Ethics. 1966. Vol. 77. P. 20.

²⁸ В английском гражданском процессе также существуют подобные процедуры и стадии, несмотря на то что процессуальные нормы разрозненны и содержатся в различных парламентских статутах (Законы о гражданском судопроизводстве (1997 г.), о Верховном суде (1981 г.), о судах графств (1984 г.), о доказательствах (1968, 1972, 1995 гг.), о юридической помощи (1988 г.)), а также в специфических Правилах гражданского судопроизводства (1998 г.), Правилах Верховного суда (1965 г.) и Правилах судов графств (1981 г.).

²⁹ См.: Hart H. L. A. Concept of Law. P. 88.

тельств, например условий договора. Более важен «внешний» аспект, позволяющий идентифицировать наличие определенных «правовых правил». В этом смысле поведение людей может включать «регулярное» соблюдение правила, негативные реакции и «привычные» отклонения от «правил», либо только факт признания определенных правил в качестве некоего стандарта «должного» поведения. Таким образом, «правила мыслятся и описываются как предписания, налагающие обязательства в том случае, если существует настоятельное общее требование им соответствовать, подкрепленное давлением со стороны социума против тех, кто не соблюдает их или пытается это сделать»³⁰. В зависимости от последствий могут быть разделены моральные предписания (словесное осуждение, призывы к чувству стыда и раскаяния) и правовые правила (санкции, иное давление со стороны общества). Поэтому необоснованные мнения отдельных авторов о возможности существования правил, не налагающих обязательств даже в условиях социального давления. Правило не содержит предписаний, если оно не предполагает обязанности их соблюдения и какие-либо «санкции» за нарушение правила.

Чем же тогда такие правила отличаются от «приказов», позволяющих предсказывать вероятное применение санкций? Дж. Остин не учитывает «внутренний» аспект правового предписания, когда отношение субъекта к содержанию становится не только критерием разграничения правомерного и неправомерного, но и влияет на характер уголовной ответственности («неосторожность» в совершении преступления. «раскаяние», «явка с повинной» и т. д.).

Однако с точки зрения «внутреннего» аспекта остается неясным, чем же отличаются правовые правила от неправовых правил (правил игры, этикета и т. п.)? Ведь из «внутренних» убеждений и наблюдаемых действий субъектов такое различие вывести трудно. Г. Харт рассматривает пример древнего общества, в котором отсутствуют законодатели, суды и должностные лица и действуют некие неофициальные обязывающие правила. Если это неписанные правила, то в древнем обществе возникает проблема неопределенности содержания таких правил и необходимость их отделения от неправовых типов правил. Кроме того, в подобной ситуации неофициальные правила статичны и подлежат медленной трансформации в связи с ростом нарушений правил в поведении людей. Возникающие при этом конфликты и споры не могут быть адекватно разрешены и в связи с нарушениями, и ввиду отсутствия авторитетного органа, устанавливающего факт нарушения и правоту спорящих сторон. Поэтому появление государства с властной структурой может

³⁰ Hart H. L. A. Concept of Law. P. 89.

быть средством решения указанных проблем только при создании эффективной системы правил. В теории Дж. Остина суверен творит подобные правила, но сам находится во «внеправовом» положении. Г. Харт же строит свою теорию на гипотезе о подчинении государства определенным образом установленным правилам.

Что же является критерием эффективности и системности правового регулирования? Г. Харт вводит модель двухуровневой правовой системы, которая характеризуется единством «первичных» и «вторичных» правил. При этом «первичные» правила регулируют поведение людей на основе запретов и дозволений, в том числе с установлением санкций. Соответственно, существует два вида «первичных» правил: (1) правила, налагающие обязанности по совершению определенных действий, либо воздержанию от действий под «угрозой санкций» (например, уголовно-правовые нормы); (2) правила, дающие полномочия на совершение действий и рекомендации о процедуре их совершения, несоблюдение которой влечет юридическую «недействительность» или «ничтожность» действий (например, нормы гражданского права о договорах, завещаниях). Отличие первого вида «первичных» правил от «приказов» состоит не только в подчинении «суверена» праву, но и в самой природе «суверена» и в критерии действительности этих правил.

По мнению большинства исследователей, в теории Харта роль «суверена» выполняют вторичные правила, которые являются условием существования правовой системы. То есть при отсутствии таких правил действующие образцы поведения, обыкновения и обычаи не образуют систему, несмотря на то что являются «источниками права» в древнем обществе. Для Харта вторичные правила – это не основание для дедуктивного вывода и «развертывания» исходных понятий в правовую систему (как у Дж. Остина), а социальный факт, имеющий эмпирическую природу и подлежащий верификации³¹. В этом смысле понятие «суверен» не имеет правового значения, ибо любое действие государственного органа и его должностных лиц должно быть согласовано с «вторичными правилами», а не с волей всевластного лица. Поэтому методологически некорректны критические вопросы В. А. Туманова в отношении теории Г. Харта. «Чем первичные нормы отличаются от субъективных прав и обязанностей?» Тем, что они – основание их возникновения. «Какими факторами обуславливаются первичные нормы, пока нет вто-

³¹ См.: Грязин И. Н. Текст права (опыт методологического анализа конкурирующих теорий). Таллинн, 1983. С. 119; Грязин И. Н. Аналитическая философия права // Современная аналитическая философия. Вып. 1. Сборник обзоров и рефератов. М., 1988. С. 176.; Туманов В. А. Буржуазная правовая идеология. К критике учений о праве. М., 1971. С. 201.

ричных, и почему вторичные нормы вообще появляются?»³² В древнем обществе первичные правила обусловлены наличием регулярного поведения с соблюдением правил, освященных авторитетом, например, вождя племени. Затем появление государства и его властных структур поставлено в рамки вторичных правил, конституирующих полномочия чиновников и изменяющих первичные правила.

Таким образом, второй уровень правовой системы составляют три вида вторичных правил – «правила признания», «правила изменения», «правила суда, или принятия правовых решений». «Правила изменения» позволяют вводить, изменять или отменять первичные правила, а тем самым наделять или лишать правового значения определенные виды социальных отношений и поведение людей. Кроме того, «правила изменения» конституируют органы государства и внесударственные структуры («местное самоуправление»), наделяют полномочиями конкретных должностных лиц. В этом случае существование правил в правовой системе приобретает динамический характер, что устраняет проблему статичности первичных правил. «Правила принятия правовых решений» позволяют судьям и иным должностным лицам выявлять факты нарушения законов, разрешать споры в соответствии с общеизвестными процедурами, что устраняет проблему неэффективности первичных правил. Но критерием «юридической действительности» являются «правила признания», придающие системность и согласованность правовому регулированию. Поэтому справедливо утверждение И. Н. Грязина о том, что «речь идет именно об отношении соответствия, а не о выводимости одних норм из других»³³.

«Правила признания» имеют эмпирический, а не гипотетический характер как «основная норма». Кроме того, у Г. Кельзена «основная норма» статична и сводится к принципу повиновения Конституции. Г. Харт указывает на множественность правил признания и на тот факт, что в Великобритании неписанные «конституционные соглашения» ввиду фактического соблюдения и установления критериев действительности других писаных и неписаных правил являются такими окончательными правилами и наивысшим критерием «законности» нормативных правовых актов.

Но предположим, что правила принятия решений *изменены* не в соответствии с правилами изменения. Является ли новое правило частью единой правовой системы? Отдельные авторы полагают, что в этом случае нарушено единство системы правил, иначе требуется некое

«третичное» правило для сохранения подобного единства. Однако предположение о «третичном» правиле означает, что система правил имеет множество уровней. Но главным критерием единства в теории Г. Харта должно быть именно правило признания (а не правило изменения). Кроме того, «уровень» правил принятия решений и правил изменения должен быть один и тот же, чтобы устранить возможные противоречия между нормативными актами различной юридической силы. Например, конституционный порядок принятия решений предполагает, что такие решения принимаются только в соответствии с нормами Конституции. Соответственно, правила, регулирующие деятельность парламента (Регламент Государственной Думы РФ) не должны противоречить Конституции и подлежат изменению на основе утвержденных парламентом правил (постановления Государственной Думы).

Проблемы применения права в центре теории Г. Харта. Ведь закон распространяется на классы лиц и на классы действий, а интерпретация правил в судебных прецедентах не всегда адекватно проясняет условия и границы применимости правил к фактическим ситуациям. И если правило охватывает лишь часть случаев, то остается сфера «неопределенности», то есть, возможны четыре типа ситуаций: (1) «определенность» с точки зрения правил; (2) «определенность» с точки зрения прецедентов; (3) «неопределенность» с точки зрения правил; (4) «неопределенность» с точки зрения прецедентов. Как же должен поступать судья? Возможны несколько вариантов рассмотрения проблемы:

(1) «Правовой формализм», или формальное следование правилам. Целью становится установление единого значения общего правила, применимого ко всем случаям. Иначе говоря, разрешение споров в каждой ситуации предполагает некий компромисс конфликтующих интересов сторон.

(2) «Правовой реализм»: индивиды сами находят компромисс своих интересов, а о правиле они могут узнать лишь после его нарушения (*ex post facto*). Поэтому целью правоприменения становится предсказание возможных «рациональных» действий судьи в каждой ситуации, разрешаемой прецедентами.

(3) «Правовой скептицизм»: крайний аргумент о том, что в сфере «неопределенности» невозможно использование ни правил, ни прецедентов, а если проблема возникает в сфере «определенности», то и там нет адекватных вариантов решения. В этом случае остается лишь рассчитывать на здравый смысл и «интуицию» или внутреннее убеждение судьи в необходимости вынести то или иное решение в конкретной ситуации.

³² См.: Туманов В. А. Буржуазная правовая идеология. С. 201.

³³ Грязин И. Н. Текст права. С. 119.

(4) «Правовой морализм» Р. Дворкина, фактически связанный с критикой теории Харта³⁴. При принятии решения судья должен руководствоваться не правилами и не прецедентами, а правовыми принципами, состоящими из фундаментальных ценностей правовой системы. Это положение иллюстрируется судебным решением 1866 г. о «недостойном наследнике», ставшем виновником смерти наследодателя. Должен ли в этом случае судья просто применить правила наследования и исполнить волю завещателя, или ему надлежит обратиться к прецедентам? И как быть, если формальное следование правилам аморально, а прецедента еще не создано? В таких ситуациях, по мысли Дворкина, на помощь приходят правовые принципы. Так что судья принял «разумное» решение на основе правового принципа «недопустимости неосновательного обогащения» и недопустимости извлечения выгоды из неправомерных действий.

(5) Позиция Г. Харта – нечто «среднее» между «формализмом», «реализмом» и «скептицизмом». Он признает свободу судебного усмотрения там, где ситуация не подпадает под общие правила. В этом случае свобода судей ограничена необходимостью следования прецедентам, которые с течением времени становятся подобием «судебных правил». С учетом критики Г. Харта переформулировал свою позицию, назвав ее «умеренным позитивизмом», признав минимальное моральное содержание в праве и допустимость применения «нелогических» правил и «должного права» в ситуациях неопределенности («открытой материи» права).

Конечно, Г. Харт не вполне учитывает разное отношение к прецеденту в правовых системах мира, но независимо от этого любое судебное решение может служить «сигналом» для устранения дефектов либо «пробелов» в законодательстве. Другой момент состоит в учете «материальных» источников права, то есть тех социально-исторических условий, в рамках которых реально функционирует правовая система, – особенно в переходные и нестабильные периоды. Между тем Г. Харт игнорирует этот аспект, указывая на «случайность» появления правил.³⁵

³⁴ См.: Dworkin R. Is law a system of rules? // *Philosophy of Law*. Oxford, 1977. P. 38–65.

³⁵ См.: Hart H. L. A. *Concept of Law*. P. 101. А. К. Черненко предлагает пересмотреть марксистский тезис о «жесткой детерминации» права экономическими отношениями, учитывая «принцип взаимообусловленности» права и иных социальных явлений в конкретных исторических условиях. Тем самым на микроуровне взаимодействие права с социальной средой содержит элементы «случайности», а на макроуровне – элементы «детерминизма». См.:

Основания международного права. Вопрос об основаниях международного права в теории Г. Харта предполагает постановку и рассмотрение следующих проблем: (1) проблема объективного содержания системы международного права, то есть, является ли оно «правом»; (2) проблема принудительной силы норм международного права; (3) проблема соотношения «суверенитета» государства и его международно-правового статуса³⁶.

(1) Сомнения в реальности международного права возникают в случае сравнения его нормативного содержания с национальным правом. В нормативизме Г. Кельзена международный правопорядок доминирует над национальным правопорядком, который должен соответствовать «основной норме» международного права как критерию действительности и иерархической структуры национальной правовой системы. Однако было обнаружено, что международно-правовые нормы могут и не иметь логической иерархии и объединяющей «основной нормы», само существование которой сомнительно и фактически сводится Кельзеном к правилу «государства должны поступать так, как они обычно поступают». Иной подход характеризуется противопоставлением международного и внутригосударственного права на основе интерпретации права как совокупности принудительных предписаний (Дж. Остин). Но отсутствие в международной системе принудительной юрисдикции судов, единой и централизованной законодательной власти и принудительных санкций подчеркивает «конвенциональный» характер большинства международно-правовых норм. Г. Харт утверждает, что международное право содержит только первичные правила и этим отличается от внутригосударственного права. Однако очевидна непоследовательность Г. Харта в этом вопросе, ведь нормы международного права в действительности включают в себя «правила признания» (принципы Всеобщей декларации прав человека 1948 г.), «правила изменения» (наделение полномочиями дипломатических представителей или членов международных организаций) и «правила принятия решений» (нормы о судопроизводстве в Статуте Международного суда ООН). Поэтому международное право по содержанию характеризуется принципом системности регулирования международных отношений между государствами.

(2) Проблему принудительной силы норм международного права Г. Харт подчеркивает с помощью реальной правовой ситуации. Какому праву должны подчиняться жители оккупированной Бельгии – законам

Черненко А. К. Теоретико-методологические проблемы формирования правовой системы общества. Новосибирск, 2004.

³⁶ См.: Hart H. L. A. *Concept of Law*. P. 232–233.

изгнанного правительства или законам оккупантов? Этот вопрос имеет и международное значение, ведь при отсутствии централизованных санкций нормы международного права не являются «законом», не образуют общеобязательных правил поведения и могут блокироваться использованием права «вето» членами международных организаций или осуществлением государствами суверенитета. Кроме того, если в национальном праве применение санкций эффективно для обеспечения безопасности граждан и принятия мер против индивидуальной агрессии, то в международной сфере агрессия государств носит более масштабный характер и всегда является публичной, то есть наносит ущерб и нарушает баланс интересов мирового сообщества. Тем самым применение международно-правовых санкций сопряжено с высокой степенью риска в отличие от естественных сдерживающих факторов, связанных с геополитическим положением государств. Отсюда Г. Харт делает вывод, что международное право налагает обязанности, исполнение которых обеспечивается политическим и иным давлением с целью побуждения к соблюдению правил, требованиями компенсации за причиненный вред, применением репрессалий, контрмер и т. д.

(3) Здесь Г. Харт указывает на неопределенность степени независимости (суверенитета) государства. Ведь государство может обладать суверенитетом и в то же время быть зависимым, если является частью федерации. В этом смысле правовой статус английских графств, американских штатов и отдельных государств существенно различается. Среди теорий абсолютного суверенитета выделяются «волюнтаристские» теории (Г. Еллинек) и теории «международной морали». Волюнтаристский подход предполагает, что суверенное государство на основе собственных волевых действий приобретает международные права и обязанности и обеспечивает их исполнение. Наиболее важный контраргумент здесь состоит в том, что возможность заключения любого международного договора связана с признанием определенных правил и процедур его заключения и исполнения (например, положения Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.). А возникновению международных правоотношений всегда предшествует признание и ратификация таких правил государствами. Аргумент о возможности «молчаливого согласия» государства и автоматического принятия им международно-правовых обязательств, в частности в случае присоединения морской территории, несостоятелен, так как противоречит в данной теории абсолютному суверенитету и является неопределенным критерием для анализа проблемы. В теориях «международной морали» предполагается, что международное право содержит нравственные правила, соблюдение которых определяется конкретными действиями государств, а также

побуждением со стороны мирового сообщества. Однако Г. Харт отмечает, что международно-правовые нормы редко апеллируют к «совести» государств, как правило, содержат ссылки на судебные прецеденты, международные конвенции, доктрины, и создаются лишь для удобства и предсказуемости в деятельности государств. И даже аргумент о моральном обязательстве государств подчиняться нормам международного права опровергается практикой международного сотрудничества. Теория «относительного суверенитета» Г. Кельзена основывается на том, что «основная норма» международного правопорядка ограничивает суверенитет государства и налагает на него международно-правовые обязательства. По мнению Г. Харта, наличие такой нормы проблематично и потому правила международного права являются правовыми постольку, поскольку признаются и функционируют как таковые в рамках международного сообщества. То есть международное и национальное право имеют сходства по функциям (социальные регуляторы, не связанные с моральными предписаниями) и по содержанию (сходство принципов, понятий, методов регулирования), но различаются по форме (различие источников права).

Таким образом, в неопозитивистской теории права Г. Харта многие проблемы философии права существенно модифицируются и получают новую интерпретацию с позиции эмпирического уровня познания государственно-правовых явлений и в контексте анализа эмпирического содержания юридических конструкций.

ТЕМА V.

