

# **ЮРИДИЧЕСКАЯ ПАРАДИГМА**

# ЗАЧАТКИ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПАРАДИГМЫ

- **Юридическая парадигма** права представляет собой модель истолкования политико-правовой действительности через призму **юридического мировоззрения**, т.е. общественные процессы, смена политико-правового уклада государства воспринимаются как последовательная имплементация **правового идеала**.
- **Зачатки** юридической парадигмы возникла в ряде государств Древнего Востока (прежде всего Персия), где влияние религии **не** было столь тотальным, и достигли своего расцвета в трудах философов Древней Греции и юристов Древнего Рима.
- Для этого периода становления юридической парадигмы характерен и **эмпиризм (Аристотель)**, и **рационализм (Платон)** в подходе к анализу государства и права, что позволяло преодолеть прежние мифологические представления о них.
- Отчасти это находило отражение в том, что теоретические концепции были
  - 1) основаны на обобщении реального опыта политико-правового развития,
  - 2) направлены на поиск **умеренной формы правления**,
    - а) сочетающей достоинства всех существовавших форм и
    - б) способной эффективно реагировать на потребности различных групп населения.

# ГЕНЕЗИС ЮРИДИЧЕСКОЙ ПАРАДИГМЫ

- По этой причине **● ГОСУДАРСТВО** рассматривается одним из **родоначальников** юридической парадигмы, римским мыслителем **Цицероном** (106—43 гг. до н.э.) как «соединение многих людей, связанных между собой А) согласием в вопросах права и Б) общностью интересов».

**КСТАТИ:** Определенным этапом в становлении юридической парадигмы является и **средневековье** с его схоластикой и божественным правом.

**НО!** развитие юридической парадигмы достигает своего апогея в период **Нового времени**.

- Это напрямую связано со становлением новой научной концепции мироздания

и, как результат,

формированию юридического мировоззрения, согласно которому **СОДЕРЖАНИЕ** государства и права выводилось из природы человека, его разума и опыта, которым противоестественны сакрально-сословные порядки.

**ВЫВОД:** В результате **РЕЛИГИОЗНОЕ** мирозерцание, утверждавшее неизменность существующего социального порядка, выражающегося в сословной структуре общества окончательно сменяется **СВЕТСКИМ** юридическим мировоззрением, выражающим интересы нарождающейся нового общества.

# СОДЕРЖАНИЕ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПАРАДИГМЫ

- Таким образом, в рамках развивающейся юридической парадигмы
  - а) претерпевает изменения **способ интерпретации** политики, государства и права;
  - б) происходит **юридизация власти и властных отношений**.

**ВАЖНО:** Теперь для обоснования природы власти, государства, политики мыслители **не** прибегают к **сверхъ**естественному началу, **а** связывают власть со **светской** идеей **ПРАВА** и **ЗАКОНА**.

**НО!** При этом **ПРАВО** и **ЗАКОН** **не** отождествляются, однако рассматриваются в качестве **всеобщего и равного масштаба поведения**, соблюдение которого и обеспечивает правовой порядок.

☺ **ПРАВОМ** признается

- 1) все, что соответствует **естественной** природе вещей и отношений,
- 2) все, что существует **объективно** и является своего рода **объективным разумом**, из которого теоретики юридической парадигмы выводили принципы
  - а) формального равенства,
  - б) законности и правопорядка.

☺ **ЗАКОН** же — юридическая **форма** существования права, закрепленная в правовых нормах и являющаяся продуктом человеческого **волеу**становления.

# СОДЕРЖАНИЕ ЮРИДИЧЕСКОГО МЫШЛЕНИЯ

**КСТАТИ:** Появление идей индивидуальной свободы, законности и правопорядка как первоосновы нарождающегося буржуазного общества обеспечили возможность использования **правовых форм** простого товарного производства, содержащихся в римском праве, для развития капиталистического товарного хозяйства.