ФИЛОСОФИЯ ЕСТЕСТВЕННОГО ПРАВА В XX ВЕКЕ

Различия аналитической и континентальной традиций в философии права XX в. ярко проявляются в интерпретации классических естественно-правовых представлений периода античности, средневековья и Нового времени. В континентальной философии понятие естественного права выполняет роль моральной и ценностной основы жизнедеятельности человека, которая противопоставляется нормам действующей позитивной правовой системы, обеспеченным государственным принуждением. При этом естественное право выводится из божественного миропорядка (неотомизм), саморазвития абсолютного духа и объективной идеи права (неогегельянство), априорных «нормативных идей», «идеальных юридических форм» и «эйдетического права» (феноменология права), «природы вещей» как идеальной формы, относящейся к сфере «должного» (неокантианство), «живого существования», «пограничных ситуаций» и «экзистенции» человека (экзистенциализм), «процесса ис-

торического правопонимания», «живого исторического языка» (герменевтика) и т. д.

Во второй половине XX в. одной из главных тенденций в аналитической философии права является возникновение новых форм правового натурализма (теорий естественного права) как реакция на теоретические и методологические установки юридического неопозитивизма Г. Харта и его последователей. Специфика взаимодействия натурализма и позитивизма обусловлена прежде всего различиями в теоретическом осмыслении общих условий «юридической действительности» правовых норм. Понимание права как нормативного регулятора человеческого поведения неизбежно ставит вопрос и о разграничении права и морали как стандартов поведения. В этом смысле для позитивизма характерно признание в качестве условий «юридической действительности» определенных социальных фактов, а в натурализме – морального содержания правовых норм.

Однако натурализм представляет собой особый способ философского мышления, имеющий длительную историю и направленный на обоснование моральной природы юридических установлений, источником которых выступают идеалы и принципы естественного права. В античной философии естественное право рассматривается как проявление законов природы (софисты, Платон, Аристотель), а в философии Нового времени – в качестве проявления законов разума и разумной природы человека (Г. Гроций, Т. Гоббс, Дж. Локк, Б. Спиноза). В настоящее время термином «концептуальный натурализм» обозначаются современные естественно-правовые теории в аналитической философии права, в которых права человека осмысливаются как имманентная и фундаментальная характеристика позитивной правовой системы.

Теоретики концептуального натурализма в своей критике неопозитивистских представлений о праве сохраняют следующие основные постулаты классических теорий естественного права:

- (1) существуют объективно заданные моральные нормы и принципы, лежащие в основе миропорядка и познаваемые человеческим разумом;
- (2) естественное право – юридическая форма определенных моральных стандартов и нормативный миропорядок;
- (3) индивид обладает совокупностью естественных и неотчуждаемых прав, существование которых предшествует воздействию норм позитивного права;
- (4) позитивное право должно соответствовать идеальным принципам естественного права; отсюда построение натуралистской аргу-

ментации на основе принципа *lex injusta non est lex* («несправедливые законы не являются законами»).

Для натуралистов характерна критика неопозитивистской стратегии разграничения права и морали, «сущего» и «должного». Как отмечает Б. Бикс, концептуальные натуралисты рассматривают право как телеологическое понятие и средство построения справедливого общества, то есть отрицают описательный и морально нейтральный подход неопозитивистов³⁷. Целью большинства современных аналитических концепций естественного права является поиск оптимального взаимодействия правовых норм с фундаментальными правовыми принципами (Р. Дворкин), юридическими процедурами (Л. Фуллер) и «общим благом» политического сообщества (Дж. Финнис).

«Материальное» и «процедурное» естественное право. Лон Л. Фуллер одним из первых представил критические аргументы против юридического позитивизма:

- (1) право – не статичный объект исследования, а процесс, подлежащий функциональному анализу;
- (2) познание права невозможно вне морального контекста;
- (3) представление о праве как совокупности властных предписаний неверно, ибо право обеспечивает сотрудничество между должностными лицами и гражданами.

Концепция «процедурного» естественного права Л. Фуллера представляет собой попытку построения естественно-правовой теории на основе юридического формализма и обоснования ценностной нагруженности правовых норм. Однако объектом исследования в его концепции является не правовая норма, а правоотношение как совокупность юридических процессов и процедур по реализации норм права. Сфера правоотношений достаточно широка и включает в себя отношения, возникающие из обычаев, договоров, судебных, административных и управленческих решений и регулируемые нормами статутного права (законодательства). В этом смысле юридическая сила правовой нормы зависит не столько от легитимности законодателя и соблюдения процедур законотворчества, сколько от внутреннего содержания нормы.

Нормы права имеют целевой и инструментальный характер, который проявляется в процессе их применения. Данное положение Л. Фуллера базируется на его философско-методологических представлениях. Л. Фуллер полагает, что любая интерпретация событий предполагает выявление в результатах наблюдения единства целевого, фактического

³⁷ См.: Bix B. Natural Law Theory: The Modern Tradition // Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy. Oxford, 2000. P. 21.

и ценностного содержания. Нет необходимости разделять сферы фактов и ценностей, поскольку понимание события всегда включает в себя оценку с позиции ценностей: «‘факт’ события может быть понят только при способности оценить происшедшее»³⁸. Отсюда следует, что право может и должно быть понято из самого себя с точки зрения целей и средств правового регулирования отношений в обществе. В этом случае норма права должна содержать определенную цель («должное») и определять средства ее достижения. Таким образом, право представляет собой целевую деятельность, направленную на подчинение людей руководству и контролю с помощью общих правовых норм. Например, целью конституционного права является закрепление основных организационных принципов построения системы государственной власти на определенной территории. Л. Фуллер полагает, что именно в конституционном праве воплощены глобальные цели и ценности правовой системы, ссылаясь на положения американской конституционной доктрины о принципах демократии и «господства права», должных правовых процедурах, разделении властей и т. д. Фиксация целей и средств, а также соблюдение правовых процедур способствует признанию нормы правовой. В данном случае нормы законодательства должны соответствовать следующим процедурным правилам: общий характер предписаний правовой нормы, официальное опубликование, отсутствие обратной силы, ясность, непротиворечивость, стабильность, возможность исполнения, целесообразность применения правовой нормы. Соблюдение данных правил создает режим «процедурной законности», в рамках которого процедурные правила налагают ограничения на осуществление политических целей государством, в том числе на основе закона. В частности, правило об официальном опубликовании законов предполагает, что закон становится обязательным не только для граждан, но и для государственных органов. Фактически в данном пункте представлена критика различных концепций юридического позитивизма, в которых обосновывается «тезис разделения» права и морали.

Л. Фуллер полагает, что категории «цель» и «средство» характеризуют взаимодействие процессов управляемости и приспособляемости в обществе. Тем самым целевой и инструментальный характер правовых норм способствует реализации моделей «должного» развития правовых отношений в фактических социальных отношениях, то есть в правовой сфере нет существенных различий между «сущим» и «должным». «Любая форма социального порядка содержит свою собственную внутрен-

³⁸ Fuller L. L. Human Purpose and Natural Law // The Journal of Philosophy. 1956. Vol. 53. No. 22. P. 699.

нюю моральность»³⁹. В этом смысле на основе процедурного подхода Л. Фуллер обосновывает взаимосвязь форм морали (естественного права) и «процедурной законности». Прежде всего он проводит различие между «моралью обязанности» и «моралью стремления». Мораль обязанности предполагает наличие минимальных требований, необходимых для обеспечения социального порядка, за несоблюдение которых субъект подлежит наказанию. Мораль стремления характеризует меняющиеся общественные идеалы о хорошей и успешной жизни, о полной реализации человеческих сил. В этом смысле внутренняя моральность права в большей степени мораль стремления, но не менее важным условием является осуществление принципа законности, который отождествляется Л. Фуллером с эффективностью действия законов и легитимностью власти. В данном случае легитимность – это моральное право на осуществление власти, а эффективность – результат действия легитимного государственного принуждения. С точки зрения процедурного подхода Л. Фуллера именно режим процедурной законности позволяет превратить моральные ценности в правовые принципы и правила, а соответствие деятельности правовых институтов принципу законности гарантирует в определенной степени реализацию «внутренней моральности» права⁴⁰. То есть нарушая правовые принципы и нормы, государство неизбежно утрачивает легитимность.

Специфика естественно-правовой концепции Л. Фуллера состоит в том, что естественное право становится внутренним элементом позитивной правовой системе, оно характеризует разумность в правовом порядке и внешне проявляется в правовых принципах и процедурах.

Однако очевидны и недостатки этой концепции. Реализация принципа законности может свидетельствовать лишь об эффективности законодательства и не иметь никакого отношения к морали. Кроме того, Л. Фуллер смешивает политическую эффективность и эффективность права как регулятора социальных отношений. Ведь государство может эффективно добиваться поставленных целей с нарушением и правовых норм и моральных стандартов (нацистская Германия). В этом смысле процедурный подход абстрагируется от содержательных характеристик естественного права как ключевой категории в правовом натурализме. Этот недостаток попытается устранить Джон Финнис.

³⁹ Fuller L. L. Human Purpose and Natural Law // The Journal of Philosophy. 1956. Vol. 53. No. 22. P. 704).

⁴⁰ См.: Nicholson P. P. The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics // Ethics. 1974. Vol. 84. No. 4. P. 309.

«Материальное естественное право». Дж. Финнис строит свою концепцию на иных методологических основаниях. Раскрывая содержание понятия «естественное право», он формулирует принципы практической рациональности, которые позволяют более четко сформулировать цели и средства правового регулирования, а также обосновать идею «общего блага» в политическом сообществе. Естественное право представляет собой «совокупность основных практических принципов, которые определяют основные формы человеческого процветания в качестве благ, полученных и реализованных»⁴¹. Тем самым естественно-правовая теория определяет перечень основных благ и направляет людей к более эффективному удовлетворению потребностей в основных благах. Практические принципы в данном случае информируют о возможностях участия в обеспечении основных благ, а практическая рациональность позволяет определить, какие действия являются действительным участием в обеспечении одного или более основных благ. Отсюда следует, что общие моральные стандарты формулируются исходя из понимания природы практической рациональности и сущности основных благ. Однако Дж. Финнис допускает различие мнений по поводу морального обоснования человеческих действий, поскольку признает «сферу гибкости» в способах получения основных благ, допускает неясность моральных рассуждений и связанные с этим разногласия в вопросах о сложных моральных проблемах. Тем не менее он настаивает на универсальной трактовке перечня основных благ и требований практической рациональности.

Существует семь основных благ, в получении которых заинтересован каждый член общества: жизнь, знание, игра, эстетический опыт, социальность (дружба, общение), практическая рациональность и религия. Дж. Финнис ссылается на самоочевидность перечня основных благ, которые могут быть реализованы всеми людьми. Общее благо при этом складывается из «целостного ансамбля материальных и иных условий», включает в себя и сохранение определенных общественных институтов (например, института брака), моральную среду, необходимые для процветания людей. В этом смысле Дж. Финнис дает инструментальную трактовку общего блага как средства обеспечения людей конкретными «основными благами». В то же время ни одно из семи основных благ не может быть аналитически сведено к другим благам и не может служить средством получения других основных благ. Перечень основных благ не зависит от моральной оценки этих благ.

В концепции Дж. Финниса подчеркивается различие между онтологическим и гносеологическим аспектами естественно-правовой теории. Онтологический аспект состоит лишь в указании на самоочевидность и сущность основных благ, а практическая рациональность при применении к основным благам формулирует и обобщает моральные правила. В этом смысле практическая рациональность выступает и одним из основных благ, и средством получения других благ, что противоречит исходным положениям концепции Дж. Финниса. Тем не менее практическая рациональность включает в себя следующие методологические требования: формулировка рационального плана жизни (с сохранением ценности всех основных благ); недопустимость переоценки тех или иных основных благ; «золотое правило» нравственности; беспристрастность; равнодушие к другим людям; участие в обеспечении общего блага через эффективность собственных действий по реализации основных благ; недопустимость поддержки действий, направленных против одного или более основных благ; признание общего блага и участие в его обеспечении для себя и для других; осознанность действий. Указанные методологические правила рациональности образуют моральные стандарты поведения. В концепции Дж. Финниса проявляется и влияние этики И. Канта. В частности, обосновывая способы рациональных действий, Дж. Финнис полагает, что любой осознанный выбор должен соотноситься с волей всех людей. В этом смысле справедливое действие – это действие, которое не ограничивает отношение другого к основным благам⁴².

Другой аспект его теории – критика постулатов классических теорий естественного права, в которых дается оценка позитивных законов в соответствии с принципом *lex injusta non est lex*. Несправедливый закон, по мнению Дж. Финниса, *всегда* является юридически действительным и действующим, если введен в действие с соблюдением формальных процедур, но не может дать *морального* обоснования государственному принуждению, а значит, не обладает *полностью* обязательной силой. В этом смысле несправедливый закон в процессе правоприменения не реализует социальные цели, связанные с обеспечением общего блага в обществе.

Таким образом, естественно-правовой подход Дж. Финниса оставляет неизменными отдельные положения правового позитивизма и, в некоторой степени, тезис разделения права и морали. В его концепции юридическое объяснение является скорее техническим, чем моральным

⁴¹ Finnis J. Natural Law and Natural Rights. Oxford, 1980. P. 23.

⁴² См.: Finnis J. Natural Law and Legal Reasoning // Natural Law Theory. Contemporary Essays. Oxford, 1994. P. 137.

способом обоснования суждений. Поэтому источником юридического вывода остаются нормы законов (статутные правила общего права). А требования практической рациональности образуют основу «естественно-правового метода» как способа дедуктивного выведения естественно-правовых (моральных) норм из «прото-моральных» принципов естественного права⁴³. То есть естественно-правовой метод Дж. Финниса относится в большей степени к сфере моральной философии, а традиционные позитивистские методы – к сфере философии права. В этом смысле остаются нерешенными проблема соотношения правовых и моральных предписаний, а также вопрос о роли права и правовых институтов в регулировании деятельности по реализации общего блага.

В 1980-е гг. концептуальный натурализм подвергается критике не только в неопозитивизме, но и в правовом реализме из-за необоснованности и отсутствия эмпирического подтверждения множества исходных положений. В это время наблюдается постепенный переход от натурализма к реализму в интерпретации ключевых философско-правовых проблем. Особенности такого перехода являются инструментальная трактовка права как средства социального контроля и достижения социально значимых целей, апелляция к судебной практике как источнику эмпирического подтверждения формулируемых утверждений, анализ процедур интерпретации правовых норм и процесса принятия судебных решений.

«Теория справедливости». Совершенно иную стратегию избрал американский политический философ Джон Ролз, труды которого, прежде всего книги «Теория справедливости», «Политический либерализм» и «Право народов», оказали и продолжают оказывать важное влияние на дискуссии последних лет, возродив уже почти забытую теорию общественного договора и связанные с ней проблемы, вроде проблемы гражданского неповиновения.

Ролз нередко называют современным Кантом. Действительно, этих двух философов объединяет этический ригоризм, опора на разум, в том числе коллективный, и нелюбовь к утилитаризму. Кроме того, Ролз возродил казалось бы оставленную в современной философии права концепцию «категорического императива». Правда, новый категорический императив отличается от кантовского «поступайте так, как если бы принцип, которым вы руководствуетесь, имел силу универсального закона».

По мысли Ролза, универсальны два принципа справедливости: «Первый принцип: каждый человек должен иметь равные права в отно-

шении наиболее обширной схемы равных основных свобод, совместимых с подобными схемами свобод для других. Второй принцип: социальные и экономические неравенства должны быть устроены так, чтобы: (а) от них можно было бы разумно ожидать преимуществ для всех, и (б) доступ к положениям (positions) и должностям был бы открыт всем» (Дж. Ролз. Теория справедливости. Новосибирск, 1995, гл. II, § 11).

Процедура принятия и функционирования универсальных принципов у Ролза и Канта существенно отличается, однако неизменным остается уверенность в том, что они могут быть найдены и реализованы на основе рационального суждения. И хотя Кант в духе эпохи просвещения еще верил в возможности разума, полагая, что каждый человек, поняв истинность принципа, уже не сможет поступить иначе, а прошедший через вторую мировую войну и другие потрясения XX столетия Ролз понимал, что разумного решения еще не достаточно для того, чтобы принцип воплотился в жизнь, он неустанно развивал свою концепцию коллективного разума (the public reason), отстаивал идею универсальности ценностей либеральной демократии и верил, что право может быть справедливым лишь в том случае, если оно морально, а государство – только если оно подчинено такого рода праву. Нельзя быть одновременно нравственным человеком и законопослушным гражданином несправедливого государства.

Размышляя над идеалом справедливого социального устройства Ролз возвращается к модели времен эпохи просвещения – «общественному договору». В отличие от Гоббса или Руссо (и во многом в согласии с Локком) Ролз не стремится построить генетическую модель возникновения социальных институтов из «естественного состояния». Для него «первоначальное положение» – это не событие, случившееся в древности, а чисто гипотетический мысленный эксперимент, который может быть проведен в любом месте и в любое время. Ролз считает, что любая группа разумных людей, собравшаяся в одном месте и принявшая несколько простых правил ведения дискуссии, в результате обязательно придет к тем выводам относительно справедливого социального устройства, которые он формулирует в качестве двух принципов справедливости. Каждый предпочтет жить в обществе, которое защищает своих членов, при этом минимально ущемляя их личную свободу.

Для того чтобы оказаться в «естественном положении», участникам дискуссии надлежит отгородиться от внешнего мира воображаемым «занавесом неведения», который удалил бы из их поля зрения различные частные вопросы, элиминировал существующие социальные, расовые, религиозные, интеллектуальные, половые и иные разли-

⁴³ Finnis J. Natural Law and Natural Rights. Oxford, 1980. P. 103.

чия. Для того чтобы на решение не повлияли личные предпочтения участников дискуссии, за «занавесом неведения» должны, например, оказаться сведения об обычаях, бытующих в том или ином обществе, они ничего не должны знать о своей семье и друзьях, росте, весе, половой принадлежности, здоровье, богатстве и социальном положении. Они должны лишь ориентироваться на свой здравый смысл, чувство справедливости и общие представления о добре и зле. Тогда они непременно, как считает Ролз, сформулируют два принципа справедливости, ведь никто не пожелает, чтобы его свобода и возможности самореализации как личности приносились в жертву во имя каких-либо отвлеченных «высших ценностей». Ограничения свободы возможны лишь во имя коллективного выживания и на благо тех, кто по каким-то причинам оказался в самом невыгодном положении по естественным или социальным причинам. В ситуации отсутствия информации о личных преимуществах, таких как красота, сила, богатство, выгодное место жительства и т. д., любой разумный человек с безупречным чувством справедливости выберет указанные универсальные принципы хотя бы потому, что никто не застрахован от того, что его «рождению» в мире будут сопутствовать различные неблагоприятные обстоятельства, вроде болезней, бедности и низкого социального происхождения. Такой человек не найдет разумных аргументов против фундаментального положения о том, что справедливое общество обязано компенсировать неблагоприятную первоначальную ситуацию одних за счет случайных преимуществ других.

Итак, каждая человеческая личность обладает безусловной ценностью, и интересы общества в целом не могут превалировать над интересами отдельной личности. Вопреки базовому постулату утилитаризма, увеличение коллективного «блага» не может достигаться за счет ограничения свободы отдельных людей. Люди согласны добровольно ограничить свою свободу лишь для того, чтобы помочь обездоленным, насколько это возможно компенсируя их неблагоприятное исходное положение. Так, по мысли Ролза, реализуется модель универсальной «справедливости как честности»: установив честные правила, люди честно по ним играют.

Пламенный призыв Ролза нашел отклик в сердцах людей: наверное, ни один философ современности не получил такой известности за пределами профессионального сообщества; его мнение цитируется в решениях судов, а новость о его кончине появилась на первой полосе ведущих газет Америки и Европы. В то же время его подробно разработанная и детально аргументированная теория стала исходной точкой для многих современных дискуссий в философии права. Например,

известный американский философ Роберт Нозик попытался защитить доктрину прав человека от критики Ролза. Сохраняя классическую либеральную идею о том, что из фундаментальных прав человека исходным является право на собственность, приобретенную не в ущерб другим членам социума, он попытался показать, что «социалистическая» идея Ролза о том, что общество при определенных обстоятельствах имеет безусловное право перераспределять блага в пользу нуждающихся, покушается на фундаментальные человеческие права и выглядит не лучше вооруженного грабителя.

В своей последней книге, «Право народов», уже будучи тяжело больным человеком, Ролз сделал следующий и, возможно, самый радикальный шаг в своей теории: он попытался найти принципы, которыми могли бы руководствоваться как *либеральные*, так и *нелиберальные* общества в своих отношениях друг с другом. Для этого он различает базовые права человека и права членов либеральной конституционной демократии и обращается к самому трудному политическому вопросу современности: вопросу о том, при каких обстоятельствах либеральное общество может вступить в войну с «обществом неправа» (outlaw society) с тем, чтобы помочь людям, которым выпало жить в нелиберальных обществах, обремененных неблагоприятными политическими, социальными и экономическими условиями. Это своеобразное политическое завещание, вышедшее в 1999 г., содержит положения и рекомендации, в настоящее время выглядящие пророчески.

Ролз говорит, что он сознательно предпочитает рассуждать о праве «народов», а не «государств» или «наций», поскольку считает права народов как сообществ индивидов чем-то отличным от прав «наций» и тем более «государств». В книге рассматривается вопрос о том, как содержание права народов может быть разработано на основании либеральной идеи справедливости, более общей, но подобной той идее, которую он называет *справедливость как честность*. Основная задача Ролза остается неизменной: он стремится утвердить приоритет прав каждого отдельного человека над гипотетическими общими благами; однако некоторые положения книги вызвали недоумение как критиков, так и сторонников его теории. Достаточно предсказуемыми являются осуждение военных действий цивилизованных стран, которые приводят к жертвам среди мирного населения. Безусловно негативно Ролз оценивает бомбардировку японских городов во время второй мировой войны – что не удивительно, так как он сам это видел. Узнаваем портрет идеального мудрого государственного политика (не обязательно либерального демократа), который смотрит в будущее и не подвластен влияниям текущего момента. Однако в некоторых вопросах Ролз вста-

ет на новые позиции. Интересна его разработка проблемы экономической помощи. Казалось бы, в соответствии со вторым принципом справедливости суровые естественные условия и недостаток природных ресурсов одних народов должны компенсироваться за счет тех народов, которые в меньшей степени обделены природой. Однако теперь Ролз настаивает на том, что такая помощь может быть оказана лишь в одном случае: если без этой помощи то или иное государство вынуждено будет чрезмерно ограничить права своих граждан ввиду сложной экономической или природной ситуации. И эта помощь должна прекратиться сразу же после того, как политическая ситуация нормализовалась а общество вернулось к тому состоянию, которое он называет «обустроенным». Примечательно, что эта идея Ролза перекликается с аналогичным положением, высказанным одним из его непримиримых критиков, Р. Нозиком. Каждый (отдельный человек, семья или целый народ) должен жить по средствам и не рассчитывать на дополнительные блага, созданные трудом других. По убеждению Ролза, национальное богатство определяется не материальным благосостоянием, а человеческим капиталом и политической культурой страны. Их необходимо увеличивать и сохранять, в то время как накопление материальных благ на некотором этапе должно неизбежно прекратиться, а задача экономического роста – смениться задачами рационального использования природных ресурсов и культурного развития.

ТЕМА VI. ФИЛОСОФИЯ ПРАВА Р. ДВОРКИНА И СОВРЕМЕННЫЙ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМ

Специфика перехода от натурализма к реализму в трактовке философско-правовой проблематики проявляется в концепции «конструктивной интерпретации» американского правоведа и философа Рональда Дворкина, в которой представлена критика традиционных философских представлений о праве и справедливости, об аксиологических основаниях конституционной модели общественного устройства. Кроме того, в публикациях Р. Дворкина представлены критические аргументы против политического утилитаризма, неопозитивизма в англо-американской юриспруденции и естественно-правовых концепций («натурализма») в философии права. Тем самым в его понимании конституционной доктрины преобладает идея активной роли судебной власти и «реалистическая» интерпретация политико-правовой реальности⁴⁴.

⁴⁴ См.: Дворкин Р. Справедливость и права // Отеч. зап. 2003. № 2. С. 131–138.

Аргументация Р. Дворкина основывается на его собственной трактовке основных положений правового неопозитивизма Г. Харта:

(1) *право* – это совокупность норм, прямо или косвенно регулирующих человеческое поведение путем запретов и дозволений;

(2) *юридические обязанности* перед государством возникают в случае подведения фактической ситуации под действие правовых норм, то есть любому праву соответствует обязанность, но права и обязанности не существуют вне правовых норм;

(3) *судейское усмотрение*: если фактическая ситуация не урегулирована предписаниями правовых норм, то судья действует по собственному усмотрению, создавая более адекватные правовые нормы в судебных прецедентах⁴⁵.

Позиция Р. Дворкина направлена на опровержение указанных утверждений. Основание правовой системы составляют не нормы, а фундаментальные правовые принципы и стратегии. Тем самым правовые стандарты поведения в обществе направлены на достижение определенных коллективных целей («стратегии») либо выражают моральные требования равенства, справедливости, честности («принципы»). Кроме того, критериями разграничения «правовых принципов» и «правовых норм» являются:

(1) *Юридические последствия*: при наличии условий и сформулированных исключений норма автоматически определяет правовое решение; однако принцип не содержит условий применения и исключений, не распространяется на конкретные случаи и лишь *склоняет* должностные лица к принятию законных решений.

(2) *Значение*: при коллизии правовых норм учитывается их юридическая сила, при коллизии принципов дается *оценка* их значимости и важности⁴⁶.

Однако на практике часто наблюдается смешение принципов, стратегий и норм. Например, в первой поправке к Конституции США указано, что Конгресс не должен издавать законы против свободы вероисповедания или законы, ограничивающие свободу слова. Если это принцип, то ограничения свободы слова *могут быть* предусмотрены в

⁴⁵ Однако Р. Дворкин не учитывает, что помимо данных положений Г. Харт проводит различия между «первичными» и «вторичными» правилами, правовым и неправовым принуждением, предлагая «правила признания» в качестве критерия действительности юридических норм. См.: Dworkin R. Is law a system of rules? // Philosophy of Law / Ed. by R. Dworkin. Oxford, 1977. P. 38; см. также: Dworkin R. Judicial Discretion // Journal of Philosophy. 1963. Vol. 60. No. 21. P. 624–638.

⁴⁶ См.: Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 44–51.

правовых нормах с обоснованием коллективной цели (обеспечение безопасности, защита нравственности). Тем самым действие принципов может фактически нарушать правовые нормы и наоборот. Например, нормы о приобретении по давности (например, приобретение права собственности на найденную вещь, исходя из давности владения) могут противоречить принципу недопустимости извлечения выгоды из собственных неправомерных действий. В интерпретации Р. Дворкина в случае судебного спора судья оценивает значимость различных принципов, а затем на основе правовых норм принимает решение, обосновывая его ссылками на принципы. Таким образом, из анализа судебной практики следует, что судебская деятельность не является процедурой толкования и применения общих правовых норм к конкретным случаям, а представляет собой «конструктивную интерпретацию» судьей конкурирующих правовых принципов, которые не имеют иерархии и позволяют разрешить спор с учетом моральных принципов. Однако отдельные авторы справедливо указывают на то, что признание Г. Хартом судебного усмотрения позволяет учитывать и роль правовых принципов в судебных решениях.

Вопрос о существовании юридических обязанностей вне норм рассматривается как проблема обоснования *моральных прав* граждан по отношению к государству. В либеральной конституционной доктрине возможны две позиции: политический *скептицизм* (граждане обладают только юридическими правами, предусмотренными Конституцией) и «разделение компетенции» (признание моральных прав у граждан относится к ведению парламента, принимающего законы, а не судов). Р. Дворкин придерживается морального обоснования, отмечая, что «конституционная теория предполагает определенное решение сложных вопросов институционального устройства, а также вопросов философии политики и морали»⁴⁷. В этом смысле граждане обладают двумя видами моральных прав: (1) правом на равное обращение, то есть на равное распределение возможностей, ресурсов и обязанностей; (2) правом на обращение как с равным (равная забота и уважение). И эти права имеют объективный статус, не связанный со спецификой национальных правовых систем. Помимо критики правового неопозитивизма, Р. Дворкин неоднозначно оценивает и идею *естественных прав*, показывая парадоксальность ситуации, когда наличие таких прав не связано с юридическим признанием и процедурой доказывания.

Аргументы против неопозитивистской концепции судебного усмотрения также опираются на идею фундаментальных правовых прин-

ципов. У Г. Харта правовые нормы содержат «открытую материю» и частично неопределенны, что расширяет возможности судей решать по собственному усмотрению. Тем самым судья выходит за пределы предписаний законодательства. Чем же он руководствуется?

Р. Дворкин предлагает модель «юридического Геракла» – судьи-философа, который принимает безошибочные и правильные решения. «Геракл» руководствуется правовой традицией, в которой воплощены фундаментальные ценности, а господствующая «политическая теория» позволяет ему осуществить «принципиальную интерпретацию» законов (принять единственно верное решение на основе правовых принципов). Тем самым у Р. Дворкина стирается грань между философией и политико-правовой идеологией. Если Г. Харт считает, что процесс применения правил должен быть политически нейтральным, то Р. Дворкин фактически признает идеологическую обусловленность любого правового решения. «Конструктивная интерпретация» законов возможна лишь на основе политически легитимной правовой традиции, в данном случае «американского неолиберализма» с активной ролью Верховного суда США в толковании Конституции и в реальной политике. Таким образом, в концепции Р. Дворкина возрождается реалистический подход к проблеме правопонимания. Естественные (моральные) права на основе норм Конституции становятся юридическими правами, а их реальное обеспечение осуществляется судебной системой.

ТЕМА VII. ПРАВОВОЙ РЕАЛИЗМ

В интеллектуальной традиции США наиболее значимыми считаются два достижения – философия прагматизма (Ч. Пирс, У. Джемс, Дж. Дьюи) и правовой реализм. К истокам реалистического направления в философии права относятся не только отдельные философские концепции прагматизма (инструментализм Джона Дьюи), но и концепции американской социологии, в которых основной задачей становится эмпирическое исследование процессов правового регулирования социальных отношений и функционирования политико-правовых институтов. Правовой реализм выражает последовательную критическую позицию в отношении юридического формализма, абстрактных теоретических конструкций, логики и дедуктивного мышления в праве. В развитии американского правового реализма в XX в. выделяется три основных этапа: (1) классический правовой реализм; (2) критический правовой реализм; (3) «натуралистический» правовой реализм.

⁴⁷ См.: Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 167.

Классический правовой реализм. Реалистическое движение в американском правоведении предпринимает попытку преобразовать методологию изучения права и государства, указывая на необходимость анализа связей социологических, психологических и экономических факторов с юридически значимыми действиями. Основная функция реалистической философии и теории права – *предсказание* возможных действий органов, осуществляющих применение права.

Основателем правового реализма в классической интерпретации является судья Верховного суда США *Оливер Уэнделл Холмс* (1841–1935)⁴⁸. Он скептически оценивает правовую традицию США с момента создания Конституции, критикует идеи естественного права, правовую доктрину английского правоведа Уильяма Блэкстоуна (XVIII в.), юридический позитивизм и понятие «суверена» Дж. Остина. Отвергая представление о праве как идеальной сущности, в которой воплощены правовые ценности и принципы, познаваемые логическими рассуждениями и абстрактными аргументами, Холмс считает, что только фактические действия суда составляют право как оно есть («сущее» в праве). По его словам, «жизнь права не подчинена логике, а соответствует опыту». Это значит, что первым требованием к юридической теории становится соответствие эмпирическим данным, то есть право прежде всего должно соответствовать реальным потребностям общества.

Второе требование к юридической теории – разграничение права и морали. Порядок в обществе основан на том, что человек – смертное существо, поэтому нужно избегать моральных оценок в спорах о праве. Однако О. Холмс считает право внешним выражением моральной жизни людей, утверждая, что «мир управляется сегодня скорее Иммануилом Кантом, нежели Наполеоном Бонапартом».

Деятельность О. Холмса в качестве судьи Верховного суда США имела практические следствия. До 1937 г. в практике Верховного суда США множество законов, в том числе законы «Нового курса» Ф. Рузвельта, были признаны неконституционными в связи с превышением полномочий президентом США. О. Холмс скептически оценивал «Новый курс», но полагал, что признание недействительными законов, с которыми не соглашается судья, не является функцией судебной власти. Он выступал против активного противодействия Верховного суда государственному вмешательству в экономику в рамках реформ «Нового курса», обосновывая доктрину судебного самоограничения, которая стала общепризнанной в практике Верховного суда США после 1937 г.

⁴⁸ Holmes O. W. The Common Law: Lectures. 1881 (рус. пер. см.: Российское право в Интернете. 2003. № 2, 3. 2004. № 4 [www.rli.consultant.ru]).

Роско Паунд (1870–1964) синтезирует теоретические положения социологии и инструментального подхода к праву при создании «социологической юриспруденции». Деятельность юристов и законодателей должна оцениваться по степени соответствия поставленным целям, а не с позиции идеальных форм действующего права. Право – это «социальная инженерия», социальное взаимодействие правовых норм и практики.

Р. Паунд полагал, что в сферу права следует включать режим установления отношений и человеческой активности (правовой порядок), правовые предписания (нормативный материал) и процесс отправления правосудия (деятельность суда и административных органов). В его конструкции правовой сферы возможно «правосудие без права» – правосудие без предусмотренных правовых норм, поскольку право выступает одним из элементов социальной среды, более приспособленным к жизни. Поэтому любая деятельность государственных органов в его концепции является *фактически* правовой.

Но право как средство достижения социального порядка имеет специфическую цель – примирение и гармонизация противоположных интересов в обществе. Р. Паунд предлагает построить «табель интересов». Интерес может быть разным, но в любом цивилизованном обществе, согласно Р. Паунду, любой человек вправе полагать, что: (1) никто другой не совершит против него преднамеренной агрессии; (2) существует право пользования продуктами своего труда; (3) действует принцип добросовестного исполнения обязательств; (4) недопустимы поступки, связанные с повышенным риском для окружающих; (5) тот, кто может нанести вред, должен проявлять должную осторожность.

Основной проблемой правоведения является то, что «право должно быть стабильным и в то же время оно не может стоять на месте». Если право – форма социального контроля, то должно ли оно воздействовать на врожденные свойства человека (хитрость, ловкость)? Р. Паунд отвечает, что нет, так как эти свойства отражаются в юридически значимых действиях, в договорах и сделках. Он противопоставляет свободу и равенство: «Люди желают быть равными во всех отношениях. Но они же желают быть и свободными».

Изменения условий общественной жизни ведут к тому, что правопорядок должен постоянно пересматриваться и изменяться вплоть до изменения правовых принципов. Однако тезис Р. Паунда о «правосудии без права» фактически оправдывает принятие судебных решений интуитивно, без опоры на правовые нормы. Реалисты, таким образом, допускают отказ и от прецедента, и от закона как «застывших» форм права, неадекватных социальной действительности. Различие Р. Паундом

«права в книгах» и «права в действии» ведет к неблагоприятным последствиям, например, в международном частном праве, где реалисты настаивают, что до решения суда не существует никаких субъективных прав и правомочий (в том числе на основе норм иностранных законов и международного права).