**ВАЖНО:** Эти **правовые формы**, пережившие смену экономических укладов и политических систем, были признаны наиболее надежными и совершенными в условиях существования общества **свободных товаропроизводителей**.

- При этом в своем развитии юридическое мировоззрение прошло три основных этапа:
  - 1) этап естественно-правовых теорий (XVII—XVIII вв.);
  - 2) этап либерализма (XVIII—XIX вв.);
  - 3) этап позитивизма (XIX- XX в.).

## 1) ЮСНАТУРАЛИЗМ

- Вы, конечно, можете заметить, но ведь естественно-правовые **идеи** появились гораздо ранее!
- Идеи. Да, конечно!
- А вот естественно-правовые теории только в XVII веке.

**ВЫВОД:** Итак, идеи естественного права пришли к нам из глубины веков.

**КСТАТИ:** Они коренятся в древних представлениях о единстве социального и природного (естественного) порядка.

# ЕДИНСТВО ПРИРОДНОГО И НРАВСТВЕННОГО ПОРЯДКА

- Так, мир, **КОСМОС** представлялся людям древности разумно устроенным, совершенным, а **общество** рассматривалось как часть природы.
- Поскольку **человек и общество есть часть природы**, поэтому и для людей природа (или Бог) задает их предназначение, устанавливает законы и цели.

**ВАЖНО:** Следовательно, **природный** и **нравственный** порядок взаимосвязаны.

- Нравственная жизнь состоит в том, чтобы жить в соответствии с природным (или Божественным) предназначением.
- И наоборот, нарушение нравственных норм вызывает природные и социальные бедствия.

- **НАПРИМЕР,**

в **Китае** испокон веков считалось, что император правит потому, что «**имеет мандат**» Неба на правление. Поэтому вплоть до начала 20 века считалось, что наводнения, засухи, ливневые дожди, а также другие природные и социальные катаклизмы случаются из-за недостаточного нравственного совершенства императора. Поэтому во время одного из вторжений варваров в Китай мнения высших чиновников о том, что надлежит делать, разделились. Одни призывали укреплять армию, но другие предлагали укреплять дух императора, считая, что тогда проблема решится сама собой.

в **Древней Греции**, например, верили, что половые излишества, извращения являются причиной землетрясений

# СОФИСТЫ

- На основе подобных представлений в Древней Греции возникают первые концепции естественного права.
- Так, софисты первыми предложили деление права на естественное («**физис**») и позитивное, условное («**номос**»)(**Гиппий**).
- С позиций естественного права **Протагор** в «мифе о Прометее» обосновал **полисную демократию** как заданную людям форму правления:

**каждый** человек может быть **полно**правным участником принятия решений в условиях **не**посредственной демократии.

**КСТАТИ:** С позиций **естественного права** софисты обосновали **правовую АКСИОМУ** — **равенство** людей (Алкидам «природа никого не сделала рабом»), чем подвергли сомнению незыблемость закона, разделившего всех людей на рабов и свободных.

**ВЫВОД:** софисты выступили **осново**положниками современной теории прав человека, опираясь на естественно-правовые идеи.

**PS:** С позиций **естественного права** стало возможным радикально критиковать **право позитивное**, что позднее и будут делать Цицерон, Монтескье и др.



# НАСЛЕДИЕ СОФИСТОВ

- Правовые идеи софистов стали импульсами для дальнейшего развития западной правовой науки. Правоведы использовали **модель естественно-правового мышления** в Средние века, а затем и в Новое время.

**НО!** не следует забывать, то мнения мыслителей того времени, да и современных ученых о софистах **разные**.

- Часто специалисты отмечают, что софисты
  - 1) были абсолютными ренегатами и
    - 2) вели бродячий образ жизни, поскольку их отовсюду гнали за то, что они
      - а) подрывали основы общественного устройства и
      - б) оставляли после себя ссоры и неурядицы.