Джером Франк встает, по-видимому, в позицию радикального реализма в вопросе о нормативном статусе юридически значимых правил. Он считает право неопределенным по содержанию, поскольку творец права – это судья, который по собственному усмотрению устанавливает факты («из личных причуд» и желаний). Этим обусловлен интерес Дж. Франка к способам обнаружения фактов, имеющих значение для принятия судебного решения, оценке предположений, психологии свидетелей, к деятельности судов первой инстанции и практикующих юристов. Он поддерживает скептицизм в отношении существования юридических правил и их роли в принятии судебных решений.

В концепции *Карла Ллевеллина* сфера поиска факторов, влияющих на вынесение судебного решения, расширяется. Он отстаивает тезис, что право – это результат деятельности не только судей, но и должностных лиц и различных государственных органов.

Критический правовой реализм. Позиция крайнего реализма в конечном итоге приводит к выводу о том, что адекватное понимание правовой действительности возможно лишь при использовании методов социальных наук. В 60-е гг. XX в., ознаменованные жесткой критикой позитивистских и естественно-правовых представлений о праве, возникает целый ряд теорий, основанных на идеях «критического правового реализма», в том числе следующие:

(1) Экономический анализ права (Ричард Познер). Этим автором используются основные постулаты экономической науки. Максимизация прибыли и накопление богатства – это не только экономические, но и этические цели человеческой деятельности, что зафиксировано в источниках «общего права». Иными словами, эффективность правового регулирования напрямую зависит от экономической эффективности судебных решений. Р. Познер ссылается на материалы судебной практики. Если Верховный суд США в своих решениях признает принцип свободы договора абсолютным, значит, он исходит из экономической эффективности соблюдения данного принципа в условиях рыночной экономики. В «экономике права» наблюдается определенный возврат к формализму в виде логических рассуждений и использования математических методов при анализе права.

(2) Теория общественного выбора (Патрик Джеймс Бьюкенен). Общественный выбор – это коллективные последствия индивидуально-

го выбора и решений. В условиях многообразия предпочтений людей с позиции экономической рациональности демократический принцип абсолютного большинства часто не может удовлетворить интересы всех граждан.

(3) Критические правовые исследования Роберта Унгера – это жесткая критика либеральной юриспруденции. Либерализм с его идеями прав человека, нейтральности и процедурной справедливости – это идеологическое прикрытие решений власти и неравенства в обществе. Однако критикуется и марксизм, поскольку право содержит множество противоречий и не может определяться экономическими отношениями. Судьи формально следуют юридическим процедурам и субъективно полагают, что их решения соответствуют закону, чего на самом деле может и не быть. Единственный выход – создание модели «неуправляемой демократии» с радикальной критикой существующего общественного строя и Конституции США.

(4) Критика марксизма. Появляются также специфические исследования, в которых обсуждаются вопросы различий между человеческими расами («мы видим разный мир») и проблемы расовой дискриминации в правовом аспекте.

«Натуралистический» правовой реализм. Признание ведущей роли судебных и административных органов в формировании правового пространства в правовом реализме ставит под сомнение значимость правовых норм и нормативных предписаний. Эта позиция доведена до логического конца в концепции «натурализации юриспруденции» американского правоведа и философа *Брайана Лейтера*.

Натурализация правоведения в реалистической интерпретации предполагает постановку и специфическое решение трех основных проблем: (1) нормативного статуса правил; (2) объекта правового познания; (3) функции юридической теории⁴⁹.

Проблема нормативного статуса правил связана с изменениями в области эмпирических оснований правоведения. Под влиянием правового позитивизма (И. Бентам, Дж. Остин) к концу XIX в. эмпирическим статусом в отраслевых юридических науках обладают лишь нормы позитивного права и юридическая практика. Из неопозитивистской трактовки социальных отношений следует, что юридические правила не только предусматривают объективные основания поведения (действие, бездействие), но и содержат обоснование необходимости соблюдения правил. При этом субъективные предпочтения («внутренний аспект»

⁴⁹ Leiter B. American Legal Realism // Public Law and Legal Theory Research Papers. 2002. Vol. 042. P. 14.

правил у Г. Харта) влияют на характер юридической ответственности. Б. Лейтер указывает на противоречивость позиции неопозитивистов, которые фактически признают, что содержание любого юридически значимого правила вытекает из реальной практики его применения должностными лицами в процессе принятия решений.

Сохраняют ли правовые правила нормативный статус? Реалисты не отвергают руководящей и направляющей роли правил при принятии решения, когда судья *согласен* с законом. Если же содержание правовой нормы требует истолкования и оценки, то правовая теория не может предусмотреть основания для такого согласия в судебном сообществе, а значит, отсутствует и обязательство соблюдать противоречивый закон. Тезис реалистов приобретает более радикальную форму: любое властное предписание может стать правовым на основании решения судьи, в том числе вне предписаний законодательства. Следовательно, теория судебного решения должна быть *описанием* причинных связей между фактическими ситуациями и реальными судебными решениями без апелляции к нормативно-правовым основаниям. По мнению Б. Лейтера, натурализация юриспруденции как раз и предполагает признание того, что правовые основания (правила) не предопределяют решение спора и не дают стратегии обоснования юридических выводов. Нормативный статус сохраняется только в отношении понятия права, которое фактически используется в судебной практике.

Однако аргументация реалистов и Б. Лейтера против «формализма» в праве неверна. Функция юридических правил состоит в определении правового статуса судей (наделение властными полномочиями конкретных социальных субъектов), ограничений судебной деятельности (регламентация судебных процедур, делопроизводства, способов доказывания и оценки доказательств) и в обеспечении единообразия нормативных предписаний (законы менее изменчивы в отличие от прецедентов, поскольку толкование противоречивых законов фиксируется в обязательных для судей «правовых позициях» Верховного суда). Субъективность оценки доказательств не имеет существенного значения ввиду наличия множества инстанций и возможностей устранения «судебных ошибок». Таким образом, тезис реалистов о неопределенности права эмпирически не подтверждается.

Отказ от нормативного статуса правил актуализирует проблему объекта правового познания, поскольку для реалистов «разговоры о правилах являются мифом, скрывающим истину, что право состоит из

решений судов и их предсказаний»⁵⁰. Источником права и объектом научного познания в правовом реализме становятся лишь различные формы судебных решений (прецеденты, правовые позиции, акты толкования, разъяснения в правовой доктрине). Тем самым границы правовой реальности существенно расширяются, и в предмет натурализованной юриспруденции попадают вопросы психологии судей (Дж. Франк), макроэкономического расчета в судебных решениях (Р. Познер) и социального статуса судебной системы (Р. Паунд, К. Ллевеллин). Однако признание социальной обусловленности и вненормативного характера правовых явлений фактически способствует оформлению идеологических позиций реалистов, связанных с влиянием решений Верховного суда США на социально-экономическую политику американских президентов в XX в. Характерным примером является их аргументация о необходимости соблюдения «норм коммерческой культуры», предусмотренных ст. 2 Универсального торгового кодекса США.

В реалистической теории судебных решений не определяется иерархия источников права (законы, подзаконные акты, акты правоприменения) и невозможно установить, является ли судебное решение ошибочным (фактически нет решений, противоречащих действующему закону). Б. Лейтер полагает, что его проект «натурализации юриспруденции» должен быть локализован в теории судебных решений. Это позволяет сохранить нормативность правил в иных сферах правовой реальности и противоречит первоначальным методологическим установкам правового реализма.

Третья проблема касается функций юридической теории, которая в реалистической интерпретации направлена на *предсказание* реального поведения судей. В зависимости от соответствия действующему праву (прецедентам) решение истинно или ложно. Предсказание в правовой теории предполагает определение того, что является правом и служит основой принятия решения в конкретной ситуации, и возможного решения спора. В этом смысле и не соответствующее прецеденту решение может считаться правовым, если позволяет предсказывать, что судьи будут в дальнейшем разрешать споры подобным образом. Таким образом, для реалистов правовые утверждения эквивалентны предсказаниям решений судов в пределах их компетенции.

В данном случае неадекватное представление об объекте правового познания способствует признанию правовыми и незаконными решений (в том числе решений за пределами компетенции суда). Кроме того,

⁵⁰ Green M. S. Legal Realism as Theory of Law // William and Mary Law Review 2005. Vol. 46 [www.questia.com].

реалисты игнорируют «правило Дэвида Юма» о недопустимости выведения «должного» из «сущего». Если право – совокупность судебных решений, то оно подлежит постоянному изменению и воспроизведению в новых решениях судов, что не позволяет осуществить предсказание. В правовой сфере имеют значение различные виды юридических предположений: «презумпции» позволяют предсказывать отдельные варианты поведения (например, презумпция невиновности, презумпция добросовестности контрагента в договоре), а «фикции» – моделировать возможные ситуации (организационно-правовые формы «юридических лиц»).

Несмотря на широкую известность реалистической аргументации в теории права и «натуралистического» проекта Б. Лейтера, его реальное применение фактически лишает юридическую науку предметной специфики и возможностей формирования эффективных методологических средств познания правовой реальности. Однако сохраняет значение социологический подход к анализу правоотношений, правовых институтов и социальных факторов, влияющих на функционирование правовой системы.

Правовой реализм в европейских странах. Реалистические философско-правовые концепции европейских мыслителей опираются на иные методологические основания. Феномен права рассматривается в качестве одной из важнейших сфер общественной жизни, в которой воплощаются реальные потребности и моральные представления граждан.

Реалистические воззрения в немецкой философии права и юриспруденции сохраняют определенные черты немецкой философской традиции. Наиболее значительной в данном аспекте является концепция «свободного права» *Евгения Эрлиха*.

Право представляет собой множество социальных явлений, не все из которых оказываются в поле зрения суда. Общество – совокупность различного рода союзов и объединений, в том числе семьи, торговых товариществ, общин, государств и т. д. Союз – исходное начало права. Поэтому все общественные отношения в концепции Е. Эрлиха являются правовыми отношениями, воплощаясь в различных источниках права. Однако помимо правовых норм и правоотношений в обществе существует мораль, оказывающая влияние на правовую сферу. Иными словами, правовое регулирование не всегда предполагает использование принуждения. Право возникает внутри союзов, воплощено в юридических фактах, которые и должен выявить судья.

Реалистические концепции во *Франции* опираются на основные положения социологии Э. Дюркгейма и философии позитивизма О. Конта. Предметом социологии, согласно Э. Дюркгейму, является

изучение «социальных фактов» (юридических, моральных и др.), причем основной социальный факт – солидарность. В этом смысле объективны только коллективные представления.

Французские правоведы и философы (Ж. Дави, А. Леви-Брюль, Ж. Гурвич) также полагали, что право выражает ценности общественного мнения, то есть то, что общество хотело бы в нем видеть. В представлениях и верованиях коллективного сознания «должное» и «сущее» едины. И потому судебная практика более объективна, нежели правовые нормы, поскольку в ней отражен коллективный опыт людей. Судья, по мнению реалистов, в большей степени руководствуется «общим мнением», а не законом. А. Леви-Брюль указывает на то, что существует множество легальных предписаний вне государственной власти, то есть государство и право не связаны друг с другом. Характерна и идея Ж. Гурвича о революции против юридического верховенства государства «внутри и вовне». Поэтому критерием правомерности человеческого поведения становится социальная солидарность, выраженная прежде всего в разделении труда и его правовом оформлении.

Специфические взгляды присущи и одному из основателей «солидаризма», французскому правоведу *Леону Дюги*, который считал реальным только наблюдаемые явления (сознания индивидов). В этом смысле объективное право формируется спонтанно в социальных группах и представляет собой совокупность *социальных норм*, осознанных большинством.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Аналитическая философия права остается доминирующим направлением в современной философии права, несмотря на обоснованную критику ряда ее основополагающих концепций. Обсуждение аргументации оппонентов, апелляция к юридическим конструкциям и судебной практике, дискуссии о соотношении права и морали, обоснование специфической природы естественного права как права, существующего за пределами позитивных правовых систем, составляют основные черты аналитической философско-правовой традиции.

В настоящее время продуктивно работает целый ряд философов и теоретиков права. Критический анализ концепции «материального» естественного права Дж. Финниса осуществляется в рамках «католических исследований» профессоров Рассела Хиттингера и Джозефа Котерски. Р. Хиттингер указывает на противоречия концепции Дж. Финниса, связанные с трактовкой понятия «самоочевидности». Каждый человек должен иметь определенный социальный опыт, прежде чем добродетель, моральные принципы и перечень основных благ станут для него очевидными. Дж. Котерски показывает, что отсутствие у Финниса ясных представлений о человеке делает его концепцию исторически необоснованной. Анализ содержания и критики неопозитивистской теории Г. Харта в настоящее время представлен работами Нила Маккормика (университет Эдинбурга, Шотландия) и Джозефа Рэза (Колумбийский университет). Ситуация в отечественной философии права примерно соответствует ситуации в философии вообще – она пожинает плоды векового застоя. Отсюда характерное для многих работ последних лет «механическое» применение западных философско-правовых концепций к российской действительности.

Для лучшего понимания контекста современной философии права нам следовало бы также обратиться к работам таких современных философов, правоведов и социологов, как Мишель Фуко, Пьер Бурдьё, Фридрих фон Хайек, Карл-Отто Апель, Юрген Хабермас, Поль Рикер, Элвин Тоффлер и др. Однако в рамках небольшого курса невозможно охватить всего. Мы надеемся, что полученные знания стимулируют интерес читателя к философии права и помогут в дальнейшем изучении этой интригующей области юриспруденции.

СПИСОК РЕКОМЕНДУЕМОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

Учебные издания

- Бержель Ж.-Л. Общая теория права. М., 2000.
Моисеев С. В. Философия права: Курс лекций. Новосибирск, 2003.
Ллойд Д. Идея права. М., 2002.
Шершеневич Г. Ф. История философии права. СПб., 2001 (репр. изд.: СПб., 1907).
The Philosophy of Law / Ed. by R. M. Dworkin. Oxford, 1997.

Произведения философов права в переводах на русский язык

- Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М., 1998.
Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004.
Дворкин Р. Справедливость и права // Отеч. зап. 2003. № 2.
Кельзен Г. Динамический аспект права // Конституция и власть: сравнительно-исторические исследования. Проблемно-тематический сб. М., 1999.
[Кельзен Г.] Чистое учение о праве Ганса Кельзена: Сб. пер. / Отв. ред. В. Н. Кудрявцев. М., 1987–1988.
Остин Дж. Определение области юриспруденции // Антология мировой правовой мысли. М., 1999. Т. 3.
Ролз Дж. Теория справедливости. Новосибирск, 1995.
Фуллер Л. Л. Позитивизм и верность праву. Ответ профессору Харту // Изв. вузов. Правоведение. 2005. № 6. С. 124–159.
Харт Г. Л. А. Позитивизм и разграничение права и морали // Изв. вузов. Правоведение. 2005. № 5. С. 104–136.
Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб., 2006 [www.nsun/classics/law/interest.htm].
Холмс О. У. Общее право. Курс лекций // Российское право в Интернете. 2003. № 2, 3. 2004. № 4 [www.rli.consultant.ru].

Дополнительная литература

Тема 1

- Правовая мысль XX в.: Сб. обзоров и реф. М.: ИНИОН, 2002.
Harris J. W. Legal Philosophies, L.: Butterworth, 1980.
Hayek F. A. von. Law, Legislation and Liberty: In 3 vols. L.: Routledge & Kegan Paul, 1973; 1976; 1979.
Kelly J. M. A Short History of Western Legal Tradition. Oxford, 1992.

Тема 2

- Остроух А. Н. Джереми Бентам о понятии и сущности права // Изв. вузов. Правоведение. 2002. № 5.
- Hart H. L. A. Positivism and separation of law and morals // Philosophy of Law. Oxford, 1977.
- Legal positivism // Stanford Encyclopedia of philosophy [www.plato.stanford.edu].

Тема 3

- Мицайков М. Иерархия в праве // Вестн. МГУ. Сер.: Право. 1999. № 6.
- Карпович В. Н. Проблема эмпирического содержания теоретических конструкций в правовой сфере // Гуманит. науки в Сибири. 1999. № 1.
- Kelsen H. Allgemeine Staatslehre. Berlin: Springer, 1925.

Тема 4

- Золкин А. Л. Аналитическая школа права и аналитическая философия // «Черные дыры» в российском законодательстве. 2005. № 2.
- Макаренко В. П. Аналитическая философия права: концепции и проблемы // Изв. вузов. Правоведение. 2002. № 6.
- Грязин И. Н. Аналитическая философия права // Современная аналитическая философия: Сб. обзоров и реф. М.: ИНИОН, 1988. Вып. 1.

Тема 5

- Архипов В. В. Лон Фуллер о соотношении права и морали // Изв. вузов. Правоведение. 2004. № 6.
- Исаев М. А. О понятии права и государства в скандинавской доктрине права // Государство и право. 2004. № 3.
- Козлихин И. Ю. Процессуальная концепция права Л. Фуллера // Изв. вузов. Правоведение. 1993. № 2.
- Козлихин И. Ю. Позитивизм и естественное право // Государство и право. 2000. № 3.
- Мартышин О. В. Метафизические концепции права // Государство и право. 2006. № 2.
- Четвернин В. А. Современные концепции естественного права (на материале философии ФРГ, Австрии, Швейцарии). М., 1988.
- Finnis J. Natural Law and Natural Rights. Oxford, 1980.
- Fuller L. L. Human Purpose and Natural Law // The Journal of Philosophy. 1956. Vol. 53. No. 22.
- Fuller L. L. The Morality of Law. Yale University Press, 1969.

- Rawls J. The Law of Peoples. With 'The Idea of Public Reason Revisited'. Harvard University Press, 1999.

Тема 6

- Ветютнев Ю. Ю. О правопонимании Рональда Дворкина // Журн. рос. права. 2005. № 10.
- Егоров С. А. Современная наука конституционного права в США. М., 1987.
- Карпович В. Н. Две концепции правопонимания: к вопросу о соотношении философии и теории права, а также в какой-то степени права и морали // Гуманит. науки в Сибири. 2002. № 1.

Тема 7

- Куликов А. К. Категория интереса в социологической юриспруденции Роско Паунда // Изв. вузов. Правоведение. 1977. № 6.

Дополнительная литература для дальнейшего чтения и расширения кругозора

- Апель К.-О. Трансформация философии. М., 2001.
- Бибахин В. В. Введение в философию права. М., 2005.
- Бурдые П. Практический смысл. СПб., 2001.
- Ионас Г. Принцип ответственности. М., 2004.
- Козловски П. Общество и государство. М., 1998.
- Коркюф Ф. Новые социологии. СПб., 2002.
- Понятие государства в четырех языках. Сб. статей / Под ред. О. Хархордина. СПб., 2002.
- Рассел Б. История западной философии и ее связи с политическими и социальными условиями от античности до наших дней. Новосибирск, 1999.
- Сорокин П. Преступление и кара, подвиг и награда. СПб., 1999.
- Тоффлер Э. Шок будущего. Метаморфозы власти. Третья волна: В 3 т. М., 2002.
- Фуко М. Интеллектуалы и власть. М., 2002.
- Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. СПб., 2001.
- Хайек Ф. фон. Познание, Конкуренция и Свобода. СПб., 1999.

ХРЕСТОМАТИЯ

ГАНС КЕЛЬЗЕН (1881–1973)



Австрийский юрист, профессор Венского университета с 1917 г., автор проекта Конституции Австрии 1920 г., член Конституционного суда Австрии в 1921–1929 гг. В 1937 г. Г. Кельзен эмигрирует в Соединенные Штаты Америки, где долгие годы занимается научной и преподавательской деятельностью в Калифорнийском и других американских университетах. Гансом Кельзеном написано большое научных трудов по проблемам философии права и общей теории государства и права: («Общее учение о государстве», 1925; «Чистая теория права» 1934; «Общая теория права и государства» (1945); «Коммунистическая теория права», 1955), по истории философии («Платоновская справедливость», 1937; «Философия Аристотеля и греко-македонская политика», 1938), теории демократии и конституционализма («Основания демократии», 1941; «Правовой статус Германии после Второй мировой войны», 1946; «Что такое справедливость», 1957 и др.), по теории и практике международного права («Понятие признания в международном праве», 1941). В 1920-е гг. Г. Кельзен создает философско-правовую теорию «нормативизма» («чистую теорию права»), у него появляется группа последователей, которую в научной литературе иногда называют «Венской школой права». К ней принадлежали ученики Г. Кельзена Адольф Меркль (1890–1970), Альфред Фердросс (1890–1980), которые разрабатывали на основе концепции нормативизма проблематику административного и международного права.

Основания нормативизма

Норма – это объективное содержание представлений, а не само представление и не результат представления[...] Говоря коротко, норма – это идея и она не имеет отношения к естественной реальности (Цит. по: Wilk K. Law and State as Pure Ideas: Critical notes on the basic concepts of Kelsen's Legal Philosophy // Ethics. 1941. Vol. 51. No. 2. P. 163).

Тот факт, что некоторая относящаяся к человеческому поведению норма «действительна», означает, что она обязывает человека (т.е. что он должен) вести себя предусмотренным нормой образом <...> Из того, что нечто есть, не может следовать, что нечто должно быть; равно как из того, что нечто должно быть, не может следовать, что нечто есть. Осно-

ванием действительности одной нормы может быть лишь действительность другой нормы... Основная норма – это общий источник действительности всех норм, принадлежащих к одному порядку, их общее основание действительности <...>

(Кельзен Г. Динамический аспект права // Конституция и власть: сравнительно-исторические исследования: Проблемно-тематический сб. М., 1999. С. 144, 146).

Причинность и ответственность (1950)

I. Обычно разделяют естественные и социальные науки как имеющие дело с двумя различными объектами: природой и обществом. Но действительно ли природа и общество являются двумя разными объектами? Природа в соответствии с одним из множества определений – это определенный порядок вещей, или система элементов, взаимосвязанных друг с другом как причина и следствие, следовательно, можно сказать, в соответствии со специфическим принципом, именуемым «причинность». Так называемые «законы природы» позволяют науке описывать свой объект, как, например, утверждение: если металлическое тело нагревается, то оно расширяется, что является применением данного принципа. Связь в нашем примере нагревания и расширения будет связью причины и следствия.

Если существует социальная наука, отличающаяся от естествознания, то она должна описывать свой объект с помощью принципа, не имеющего отношения к причинности. Общество есть порядок человеческого поведения. Но не существует достаточных оснований, чтобы не рассматривать человеческое поведение как элемент природы, в том числе определяемый законом причинности; и пока человеческое поведение определяется причинными законами, наука, имеющая дело с повседневным поведением людей и по этой причине именуемая социальной наукой, не может иметь существенных отличий от физики или биологии. Однако если мы анализируем наши высказывания относительно человеческого поведения, мы видим, что связь одних действий людей с другими и другие факты не всегда и исключительно соответствуют принципу причинности как причина и следствие, но соответствуют и другому принципу, полностью отличному от причинности, принципу, для которого наукой не установлен общепризнанный термин. Только если можно доказать существование этого принципа в нашем мышлении и его применение в науках, имеющих дело с человеческим поведением, мы способны рассматривать общество как порядок или систему, отличающуюся от природы, и социальные науки, отличающиеся от естественных наук.

II. Право является наиболее характерным и особенно значимым социальным феноменом; и наука о праве, вероятно, самая древняя и наиболее развитая социальная наука. При анализе юридического мышления я показал, что принципиальное отличие от причинности в действительности применяется к правилам, которыми юриспруденция описывает право, и право в целом и конкретный правовой порядок, в частности национальное право определенного государства, либо международное право. Этот принцип в условиях господства права имеет функцию, аналогичную принципу причинности в законах природы, которым естественные науки описывают природу. Господство права – это, например, утверждение, что если человек совершил преступление, наказание должно быть применено к нему; или утверждение, что если человек не оплачивает долг по договору с ним, гражданская ответственность должна быть применена в отношении его имущества. Формулируется в общем виде: если деликт совершен, санкция должна быть применена. Как и закон природы, господство права связывает два элемента друг с другом. Но связь, которая описывается господством права, имеет значение, совершенно отличное от причинности. Очевидно, что уголовное правонарушение не связано с наказанием и что гражданский деликт не связан с гражданской ответственностью, как причина связана со следствием. Связь между причиной и следствием независима от действия человека или сверхчеловеческих сил. Но связь между деликтом и правовой санкцией устанавливается действием или действиями людей, правотворческим актом, следовательно, актом, значение которого представляет собой норму.

Этот акт может состоять в совершении подписи, в устном произношении либо написании слов, или в чем-либо еще. Используя речевую форму, мы говорим, что таким актом норма «вводится» или «создается» <...> Если мы предполагаем норму, предписывающую или допускающую определенное человеческое поведение, мы можем характеризовать поведение как соответствующее предполагаемой норме в качестве верного (хорошего, правильного) и поведения, не соответствующего предполагаемой норме как неверного (неправильного, плохого). Если такие утверждения являются ценностными суждениями, предполагаемая норма устанавливает ценности... Определение – это значение акта мышления. Акты, значения которых нормы, не являются актами мышления; они акты воли. Функция юридических установлений не в том, чтобы познавать и описывать право, а в том, чтобы предписывать или допускать человеческое поведение и, таким образом, создавать право. Познавать и описывать право – это функция правовой науки <...>

Мы можем утверждать: санкция возлагается за деликт, а не следует из деликта. Очевидно, что правовая наука не нацелена на причинное

объяснение феномена, поэтому в утверждениях, которыми правовая наука описывает свой объект, применяется принцип ответственности, а не принцип причинности <...>

Такое разделение имеет место только между естественными науками и науками, изучающими человеческие отношения не в соответствии с принципом причинности, а в соответствии с принципом ответственности – науки, имеющие дело с человеческим поведением, сталкиваются реально не с причиной и следствием в сфере реальности, а с должным, определяемым нормами, в том числе в сфере ценностей. Это нормативные социальные науки, такие как этика, теология, юриспруденция. Они не «нормативные» науки в том смысле, что предписывают или позволяют, не создавая норм общественного поведения; они описывают социальные нормы и социальные отношения, установленные такими нормами <...>

VII. Грамматическая форма принципа причинности, также как и принципа ответственности, представляет собой гипотетическое суждение (предложение), связывающее условие с последствием. Но значение связки в двух случаях разное. Принцип причинности устанавливает: если есть А, то есть (или будет) В. Принцип ответственности устанавливает: если есть А, то должно быть В... Если человек совершил кражу, он должен быть осужден (юридический закон)... Специфическое значение связи между условием и последствием выражается термином «должное» <...>

IX. Различие между причинностью и ответственностью и в том, что есть конечный результат ответственности, но нет конечного результата причинности, это фундаментальное различие, формирующее антагонизм между тем, что именуется «необходимостью», доминирующей в природе, и тем, что именуется «свободой», существенной для общества, значит, существенной и для человека в его нормативных отношениях с другим человеком... Только потому что человек свободен, он может быть ответственным за определенные действия <...>

(Kelsen H. Causality and Imputation // Ethics. 1950. Vol. 61. No. 1. P. 1–12)

Наука и политика (1951)

Существует общепризнанное утверждение, что наука должна быть независимой от политики. Отсюда обычно следует, что на поиск истины, который составляет существенную функцию науки, не должны оказывать влияния политические интересы, представляющие собой интересы, касающиеся появления и сохранения определенного социального заказа или конкретного общественного института. Политика как искусство управления, следует сказать, в практике регулирования социального по-

ведения человека является функцией воли и, как таковая, деятельностью, которая с необходимостью предполагает осознанное или неосознанное представление о ценностях, реализация которых и есть цель такой деятельности. Наука – это функция познания; ее цель не управлять, а объяснять. Описывать мир как объект. Ее независимость от политики означает в последнем случае, что ученый не должен ориентироваться на какую-либо ценность; следовательно, он ограничивает себя объяснением и описанием объекта без оценки его как хорошего или плохого, в том числе его соответствия или несоответствия предполагаемой ценности. Отсюда следует, что на утверждения, которыми ученый описывает и объясняет объект исследования, не должны оказывать влияния ценности, в которые он верит. Научные утверждения являются суждениями о реальности; по определению они объективны и независимы от желаний и субъективных оценок, потому что подтверждаются опытом. Они истинны или ложны. Ценностные суждения, однако, являются по сути субъективными, потому что они основываются в данном случае на индивидуальности оценивающего субъекта в целом и на эмоциональном элементе его сознания в частности <...>

Истина означает соответствие реальности, а не соответствие предполагаемой ценности. Суждение, что нечто истинно или ложно, является утверждением о существовании или несуществовании факта; и такое суждение имеет объективный характер как независимый от желания или субъективной оценки и подтверждаемый чувственным опытом, контролируемым разумом <...> С другой стороны, утверждение, что определенная социальная организация, гарантирующая индивидуальную свободу, но не экономическую безопасность, является хорошей и, следовательно, лучшей, чем социальная организация, гарантирующая экономическую безопасность, но не индивидуальную свободу, не будет фактическим утверждением; оно не может быть подтверждено экспериментом и не является ни истинным, ни ложным. Более того, оно действительно либо недействительно как оценочное суждение (в том числе оценка индивидуальной свободы и экономической безопасности как ценностей), оно не должно опровергаться утверждением, что большинство людей реально предпочитают индивидуальную свободу экономической безопасности, как истинным или ложным фактическим утверждением <...> Суждения о ценностях не могут противоречить суждениям о реальности. Действительно, только если их значение таково, что они не могут противоречить или подтверждать суждения о реальности, они являются оценочными суждениями в специфическом смысле этого слова. В этом смысле реальность и ценности две разные сферы <...>

Естествознание описывает свой объект как реальный на основе принципа причинности – следовательно, утверждением, что при данном условии специфическое следствие определено или вероятно наступит. Эти утверждения – так называемые законы природы. Утверждение, что нечто имеет место, в конечном итоге истинно или ложно; и для того чтобы быть истинным, оно должно быть подтверждено опытом. Если утверждение, что коммунистическая организация является «хорошей», означает только, что ей свойственно обеспечение каждому экономической безопасности, и утверждение, что капиталистическая организация является «плохой», означает, что она не имеет такого результата, то ни одно из утверждений как таковых не является оценочным суждением в специфическом смысле слова. Оба утверждения являются суждениями о реальности; и если они классифицируются как оценочные суждения, такие оценочные суждения не отличаются от суждений о реальности, а составляют всего лишь особый тип таких суждений и потому не могут быть исключены из сферы науки <...>

Почему демократия является лучшей формой правления – это вопрос не о том, что конкретные люди реально получают, а о том, что они должны получить, в конечном итоге что люди вправе получить. Следовательно, правильный ответ на вопрос, почему демократия лучшая форма правления, будет «потому что люди должны быть свободными», и этот ответ означает, что свобода – высшая ценность <...>

Хотя наука должна быть отделена от политики, политика не нуждается в отделении от науки. Отсюда кажется разумным, что должностное лицо для реализации целей может использовать результаты науки как средства <...>

Существуют, однако, науки или дисциплины, обычно относимые к наукам, такие как этика и юриспруденция, объект которых не реальность, а ценности. Они описывают нормы, устанавливающие ценности, и в этом смысле могут быть названы «нормативными» науками. Мораль, объект одной, и право, объект другой, в действительности являются системами норм или нормативных предписаний, определяющих определенное человеческое поведение понуждением или дозволением такого поведения. Чтобы рассматривать их в качестве наук, мы должны учитывать и два разных вида оценочных суждений: существуют позитивные нормы, создаваемые действиями индивидов, и нормы, не создаваемые таким образом, но только предполагаемые в сознании действующих и оценивающих индивидов <...> Нормы позитивного права могут быть установлены обычаями, актами законодательства, судебными решениями, административными актами или юридическими сделками. Акты, которыми

создаются нормы позитивной нормативной системы, это лишь факты, проявляющиеся во внешнем мире, воспринимаемые в ощущениях <...>

Норма является специфическим значением факта, и это значение не воспринимается нашими органами чувств и является результатом интерпретации. Интерпретация значения факта как нормы возможна только при условии, что мы предполагаем другую норму, придающую факту качество нормоустанавливающего факта; но эта другая норма в данном случае не может быть позитивной нормой <...> Акт, которым статут вводится в действие, предоставляющий полномочия должностному лицу, имеет значение обязывающей нормы, только если создается способом, определенным конституцией <...>

Юриспруденция как наука о праве содержит позитивные нормы в качестве объекта исследования. Только позитивные нормы могут быть объектом науки права. Это принцип юридического позитивизма, противоположный естественно-правовой доктрине, которая пытается представить юридические нормы не созданными действиями людей, а дедуцируемыми из природы. Чтобы дедуцировать нормы из природы, следует сказать, нужно рассматривать природу в качестве законодателя, предполагая, что природа создана Богом и является проявлением Его воли, которая есть абсолютное добро. Отсюда естественно-правовая доктрина представляет собой не науку, а метафизику права. Позитивное право может быть национальным правом, правом определенного государства, основанным на его конституции и созданным действиями законодательной власти, установленными конституцией; или международным правом, создаваемым обычаем, в том числе обычной практикой государств, основанной на предположении, что государства должны вести себя так, как они обычно ведут себя, такое предположение является основной нормой международного права <...>

Основная норма позитивного правопорядка – в отличие от материальных норм естественного права, предусматривающих определенное человеческое поведение как соответствующее природе (и такие средства справедливы) и показывающих, что определенное человеческое поведение противоречит природе (и такие средства несправедливы), – имеет только формальный характер. Она служит основой для любого позитивного правопорядка независимо от его соответствия или несоответствия естественному праву; и она имеет в науке права только гипотетический характер. Утверждения, которыми правая наука описывает свои объекты как позитивные нормы, имеют характер условных предположений <...>

Позитивные правовые нормы могут быть объектом юридической науки, потому что существование – и, значит, действительность – позитивной нормы зависит не только от предполагаемой действительности

основной нормы, но и от существования того факта, что есть такие нормотворческие акты, которые имеют место в пространстве и времени в качестве обычаев индивидов или государств, актов законодательной, судебной или исполнительной власти, либо юридических сделок. При описании объекта как нормы правовая наука обращается к этим фактам; и позитивность права состоит только в отношении к правотворческим фактам <...>

Утверждение, что нормы являются объектом правовой науки, не означает, что объектом этой науки не является реальность. Это означает только, что этот объект не будет природной реальностью, которая описывается естествознанием. Но объект юридической науки может характеризоваться как правовая реальность. Различие между природной и правовой реальностями в том, что правовая реальность, которая описывается юридической наукой, состоит из фактов, имеющих – при условии, что действительность основной, непозитивной нормы предполагается – специфическое значение: значение позитивной нормы.

(Kelsen H. Science and Politics // The American Political Science Review. 1951. Vol. 45. No. 3. P. 641, 642, 643, 645, 647–651).

Признание в международном праве: теоретические наблюдения (1941)

Термин «признание» может быть представлен в виде двух полностью различающихся актов: политического акта и правового акта.

Политический акт признания государства или правительства означает, что признаваемое государство вольно вступать в политические и иные отношения с признанным государством или правительством, в отношении, которые обычно существуют с членами сообщества наций... Политическое признание предполагает юридическое существование государства или правительства, подлежащих признанию...

Как любой другой правовой порядок, международное право применяется к определенным фактам определенные последствия. Если юридическое предписание применяется к определенному факту как условие определенного последствия, он должно определять форму и в особенности кем устанавливается такой факт <...> Фундаментальный принцип юриспруденции – нет фактов «самих по себе», а есть лишь факты, установленные компетентными органами <...>

(Kelsen H. Recognition in International law: Theoretical observations // The American Journal of International law. 1941. Vol. 35. No. 4. P. 605, 606).

ГЕРБЕРТ ХАРТ (1907–1992)

Герберт Лайонел Адольфус Харт – английский философ и правовед. Родился в семье портного – еврея польского происхождения. Окончил Оксфордский университет. С 1932 по 1940 гг. – практикующий адвокат (barrister) в суде лорд-канцлера. В годы второй мировой войны Г. Харт работал в британской военной разведке (МИ-5). В это же время он познакомился с ведущими английскими философами-лингвистами Гилбертом Райлом и Стюартом Хэмпширом, благодаря которым с 1945 г. начал преподавать философию в Новом колледже Оксфорда. Он активно участвует в заседаниях Аристотелевского философского общества, где обсуждались проблемы философии и методологии науки, лингвистической философии. Выступив в 1949 г. с докладом «Привлечение к ответственности и субъективные права», Г. Харт успешно синтезирует основные идеи лингвистической философии и правоведения. Тем самым он заложил основы «новой аналитической юриспруденции», которая на долгие годы стала предметом глубоких дискуссий в сообществах английских философов и правоведов.

Среди обширного наследия Г. Харта выделяются его ранние труды по логике и философии: «Существует ли приобретенное знание?» (1949), «Вымышленная история о логиках» (1951), «Знаки и слова» (1952, рецензия), «Решение, намерение и определенность» (1958) и др.; Г. Хартом опубликовано и множество работ по философии права, истории права и проблемам юриспруденции, отраслевых правовых наук: «Определение и теория в юриспруденции» (1953), «Причинность в праве» (1959, в соавторстве с Э. Оноре), «Понятие права» (1961, второе издание 1994, пер. на рус. яз. 2006), «Право, свобода и мораль» (1963), «Мораль и уголовное право» (1965), «Наказание и ответственность» (1968), «Эссе о Бентэме» (1982), «Эссе по юриспруденции и философии» (1983), «Постскрипtum к книге 'Понятие права'» (1992). Долгое время Г. Харт вел семинары о причинности в правовой науке, а также принимал участие в дискуссиях об общественной морали и реформировании уголовного законодательства.

Что есть право?

Немногие вопросы, касающиеся человеческого общества, задавались с такой настойчивостью, а серьезные мыслители отвечали на них столь различными, странными и даже парадоксальными способами, как это происходило с вопросом «Что есть право?». Даже если мы ограничим наше внимание правовой теорией последних 250 лет и не будем рассматривать классические и средневековые спекуляции о «природе» пра-

ва, мы обнаружим ситуацию, не имеющую аналогов ни в каком другом предмете, систематически изучаемом как отдельная академическая дисциплина. Не существует обширной литературы по вопросам «Что такое химия?» или «Что такое медицина?», как это происходит с вопросом «Что есть право?» Несколько строк на странице какого-нибудь элементарного учебника – вот все, что предлагается рассмотреть изучающему эти науки; и ответы, которые ему даются, очень сильно отличаются от тех, которые предлагаются студенту, изучающему право. Никто не считает проясняющим дело или важным настаивать на том, что медицина – это «то, что доктора делают с болезнями», или «предсказание того, что сделают доктора»; или объявлять, что то, что обычно считается характерной и главной частью химии – скажем, изучение кислот, – в действительности вовсе не является частью химии. Однако в случае права часто произносились вещи, столь же странные, на первый взгляд, что и эти, – и не только произносились, но и защищались с такими красноречием и страстью, как если бы они являлись открытием истин о праве, долго скрывааемых искажениями его сущностной (essential) природы.

«То, что должностные лица предпринимают относительно споров есть... закон» (Ллевеллин); «Пророчества о том, что сделают суды... являются тем, что я подразумеваю под правом» (Холмс); «Статуты являются источником Права..., но не частями самого Права» (Грэй); «Конституционное право есть всего лишь позитивная мораль» (Остин); «Не укради; если кто-то крадет – он будет наказан... Первая норма, если она вообще существует, содержится во второй, которая и является единственно подлинной нормой... Закон есть первичная норма, которая стипулирует санкции» (Кельзен).

Это лишь некоторые из множества утверждений или отрицаний, касающихся природы права, которые, на первый взгляд, выглядят странными и парадоксальными. Некоторые из них, по-видимому, вступают в конфликт с наиболее прочно укорененными убеждениями и кажутся легко опровержимыми; так что возникает искушение ответить: «Конечно, статуты являются правом, по крайней мере, одним из видов права, даже если существуют другие», «Конечно, закон не может означать просто то, что делают должностные лица или сделают суды, так как нужен закон, чтобы назначить должностное лицо или суд».

Несмотря на это, кажущиеся парадоксальными фразы не были произнесены визионерами или философами, профессионально занимающимися тем, чтобы подвергать сомнению наиболее ясные порождения здравого смысла. Эти фразы являются результатом длительных размышлений над правом профессиональных юристов, занимающихся тем, чтобы учить праву или практиковать его, и в некоторых случаях исполнять

закон в качестве судей. Более того, сказанное ими о праве в действительности улучшило наше понимание права в свое время и в своем месте. Ибо, понятые в соответствующем контексте, такие положения *одновременно* и проясняют, и обескураживают: они гораздо более похожи на огромные преувеличения некоторых, незаслуженно забытых, истин о праве, нежели на трезвые определения. Они бросают свет, который позволяет видеть многое из того, что было скрыто в праве; но этот свет настолько яростен, что ослепляет нас в отношении всего остального и, тем самым, так и не дает нам ясно увидеть целое.

В противоположность этим нескончаемым книжным дебатам мы находим, что большинство людей способны привести, с легкостью и уверенностью, примеры закона, когда их просят сделать это. Лишь немногие англичане не знают о том, что существует закон, запрещающий убийство, или требующий уплаты налогов, или определяющий, что должно быть сделано, чтобы составить действительное завещание. Практически каждый, за исключением ребенка или иностранца, впервые сталкивающегося с английским словом «law», легко смог бы умножить подобные примеры, а большинство людей могло бы сделать и нечто большее. Они могли бы описать, по крайней мере, в общих чертах, процедуру, позволяющую обнаружить, является ли нечто законом в Англии; они знают, что существуют эксперты для консультаций и суды с окончательным авторитетным голосом по всем таким вопросам... Можно ожидать, что любой образованный человек способен идентифицировать эти бросающиеся в глаза явления хотя бы таким схематическим образом, как это сделано ниже. Они заключают в себя: (i) правила, запрещающие или предписывающие определенные типы поведения под страхом наказания; (ii) правила, требующие, чтобы люди определенным образом компенсировали ущерб тем, кому они нанесли его; (iii) правила, специфицирующие, что должно быть сделано, чтобы составить завещание, заключить контракт или другие соглашения, которые дают права или создают обязательства; (iv) суды, которые определяют, что является правилом, и ситуации, когда это правило нарушено, – и устанавливают наказание или компенсацию, которую следует возместить; (v) законодательный орган, для создания новых правил и отмены старых.

Если все это общеизвестно, то почему же вопрос «Что есть право?» продолжает фигурировать, и на него было дано так много разнообразных и экстраординарных ответов?...

(Hart H. L. A. *Concept of Law*. Second edition / Ed. by P. Cane, T. Honoré, J. Stapleton. Oxford University Press, 1994. P. 1–6).

Существуют ли естественные права?

Я буду отстаивать тезис, что если и существуют моральные права в целом, то есть по крайней мере одно естественное право – равное право каждого человека быть свободным... У меня есть две причины для описания равного права каждого человека быть свободным как естественного права; обе из них подчеркиваются классическими теоретиками естественного права. (1) Это право является тем, чем обладают все люди, если они способны к выбору... (2) Это право не создается и не приобретает волевым поведением человека...

Мой аргумент не показывает, что человек имеет любое право (сохраняя равное право каждого человека быть свободным), которое является ‘абсолютным’, ‘неаннулируемым’ или ‘непредписанным’...

Юристы для собственных целей оценивают понятие юридического права при разъяснении утверждения в форме ‘X имеет право на’ вне правового контекста. Конечно, нет тождества моральных и юридических прав, но есть первоначальная связь между ними, и это само по себе признак, отличающий моральное право от иных фундаментальных моральных понятий. Это не просто факт, что человек заявляет о моральных правах в основном при их отражении в правовой системе, но и то, что понятие права принадлежит отрасли морали, специфически касающейся определения, когда свобода лица может быть ограничена другими и, соответственно, какие действия могут подчиняться юридическим правилам.

Фактически ‘обязанность’, ‘обязательство’, ‘право’, и ‘благо’ идут из разных сфер морали, касаются разных типов поведения, моральных критериев и оценки. Наиболее важными являются положения, что (1) обязательства могут налагаться или создаваться волей; (2) они являются *обязательными* для специальных лиц (которые обладают правами); (3) они возникают вне характерных действий, которые обязательны, и вне отношений сторон.

Существенная связь между понятием права и обоснованным ограничением личной свободы одного перед другим может быть проведена рельефно, если мы рассмотрим кодексы поведения, которые не предоставляют прав, а только предписывают, что делать. Большинство естественно-правовых мыслителей смотрят на естественное право так: есть естественные обязанности, с которыми связана естественная цель, но не естественные права. Абсурдно сравнивать эти кодексы с правилами игры, где часто возникают права, но не моральные права. Даже моральный кодекс не требует установления прав. Конечно, есть общее повиновение

десяти заповедям: неповиновение неправильно и определенно наносит вред индивидам. Но было бы странно говорить, что они предоставляют права. Ведь тогда было бы повиновение не Богу, а индивидам, и неправильность неповиновения – индивидам... Моральные права не предписывают поведения, а формируют вид моральной собственности индивидов, к которой они уполномочены.

(Hart H. L. A. Are there any natural rights? // The Philosophical Review. 1955. Vol. 64. № 2. P. 175, 176, 177, 179, 182).

Право как единство первичных и вторичных правил

Идея правила никоим образом не проста: учитывая сложность правовой системы, возникает необходимость различать между двумя различными, хотя и связанными друг с другом типами правил. Правила первого типа, которые можно считать базовыми, или первичными, предписывают делать что-либо или воздерживаться от определенных действий вне зависимости от желания. Правила второго типа оказываются в некотором роде паразитическими, или вторичными, по отношению к первым; ибо они позволяют людям путем совершения определенных действий ввести новые правила первого типа, удалить или изменить старые или различными способами изменить сферу их применимости и установить контроль над их исполнением. Правила первого типа устанавливают обязанности; правила второго дают власть, публичную или частную. Правила первого типа касаются действий, состоящих в физических движениях или изменениях; правила второго типа позволяют совершать действия, которые приводят не только к физическим движениям или изменениям, но и к созданию или модификации обязанностей или обязательств <...>

Иными словами, если первичные правила касаются действий, которые то или иное лицо должно совершать или нет, вторичные правила касаются только самих первичных правил. Они уточняют, как первичные правила должны удостоверяться, вводиться, удаляться, изменяться, а также как должен устанавливаться факт их нарушения <...>

Простейшим способом исправления дефекта неопределенности режима первичных правил может быть введение того, что мы назовем *правилом признания*. Именно оно должно указать признак или признаки, наличие которых в том или ином правиле признается в качестве конечного утвердительного указания на то, перед нами именно такое правило, которое группа должна поддерживать социальным давлением...

Избавлением от дефекта статичности первичных правил будет введение того, что можно назвать *правилами изменения*. Простейшей формой такого правила является правило, дающее власть одному лицу или

группе лиц вводить новые первичные правила, регулирующие жизнь остальных членов группы или определенного класса в ее рамках, и отменять старые правила...

Третьим добавлением к простейшему режиму первичных правил, исправляющим дефект неэффективности его диффузной системы социального давления, могут быть вторичные правила, предоставляющие отдельным лицам право давать авторитетный ответ на вопрос о том, нарушено ли в данном конкретном случае определенное первичное правило или нет. В вынесении такого определения состоит минимальная функция суда, поэтому назовем подобные вторичные правила *правилами суда*.

(Hart H. L. A. Concept of Law. Second edition / Ed. by P. Cane, T. Honoré, J. Stapleton. Oxford University Press, 1994. P. 79, 91 и сл.).

Наказание и ответственность (1968)

Таким образом, первичная реабилитация принципа ответственности основывалась на простой идее, что если человек не имел способности и реальной возможности приспособить свое поведение к закону, то наказания не должны к нему применяться. Даже если мы наказываем человека не за зло, а за вред, это то, что нам следует принимать во внимание. Такая доктрина реальной возможности не только может сделать рациональными большинство существующих способов освобождения от ответственности, которые закон допускает в доктрине *вины*, но и могла бы функционировать в качестве критического принципа, чтобы требовать от закона больше, чем он дает. Следовательно, в таком смысле мы можем задавать вопрос доктрине общего соблюдения английского права о том, что игнорирование закона недопустимо, и в этом смысле мы можем настаивать на других возражениях против строгой ответственности.

Но больше всего могло бы быть сказано о переинтерпретации принципа ответственности. Его значимость проявляется в тот момент, когда мы воображаем, что устранили этот принцип и внесли изменения в систему, в которой любой вид ответственности был строгим. Что же мы утрачиваем? Помимо прочего мы бы утратили способность обеспечить системой некоторый уровень гарантий для нас, чтобы предсказывать и планировать наше будущее в пределах принудительной структуры права. Для системы, в которой ответственность наступает на основании правовых санкций, зависящих от волевого акта, расширяющего полномочия индивида не только по определению своей судьбы, но и по получению преимущества в сроках, которого бы не было при чрезмерном юридическом вмешательстве.

Тогда как система, из которой ответственность устранена, ведущая к тому, что индивид отвечает за совершенное по заблуждению или случайности, могла бы удалить все индивидуальное, а не только уменьшить возможность оправдания будущего вмешательства на основании закона в его жизнь и возможность предвидения во времени законного вмешательства.

В-третьих, есть и это. В настоящее время закон предусматривает ответственность в виде наказания, зависящую от волевого акта, призванного реализовать силы самоконтроля, а не полный успех в соблюдении закона. Это демонстрируется, чтобы показать различные варианты освобождения от ответственности, которые допускает закон как способы воздаяния за самоограничение, такие как случайность или заблуждение. В итоге закон говорит, что если дела идут неверно в том виде, как они делаются, когда происходят заблуждения или возникают случайности, то человеку, чей выбор правильный и действия наилучшие, закон не будет препятствовать. Если мы сравним эту систему с той, в которой человеку ставились условия соблюдать закон с помощью психологических и других средств, или той, где люди подлежат наказанию или «тюремному режиму» независимо от того, совершили они правонарушение или нет, ясно, что наша система сталкивается с рисками, которых нет в этих альтернативных системах. Наша система не вмешивается до тех пор, пока вред не причинен и не доказано его причинение с соответствующей *виновной волей* (*mens rea*). Но риск, имеющий место, не происходит из ничего. Это наша плата за общее признание, что судьба человека зависит от его выбора, и это содействует первичной социальной ценности самоограничения.

Я думаю, существует общий принцип, лежащий в основании этих разных аспектов. Человеческое общество – это сообщество индивидов; и индивиды не думают о самих себе и о других только как о множестве тел, движущихся путями, которые иногда наносят вред и должны быть устранены или изменены. Вместо этого индивиды интерпретируют друг друга как демонстрации намерений и выбора, и эти субъективные факторы часто более значимы в их социальном отношении, чем движения, в которых выражаются их результаты. Если один индивид наносит удар другому, удар индивида не позволяет другому видеть в нем причину его боли; решающее значение в том, был ли удар умышленным или случайным.

Если удар был явным умышленным, то по смыслу удар индивида, отличающийся от случайного удара, повлечет более сильный удар. Несомненно, моральные суждения проявляются в зависимости от положения дел под влиянием этого решающего различия; но это, возможно ме-

нее важное обстоятельство, так влияет. Если вы наносите удар мне, суждение, что удар был умышленным, будет вызвано страхом, возмущением, гневом, чувством обиды: это неволевые реакции; но то же суждение возникнет при обдумывании моего дальнейшего поведения по отношению к вам и выявит все мои социальные отношения с вами. Буду ли я вашим другом или врагом? Выскажу утешительные слова? Или отвечу ударом? Все это будет различаться, если удар не является волевым. Это то, какова человеческая природа в человеческом обществе, и тем не менее мы не в силах изменить ее. Значение этого фундаментального факта в праве именно такое. Если наши правоведы-моралисты утверждают, что для закона важно отражать общие суждения о морали, то, конечно, более важно, чтобы было общее отражение в этих суждениях различий человеческого поведения, которое не только лежит в основе морали, но и охватывает нашу социальную жизнь в целом. Было бы неверно обращаться с людьми только как с изменчивыми, предсказуемыми, подлежащими исправлению и манипулируемыми существами.

(Hart H. L. A. *Punishment and Responsibility*. Oxford, 1968. P. 181–183)

ЛОН ЛЬЮИС ФУЛЛЕР (1902–1978)

Известный американский правовед, профессор права Гарвардского университета. Основоположник «концептуального натурализма» и современной естественно-правовой теории в аналитической философии права, один из первых критиков юридического неопозитивизма Г. Харта. Основные труды: «Человеческие цели и естественное право» (1956), «Позитивизм и верность праву: ответ профессору Харту» (1958), «Принципы социального порядка» (1961), «Анатомия права» (1964), «Моральность права» (1964), «Право само по себе» (1966).

Человеческие цели и естественное право

Правила, процедуры, институты – все способы, в которых человеческие отношения подчинены формальному контролю, в том числе обычаю или приказу... Таким образом, контракт, присуждение, высший принцип – формы социального контроля и порядка... Эти формы в явном виде – средства реализации человеческих целей. Они являются целями в том смысле, что делают нас зависимыми от бытия общества как такового... Любая форма социального порядка содержит свою собственную внутреннюю моральность.

(Fuller L. L. *Human purpose and Natural law* // *The Journal of Philosophy*. 1956. Vol. 53. No. 22. P. 704).

Анатомия права

Основной рациональностью в праве не может быть логика или геометрия; это должно быть что-то подобное экономическому расчету – все факторы учтены, рассчитаны недостатки против преимуществ, X лучше, чем Y. (Fuller L. L. *The Anatomy of Law*. 1964. P. 166).

Моральность права

Право – это реализация субъективного человеческого поведения, управляемого правилами...

Роль юридических правил состоит в обеспечении возможности эффективной реализации морали в реальном поведении людей. Моральные принципы не могут функционировать в социальном вакууме или в условиях войны всех против всех. Чтобы прожить хорошую жизнь, требуется нечто большее, чем добрые намерения, даже если они общепризнаны; это требует поддержки главных направлений человеческих взаимоотношений, то, что – по крайней мере, в современном обществе – только открытая правовая система может предложить...

‘Не бери то, что принадлежит другому’ – это банальный пример морального наставления, как он описывается в книгах. Но как мы решаем, что принадлежит другому? Чтобы ответить на этот вопрос, мы обращаемся не к морали, а к праву... Моральное наставление должно с необходимостью основываться на стандартах, заимствованных из права; без такой поддержки невозможно реализовать человеческие дела.

Опять же все согласятся, я полагаю, что институт брака имеет моральные следствия – в действительности их множество. Но этот институт едва ли может функционировать – морально или юридически – без некоторого определенного правила, которое позволит нам знать, когда брачное состояние существует...

Право не является, наподобие управления, предметом руководства отдельных лиц о том, как решать задачи, установленные вышестоящей инстанцией, но является способом обеспечения граждан ясной и стабильной структурой для взаимодействия между ними.

(Fuller L. L. *The Morality of Law*. New Haven, 1964. P. 106, 205–206, 210).

ДЖОН ФИННИС (род. в 1940 г.)



Родился в Австралии. Изучал юриспруденцию, политическую теорию и конституционное право в Оксфорде. Профессор права и философии права с 1989 г. С 1966 г. преподает в Оксфордском университете, университете Нотр-Дам, читает лекции в ряде университетов США. В своей самой известной книге «Естественное право и естественные права» (1980) Дж. Финнис разработал концепцию «материального естественного права» на основе идей католической философской традиции (Фома Аквинский). Естественно-правовой подход в теории Дж. Финниса базируется

на постулатах практической рациональности и направлен против доминирующего в англоязычной философии права юридического неопозитивизма Г. Харта.

Основные работы Дж. Финниса: «Основания этики» (1983), «Авторитет права и трудности современной социальной теории» (1984), «Билль о правах для Британии? Мораль современной юриспруденции» (1985), «Ядерная безопасность, мораль и реализм» (1987), «Практические принципы, моральная истина и конечные цели» (1987), «Право как координация» (1989), «Умысел и побочные эффекты» (1991), «Моральные абсолюты» (1991), «Естественное право и юридическое объяснение» (1994), «Истина в юридическом позитивизме» (1999), «О публичном разуме» (2005), «То, что я есть: персональная идентичность у Фомы Аквинского и Уильяма Шекспира» (2005) и др.

Естественное право и естественные права

Требования к определению естественного права:

- (1) Совокупность основных практических принципов, которые определяют основные формы человеческого процветания как благ полученных и реализованных.
- (2) Совокупность основных методологических требований практической рациональности, которая разделяет ясное от неясного... и дает критерий разграничения между способами действий, которые морально правильны или морально ошибочны.

Семь основных благ

Жизнь. Термин «жизнь» здесь обозначает любой аспект витальности (жизненности), который придает человеку хорошую форму для самоопределения.

Знание. Ценность знания не может быть продемонстрирована, но и не нуждается в демонстрации.

Игра. Это действие выполняется не для представления самого по себе, а ради собственного наслаждения... Элемент игры входит в любую человеческую деятельность.

Эстетический опыт. Реализация или понимание красоты во множестве разных вещей.

Социальность (дружба). Сообщество – форма единого взаимодействия людей.

Практическая рациональность. Основное благо, делающее нашу собственную разумность эффективной... в отношении проблем выбора действий и стиля жизни и формирования собственного характера.

Религия – отношение к порядку космоса.

Общее благо

Совокупность условий, которые дают возможность членам общества достигать для самих себя разумных ограничений или реализовывать разумно для себя ценности, ради которых они имеют основание сотрудничать с другими (позитивно или негативно) в обществе.

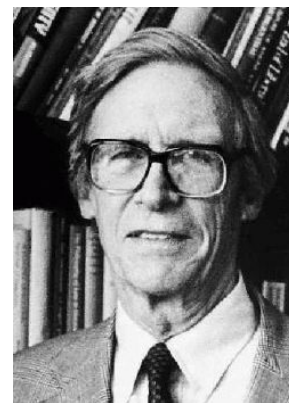
(Finnis J. *Natural law and Natural rights*. New York, 1980. P. 23, 65, 86–88, 155).

О естественном праве

Содержание любого позитивного права должно быть дедуцировано из моральных принципов любым, кто может осознать обстоятельства и их моральные следствия во всей их полноте... С этой точки зрения законодатель должен наблюдать за правильным правом в смысле предписания, которое уникально истинно во всех обстоятельствах.

(Finnis J. *The Truth in Legal Positivism // The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*. Oxford, 1999. P. 197, 202).

ДЖОН РОЛЗ (1921–2002)



Один из крупнейших современных теоретиков либерализма, автор теории справедливого общественного устройства на принципах рыночной экономики. Выпускник Принстонского университета (бакалавриат – 1943, докторат – 1950), участник второй мировой войны. Служил в Новой Гвинее, на Филиппинах и в Японии. Видел последствия бомбардировки Хиросимы. После окончания войны преподавал в ведущих американских университетах, в 1952 г. учился в Оксфорде (Крайст Черч) в качестве стипендиата программы Фулбрайта, где увлекся теориями И. Берлина и Г. Харта. С 1964 г. и до конца своих дней – профессор Гарвардского университета. В 1971 г. был опубликован его главный труд «Теория справедливости», задавший тон в политической философии США на многие годы. В 1993 г. опубликовал книгу «Политический либерализм», а в 1999 – «Право народов», в которой попытался очертить общие принципы, которые могли бы быть приняты как либеральными, так и нелиберальными обществами в процессе их взаимодействия. Основные публикации: «A Theory of Justice» (1971), «Political Liberalism» (1993), «The Law of Peoples» (1999), «Collected Papers» (1999), «Lectures on the History of Moral Philosophy» (2000), «Justice as Fairness: A Restatement» (2001).

Теория справедливости

Справедливость — это первая добродетель общественных институтов, точно так же как истина — первая добродетель систем мысли. Теория, как бы она ни была элегантна и экономна, должна быть отвергнута или подвергнута ревизии, если она не истинна. Подобным же образом законы и институты, как бы они ни были эффективны и успешно устроены, должны быть реформированы или ликвидированы, если они несправедливы. Каждая личность обладает основанной на справедливости неприкосновенностью, которая не может быть нарушена даже процветающим обществом. По этой причине справедливость не допускает, чтобы потеря свободы одними была оправдана большими благами других. Непозволительно, чтобы лишения, вынужденно испытываемые меньшинством, перевешивались большей суммой преимуществ, кото-

рыми наслаждается большинство. Следовательно, в справедливом обществе должны быть установлены свободы граждан, а права, гарантируемые справедливостью, не должны быть предметом политического торга или же калькуляции политических интересов. Единственное, что позволяет нам неохотно принимать ошибочную теорию, — это отсутствие лучшей теории. Аналогично несправедливость терпима только тогда, когда необходимо избежать еще большей несправедливости. Будучи первыми добродетелями человеческой деятельности, истина и справедливость бескомпромиссны...

Моя цель состоит в представлении концепции справедливости, которая обобщает до более высокого уровня абстракции знакомую теорию общественного договора. Ее мы находим, например, у Локка, Руссо и Канта. Для того чтобы сделать это, мы не должны думать об исходном контракте как о договоре в каком-то конкретном обществе, заключенном для установления какой-то конкретной формы правления. Скорее основная идея здесь в том, что принципы справедливости для базисной структуры общества являются объектами исходного соглашения. Это такие принципы, которые свободные и рациональные индивиды, преследующие свои интересы, в исходном положении равенства примут в качестве определяющих фундаментальные соглашения по поводу своего объединения. Эти принципы должны регулировать все остальные соглашения; они специфицируют виды социальной кооперации, которые могут возникнуть, и формы правления, которые могут быть установлены. Этот способ рассмотрения принципов справедливости я буду называть справедливость как честность.

Таким образом, мы должны вообразить, что те, кто занят в социальной кооперации, вместе выбирают, в одном совместном действии, принципы, которые расписывают основные права и обязанности и определяют разделение социальных преимуществ. Люди должны решить заранее, как они будут регулировать свои притязания друг к другу и какова должна быть основная хартия их общества. Точно так же как каждая личность должна решить путем рациональных размышлений, что составляет благо, т. е. систему целей, рациональную для их преследования, так и группа людей должна решить раз и навсегда, что считать справедливым и несправедливым. Выбор, который должен был бы сделать рациональный человек в этой гипотетической ситуации равной свободы, в предположении, что проблема выбора имеет решение, определяет принципы справедливости.

(Дж. Ролз. Теория справедливости. Новосибирск, 1995. Гл. I, § 1,3).

Принципы справедливости

Первый принцип: каждый человек должен иметь равные права в отношении наиболее обширной схемы равных основных свобод, совместимых с подобными схемами свобод для других.

Второй принцип: социальные и экономические неравенства должны быть устроены так, чтобы: (а) от них можно было бы разумно ожидать преимуществ для всех и (б) доступ к положениям (positions) и должностям был бы открыт всем.

(Дж. Ролз. Теория справедливости. Новосибирск, 1995. Гл. II, § 11).

РОНАЛЬД ДВОРКИН (род. в 1931 г.)



Американский правовед и философ. Родился в г. Ворчестер, штат Массачусетс (США). Окончил Гарвардский и Оксфордский университеты. Работал помощником судьи в Апелляционном суде США и в юридических компаниях. С 1969 г. — профессор права Оксфордского университета. В настоящее время — профессор права Нью-Йоркского университета. В творчестве Р. Дворкина выделяются два основных периода. До середины 1990-х гг. он разрабатывал проблемы аналитической философии права на основе критики юридического неопозитивизма (Г. Харт,

Дж. Рэз) и создания концепции «конструктивной интерпретации» юридических принципов. Основные работы данного периода: «Судейское усмотрение» (1963), «О правах всерьез» (1977, русский перевод 2004), «Предмет принципа» (1985), «Империя права» (1986), «Билль о правах для Британии» (1990), «Преимущества жизни» (1993), «Свободное право» (1996). Во второй период своего творчества Р. Дворкин занимается исследованиями в области политической философии. Он разрабатывает концепцию либерального равенства (равенства ресурсов), в которой пытаются устранить недостатки традиционных либеральных концепций «равенства возможностей» (М. Фридмен, Ф. А. фон Хайек). Главные труды данного периода: «Главная ценность: теория и практика равенства» (2000), «Справедливость в мантии» (2006).

О правах всерьез

Принцип – это стандарт, который соблюдается не потому, что дает преимущество или защиту желаемой экономической, политической или социальной ситуации, но потому что он является требованием справедливости или честности или иного другого измерения морали.

Каждую правовую норму подкрепляет и, видимо, оправдывает определенный комплекс стратегий, осуществлению которых она должна способствовать, и принципов, которые должны в ней соблюдаться.

Стратегические аргументы оправдывают некоторое политическое решение, показывая, что это решение поддерживает или защищает какую-то коллективную цель общества в целом... Принципиальные аргументы оправдывают политическое решение тем, что это решение соблюдает или обеспечивает какие-то индивидуальные или групповые права. (Dworkin R. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1977. Рус. пер.: Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 22, 296, 122).

Против юридического неопозитивизма Г. Харта

Я показал ошибочность предположения этой теории о том, будто в каждой правовой системе существует общепризнанный критерий для установления того, какие стандарты относить к праву, а какие – нет. Я утверждал, что в сложных правовых системах, подобных тем, которые действуют в Соединенных Штатах и Великобритании, нельзя найти такого критерия и что в этих странах нельзя в конечном счете провести границу между правовыми и моральными стандартами, на чем настаивает позитивизм (Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 76).

О судебском усмотрении

Для непрофессионала судебный процесс является событием, в котором судья определяет суть спора путем применения установленных принципов в большей мере, чем принципов, придуманных для разрешения спора. Он знает, что отдельные судьи могут игнорировать этот идеал справедливости, но он верит, что такие нарушения будут заблуждениями, их проявление в качестве несправедливости бывает реже, чем их противоположность. Для него судьи должны и в основном заняты, в терминах допустимой метафорической максимы, обнаружением права, а не его созданием...

Вера в то, что судьи только ищут право и никогда не творят его, представляет собой доктрину формализма, саму по себе являющуюся результатом устремлений устаревшей, недостижимой и вредной меха-

нической юриспруденции. Некоторые из правоведов полагали, что идея юридической нормы, которую судьи могли бы применять при принятии решения, была мифом. Но сегодня эта позиция основывается на том, что существуют два источника судебного решения: правило и усмотрение... Это оставляет неизменным спор о том, представляет ли дуализм юридической техники необходимую установку для человеческих ограничений, идеала юридического процесса или соответствия теории демократии» (Dworkin R. *Judicial Discretion* // *Journal of Philosophy*. 1963. Vol. 60. No. 21. P. 624–638).

Судьи не решают сложные дела в два этапа, вначале устанавливая, где заканчивается действие ограничений, налагаемых правовыми традициями, а затем откладывая книги в сторону, чтобы дальше действовать самостоятельно. Они чувствуют, что эти ограничения пронизывают весь процесс принятия ими судебного решения (Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 127).

В океане заслуживающих уважения внеправовых стандартов судья не может осуществлять выбор, руководствуясь только своими собственными предпочтениями, иначе просто не осталось бы никаких обязательных правовых норм (Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 65).

Правовая реальность

Она должна включать в себя права и обязанности, в том числе юридические права и обязанности, в качестве объективных фактов, независимых от структуры и содержания общепринятых правовых систем (Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 387).

О естественном праве

Если права и обязанности входят составной частью в некоторый объективный и независимый мир, то почему бы нам не предположить, что кто-то имеет некоторое право даже тогда, когда никто больше не считает, что он имеет это право, или когда никто не может доказать наличие у него этого права (Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 387).

Конституция и мораль

Конституционализм как теория о том, что большинство необходимо ограничивать ради защиты индивидуальных прав, может быть хорошей или плохой теорией, но Соединенные Штаты эту теорию приняли...

Наша конституционная система основывается на определенной моральной теории, а именно что человек обладает моральными правами против государства. Трудные статьи Билля о правах, в частности статьи

о должной процедуре и равной защите, должны быть поняты на основе моральных терминов лучше, чем отдельных концепций; поэтому суд, осуществляющий применение этих статей, полностью юридически должен быть активен, в смысле готовности поставить и ответить на вопросы политической морали.

Конституционная теория не является теорией большинства. Конституция и в частности Билль о правах направлены на защиту отдельных граждан и групп против определенных решений, которые большинство хотело бы принять, даже когда эти действия большинства соответствуют общему интересу.

В Соединенных Штатах Америки предполагается, что граждане обладают определенными фундаментальными правами в противовес государству, определенными моральными правами, превращенными в юридические права Конституцией (Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 199, 147, 133, 190).

Важный вопрос для конституционной теории не в том, оценивать ли намерения тех, кто создавал Конституцию, а в том, чтобы возможная оценка соответствовала такому намерению (Dworkin R. Forum of Principle // New York University Law Review. 1981. Vol. 56. P. 499).

Конституция делает нашу конвенциональную политическую мораль соответствием вопросу о юридической действительности; любой закон, который возникает как моральный компромисс, поднимает конституционные вопросы, и если компромисс серьезный, то и конституционные сомнения серьезны тоже (Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 208).

ОЛИВЕР УЭНДЕЛЛ ХОЛМС (1841–1935)



Американский правовед. Родился в Бостоне. Окончил Гарвардский колледж. Принимал участие в Гражданской войне 1861–1865 гг. После войны окончил Гарвардскую школу права. С 1867 по 1882 гг. работал юристом в различных юридических компаниях. Преподавал в Гарвардском университете. В 1902 г. президент США Теодор Рузвельт назначил его судьей Верховного суда США. На этой должности он проработал до 1932 г. О. У. Холмс является основоположником классического правового реализма – философско-правового учения, в котором

обосновывается идея права как совокупности судебных решений. Свои взгляды о проблемах юриспруденции он изложил в работе «Общее право (курс лекций)» (1881).

Общее право

Цель настоящей книги – предложить обобщённое видение общего права (the Common Law). Для достижения её необходим помимо логического и иной инструментарий. Отчасти кажется, что системная согласованность требует от итога исследования конкретности, но это ещё не всё, ибо жизнь права заключена не в логике, но в опыте. Прочувствованные потребности времени, господствующие моральные и политические теории, интуитивная политика общества, открыто признанное или неосознанное, даже предрассудки, разделяемые судьями и их коллегами, дают гораздо больше для определения норм, руководящих поведением людей, чем логический силлогизм. Право заключает в себе историю развития нации на протяжении многих столетий и не может рассматриваться как совокупность нижних математических аксиом и выводов. Для цели познания права мы должны знать, каким оно было и каким оно склонно стать в будущем. Кроме этого, мы должны принять во внимание существующие теории и историю законодательства. Но наиболее трудная работа заключена в понимании того, как объединяются оба компонента в новый продукт на каждом историческом этапе. Поскольку право находится в развитии, то его материя в любой данный временной период почти совершенно согласована с тем, что в этот момент представляется подходящим, но его форма и структура, а также степень, в которой оно пригодно для достижения желаемых результатов, во многом зависят от его прошлого... В настоящее время в Массачусетсе, с одной стороны, существует великое множество норм, которые совершенно удовлетворительно объясняются их очевидным здравым смыслом; но, с другой стороны, имеется ряд иных норм, которые можно понять только через обращение к ранней стадии развития правовой процедуры среди германских племён или к социальным условиям Древнего Рима в эпоху децемвиров... Хотя терминология морали всё ещё сохраняется и хотя в определённом смысле право всё ещё, как и всегда, измеряет правовую ответственность моральными стандартами, оно, тем не менее, в силу самой необходимости его природы, непрерывно превращает эти моральные стандарты во внешние или объективные стандарты, из которых всецело исключена действительная виновность затронутого человека... Такой обобщённый взгляд очень трудно сформулировать. Право зарождалось не с теории; оно никогда не разрабатывало её. Точка, с которой право стартовало, и та, которой, как я попытаюсь показать, оно достиг-

ло, лежат в разных плоскостях. В движении от одной к другой следует ожидать, что его развитие с необходимостью неравномерно, и направление последнего не всегда очевидно. Всё, что можно сделать, – показать тенденцию и найти ей оправдание. Тенденция, которая нас больше всего интересует, – вопрос факта, выводимого из прецедентов. Но трудность в описании её многократно умножается тем обстоятельством, что до недавнего времени к материальному праву подходили только через формы иска [forms of action]. Обсуждение законодательных принципов затемнялось спорами относительно границ между иском о нарушении права [trespass] и деликтным иском по конкретным обстоятельствам дела [case] или относительно области главного факта, составляющего предмет спора [general issue]. Вместо теории деликта мы имеем теорию иска о нарушении права. И даже внутри такой ограниченной области прецеденты времён выездных судебных сессий [assize] и *jurata* применялись без мысли о том, что они связаны с давно забытой судебной процедурой. Деликтное право изобилует моральной фразеологией. Оно много говорит о правонарушениях [wrongs], злом умысле [malice], обмане [fraud], намерении [intent] и небрежности [negligence]. Следовательно, вполне естественно можно предположить, что риск поведения человека падает на него как результат некоего морального дефекта. Но хотя этот взгляд и принимается во внимание, тем не менее, в значительно более популярном мнении содержится его крайняя противоположность: я имею в виду мнение, что человек ответствен за все последствия своих действий или, иными словами, что он всегда действует на свой риск и состояние его сознания относительно этого не имеет никакого значения (Холмс О. У. Общее право. Курс лекций // Российское право в Интернете. 2003. № 2, 3. 2004. № 4 [www.rli.consultant.ru]).

БРАЙАН ЛЕЙТЕР



Американский философ и правовед. Доктор философии и доктор юриспруденции, профессор Техасского университета. В творчестве Б. Лейтера сочетаются интерес к философской проблематике, истории философско-правовой мысли и современным юридическим проблемам. Его статья «Пересмотр правового реализма и правового неопозитивизма» (2001) является «одной из десяти лучших философских статей 2001 года», которая послужила основой для серьезных дискуссий

о «натуралистической программе» в юридической науке.

К числу наиболее значимых работ Б. Лейтера относятся «Нищие о морали» (2002), «За пределами дебатов Харта/Дворкина: проблема методологии в юриспруденции» (2003), «Конец империи: Дворкин и юриспруденция в XXI веке» (2004), «Будущее философии» (2004), «Натурализация юриспруденции: эссе об американском правовом реализме и натуралистической программе в юридической теории» (2005).

Натурализм в философии права (2001) (статья из Стэнфордской энциклопедии)

«Натуралистический поворот», охвативший множество областей философии в последние три десятилетия, оказал влияние, особенно сегодня, на философию права... Каждый из видов натурализма отразился в философии права. Изменчивые формы методологического натурализма опираются на то, что: (1) концептуальный анализ понятия права дополняется наилучшими научными социальными объяснениями юридических феноменов и (2) нормативные теории судебного решения дополняются эмпирическими теориями. Эти позиции ассоциируются с американским правовым реализмом и переинтерпретацией реализма Брайаном Лейтером...

Теория судебного решения касается не взаимодействия между «данными опыта» и «научной теорией», а скорее объяснительного отношения между правовыми основаниями (исходное начало) и судебным решением (вывод): теория судебного решения пытается рассказать судьям, как они должны обосновывать свои решения, в том числе искать «основу» судейского принятия решений в тех основаниях, которые требуют единственного вывода. Американские правовые реалисты являются «анти-фундаменталистами» в отношении судебных решений в смысле отрицания того, что правовые основания обосновывают единственное решение: правовые основания не определяют решение (по крайней мере, в большинстве случаев с реальными процессами). Более точно, реалисты полагают, что право *рационально* неопределенно в том смысле, что совокупность правовых оснований, которые можно предложить судье для решения, не дает обоснования единственного вывода... Почему бы не заменить «чистую» фундаментальную программу обоснования юридического вывода на основе правовых оснований на описательно-объяснительную оценку того, как исходные данные (следовательно, комбинация фактов и оснований) предопределяют вывод (в том числе судебное решение)? Юриспруденция – или более точно, теория судебного решения – «натурализуется», потому что для реалистов превращается в раздел психологии (или экономики, социологии и т. д.)... Конечно, этот аргумент натурализма работает против «формальных» теорий

судебного решения, которые предусматривают рациональную определенность права (Leiter B. Naturalism in Legal Philosophy // Stanford Encyclopedia of Philosophy [www.plato.stanford.edu]).

Американский правовой реализм (2002)

Натурализация юриспруденции? Социологическое крыло реалистов полагало, что задача юридической теории – выявлять и описывать, а не объяснять образцы судебных решений; социальные науки были средством осуществления антинормативной задачи... Результатом такой ориентации реалистов, а по смыслу мы можем думать, типом юриспруденции, становится защита реалистами *натурализованной* юриспруденции, которая избегает анализа понятий в пользу постоянства *эмпирического* исследования <...> Натурализованная юриспруденция для реалистов является по существу теорией, описывающей причинные связи между соответствующими типами ситуаций и реальными судебными решениями <...>

Реалисты придерживаются эмпирической теории преимущественно потому, они думают, что традиционный проект юриспруденции с попыткой показать, как судебные решения *обосновываются* на основе юридических норм и рассуждений, ошибочный. Для реалистов право неопределенно, то есть совокупность легитимных правовых оснований, на которые суды могут ссылаться при обосновании решения, фактически не могут объяснить единственный вывод во множестве случаев. Но если правовые нормы и основания не могут *рационализировать* решения, то они, конечно, не могут и *объяснить* их: мы должны, соответственно, обращать внимание на другие факторы, чтобы объяснить, почему суды реально принимают решения так, как они это делают <...>

Пока они могли верить только в плодотворную оценку принятия *решений* – это описательное, эмпирическое, а не нормативное, понятийное, они сами по себе нуждаются в понятии *права*, которое не является само по себе эмпирическим или натурализованным. Аналогия с натурализацией теории познания, иначе говоря, должна быть локализована в теории судебного решения, а не во всей юриспруденции <...> Любое причинное объяснение судебного решения вынуждено идти за пределы юридических оснований, чтобы выявить психосоциальные факты (об индивидуальности, классе, социальной роли, социализации и т. д.) как основу судебного решения (у реалистов). Такая «натурализация» теории судебного решения может быть недостаточно строгой.

(Leiter B. American Legal Realism // Public Law and Legal Theory Research Paper. 2002. Vol. 042. P. 14–17).

За пределами дебатов Харта / Дворкина: проблема методологии в юриспруденции (2003)

Последние три десятилетия большинство работ англо-американской философии права концентрируются вокруг того, что называется «полемика Харта/Дворкина», полемики, которая началась с отдельных пунктов критики Рональдом Дворкиным главной работы в англоязычной юриспруденции в двадцатом веке, книги Харта 1961 г. «*Понятие права*». Заключительное слово Харта в этой полемике сейчас доступно для нас в посмертно опубликованном «Постскриптуме» к книге «*Понятие права*», тогда как Дворкин не опубликовал чего-либо содержательно нового об этой полемике после выхода его книги «*Империя права*» в 1986 г.

В настоящий момент есть возможность остановиться и спросить, играет ли полемика Харта/Дворкина такую же организующую роль в юридических исследованиях двадцать первого века, как в конце двадцатого. Я склонен ответить на этот вопрос отрицательно, хотя, конечно, я уверен, что с трудом можно представить будущее юриспруденции без ключевой книги Харта в ее основании. Более того, как кажется мне и многим другим, отдельные аспекты полемики Харта с Дворкиным привели к его явной победе, в то время как даже эвристическая ценность критики Дворкиным Харта может быть сегодня под сомнением ...

Оценка теории права Г. Харта и критики Р. Дворкина

Харт не имел намерения рассуждать о «правилах» в «Понятии права» с исключением возможности того, что в некоторых правовых системах стандарты, которые Дворкин называет «принципами», могут быть юридически обязательными... пока же «правила», включающие то, что Дворкин называет «принципами», не управляют принятием решения, судьи действуют по усмотрению, и доктрина усмотрения Харта не охватывается фактически разделением Дворкиным «сильного» и «слабого» усмотрения судьи.

Дворкин проводит различие между доктриной, называемой «сильным» усмотрением – видом усмотрения, когда принимающий решение не имеет обязательств на основе стандартов, установленных властью, в этом вопросе, – и доктриной «слабого» усмотрения, о которой говорит, что стандарты должностным лицом должны применяться, но не могут быть применены механически, а требуют использовать рассуждение <...> Для позитивиста интересна доктрина усмотрения в сильной версии, но, утверждает Дворкин, когда мы допускаем, что принципы могут быть правом, невозможен случай, чтобы судьи не были связаны авторитетными стандартами: верно, что они могут быть вынуждены

использовать суждение при применении принципов, наподобие «ни один человек не вправе извлекать выгоду из собственного правонарушения», но это предполагает и то, что судьи обладают слабым усмотрением независимо от применения принципов <...>

Харту необходима его «описательная социология» как более слабое требование, что существование условия для некоторого (не любого) рассуждения об «обязанностях» является лишь фактом соответствующего поведения на основе признания правила, описывающего это поведение с внутренней точки зрения <...> Дворкин же полагает, что концепция права должна объяснять, как возможно, чтобы закон предусматривал общее обоснование для осуществления принудительной власти государством. Но такое предположение, очевидно, не разделяется Хартом, неясно даже, почему каждый теоретик разделял бы его. Как пишет Харт, моя цель в этой книге («Понятие права») – создать общую и описательную теорию о том, что есть право. Она общая в том смысле, что не зависит от любой конкретной правовой системы или правовой культуры, но дает объясняющую и явную оценку права как комплексного социального и политического института в управленческом (и в этом смысле «нормативном») аспекте <...> Но Дворкин, ограничивая оценку права только теми случаями, где осуществление принудительной власти в соответствии с законом может быть морально оправдано, явно меняет цель <...>

Позиция Харта – версия «умеренного позитивизма», пока он признает, что содержание правила признания в обществе выводится из практики должностных лиц при решении ими вопросов о легальности. Умеренные позитивисты следуют позитивистской доктрине, что право и мораль понятийно независимы друг от друга... поэтому в правовой системе мораль не является критерием юридической действительности.

Теория Дворкина была лишь гибридом – «третьим путем» между позитивизмом и теорией естественного права... Но если Харт прав, то теория Дворкина – не третий путь в целом, а только реализация отдельной юридической теории. Дворкин просто описывал правило признания для тех правовых систем – вероятно, американской – в которых есть конвенциональная практика между судьями о разрешении вопросов юридической действительности обращением к моральному критерию <...>

Критики признают, что юриспруденция является понятийной и интуитивной, но оспаривают... характеристику «методологического позитивизма» Харта (и других позитивистов), названия его позиции о том, что «юридическая теория может предложить нормативно нейтральное описание отдельного социального феномена, называемого правом».

Теоретики, говорит Финнис, не могут дать теоретического описания и анализа социальных фактов (включая право), если они не участвуют в работе по оценке и осознанию того, что реально является благом для людей, и того, что реально требуется практической рациональностью, следовательно, объяснения, что должно делать.

Харт также признает герменевтическое содержание оценок социального феномена: чтобы было адекватное описание человеческой социальной практики, необходимо уделить внимание тому, как участники на практике осознают ее значение и цель (Leiter B. Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence // American Journal of Jurisprudence. 2003. Vol. 48. P. 1, 2).

Натурализация юриспруденции: эссе об американском правовом реализме и натурализме в философии права. Введение: от правового реализма к натурализации юриспруденции (2006)

Американский правовой реализм был вполне обоснованно главным интеллектуальным событием в американской юридической практике и теории XX столетия, поэтому было нечто приводящее меня в уныние, когда философы подвергали презрению реализм, если вообще обращали внимание на него, даже те философы, которые имели содержательный интерес к праву. Объяснение такого положения дел в ретроспективе достаточно очевидно. С одной стороны, реалистами не интересовались в области философии, и это вело к интеллектуальной опрометчивости их отдельных высказываний. С другой стороны, философы, часто немного знающие о праве в действии (даже те, кто были юристами), систематически неверно истолковывали вопросы, поставленные реалистами.

Что нуждается в объяснении, так это то, почему философы должны интересоваться *реальными* вопросами, с которыми имели дело реалисты, и почему вопросы реалистов фактически становились вопросами в сфере философского мышления о праве.

Однажды в начале 1990-х гг. соответствующее промежуточное рассуждение стало ясным для меня: философско-правовая традиция, вытеснившая американский правовой реализм, основывалась на концепции философии как метода концептуального анализа через обращение к обычным интуициям (например, в обыденном языке), метода, который содержал сам по себе риск появления «старого» интереса в контексте натуралистической революции в философии XX столетия.

Философия права, несомненно, приобрела большие успехи пятьдесят лет назад, когда Г. Л. А. Харт, гигант юриспруденции XX столетия, ввел новое понимание и аргументацию в англоязычную философию,

развивая с большим умением и проницательностью основные философские средства анализа фундаментальных вопросов о природе права и правовых систем. Джозеф Рэз и некоторые из его учеников последовательно пересмотрели и модифицировали основные тезисы Харта, но к концу столетия для большинства философов права было ясно, что позитивистская традиция Харта (в отличие от Кельзена) предоставила мощный и неопровержимый ответ на некоторые из основных юридических вопросов о «понятии права». (За исключением представлений Рональда Дворкина, но его влияние в сфере философии права было по большому счету ограниченным). Существенные вопросы сохраняются в рамках традиции философского теоретизирования о праве, которую создал Харт, но юридический позитивизм остается ведущей исследовательской программой в послевоенной философии...

О натурализме в философии права

...Скандинавский правовой реализм Альфа Росса и других, в нем философы часто задавали вопрос, где мы могли бы локализовать право и правовые нормы в натуралистической картине мира... Харт отвергал скандинавскую исследовательскую программу в юриспруденции полвека назад, и нет оснований полагать, что Харт был полностью неправ. Нормы и «внутренняя точка зрения» являются неустранимыми признаками причинной структуры социального мира, но для натуралистов причинность все еще точка отсчета реальности, и никакая натурализация юриспруденции не сможет устранить нормативные аспекты права и правовых систем. Натуралисты, конечно, могут потребовать, чтобы любая оценка таких признаков права, зависящих от «обычных интуиций» как данных теории-конструкции, соответствовала эмпирически явным методам анализа этих данных. Как я отмечаю в послесловии к части II, этот вид «экспериментальной философии», вероятно, на повестке дня в натуралистической философии права начала XXI века <...>

Мы можем реконструировать реалистов как сторонников «эмпирического» подхода к теории судебного решения, мотивирующих свои рассуждения аналогично аргументам для натурализма в теории познания... Аргументы реалистов о неопределенности юридического объяснения зависят от «строго позитивистской» концепции юридической действительности (Дж. Рэза) (в соответствии с которой критерий действительности в любой правовой системе должен сам по себе быть основан на источниках права).

(Leiter B. Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy. Introduction: from Legal Realism to Naturalised Jurisprudence [www.papers.ssrn.com]).

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие.....	3
Тема I. Истоки и базовые проблемы современной философии права.....	5
Тема II. Формирование аналитической традиции в философии права.....	8
Тема III. «Чистая теория права» (нормативизм) Г. Кельзена...	14
Тема IV. Правовой неопозитивизм Г. Харта.....	19
Тема V. Философия естественного права в XX веке.....	32
Тема VI. Философия права Р. Дворкина и современный конституционализм.....	43
Тема VII. Правовой реализм.....	46
Заключение	55
Список рекомендуемой литературы.....	56
Хрестоматия	59
Ганс Кельзен.....	59
Герберт Харт.....	67
Лон Льюис Фуллер.....	74
Джон Финнис.....	76
Джон Ролз.....	78
Рональд Дворкин.....	80
Оливер Уэнделл Холмс.....	83
Брайан Лейтер.....	85