# АРИСТОТЕЛЬ

- Аристотель также внес лепту в развитие **идей юснатурализма**, различая **1) право позитивное** и **2) право естественное**.
- Под **позитивным** правом Аристотель понимал изменчивые человеческие постановления, которые могут быть **А) писаными** или **Б) неписаными** (обычаями).
- Под **естественным** правом Аристотель понимал **неизменные** веления **природы**, которые **не** зависят от воли законодателя.

**ВАЖНО:** Аристотель в духе своего учения утверждал, что человеческие законы должны быть «**естественными**», **т.е.** соответствовать законам природы.

**ВЫВОД:** Законодательство, противоречащее законам природы, **не** имеет моральной и юридической силы.

- Комментируя в «**Риторике**» один из «противоестественных» законов (запрещение **тираном Креоном** хоронить убитого в битве), Аристотель писал:

«Если **писанный** закон против нас, мы должны обращаться ко **всеобщему** закону, апеллируя к его большей честности и справедливости.

Мы должны доказывать, что принципы справедливости вечны и неизменны и что

всеобщий закон также **не** меняется, так как это естественный закон,

**а** писанные законы меняются».

## ФОМА

**НО!** в период премодерна в наиболее **систематической** форме естественно-правовая концепция была представлена в трудах **Фомы Аквинского** (1225-1274).

- Он утверждал, что Бог создал все в этом мире с определенной **ЦЕЛЬЮ**.

**ВАЖНО:** Мы должны с помощью **разума** **а)** понять божественный замысел и **б)** поступать в соответствии с ним, если мы хотим поступать правильно.

- Фома Аквинский различает четыре вида законов:
  - 1) вечный закон,
  - 2) естественный закон,
  - 3) божественный закон и
  - 4) человеческий закон.

# ВИДЫ ЗАКОНОВ ПО ФОМЕ

1) **Вечный закон** выражает собой божественный разум. Это **вечный план мироздания**, с помощью которого Бог упорядочивает Вселенную.

- **Естественный закон** — это выражение вечного закона во всем **сотворенном** (в том числе и человеке).
- В соответствии с естественным законом всё стремится к реализации заложенных в нем **целей**.

**Например**, все живые существа желают блага и избегают зла, стремятся к самосохранению и наилучшей жизни в соответствии с их природными задатками.

**КСТАТИ:** В человеке естественный закон проявляется в стремлении вести жизнь, в которой реализовалась бы **человеческая разумная природа**.

**ВАЖНО:** Проявлениями этого внутренне присущего человеку стремления являются **А)** желание жить в обществе, **Б)** рождать и воспитывать детей, **В)** стремиться к истине и развитию разума.

- Можно пояснить эту идею с помощью следующего **примера**. Сексуальные отношения в природе существуют для деторождения. **Потомство** — естественная цель этих отношений.

**ПОЭТОМУ**, сексуальная активность, не ставящая таких целей, **неестественна**, противоречит природе и неправильна. Это значит, что **мастурбация, гомосексуализм и использование противозачаточных средств** должны быть осуждены.

**ВЫВОД:** Именно такова и сейчас точка зрения католической церкви, придерживающейся теории естественного права.

**PS:** **Не**правильны также **аборты** (прерывание естественного процесса развития человеческого существа) и **эвтаназия** (нарушение естественного стремления к сохранению жизни), тоже осуждаемые католической церковью.

# ВИДЫ ЗАКОНОВ ПО ФОМЕ 2

- 3) **Божественный закон** — это божественное откровение, данное людям в Ветхом и Новом Завете.
- 4) **Человеческий же закон** — это законодательство, специально принятое людьми и предназначенное для общества - **повеление разума для общего блага, обнародованное тем, кто имеет попечение о сообществе.**

**ВАЖНО:** Фома подчеркивает, что **человеческий закон** — это производная от естественного закона.

- Человеческий закон регулирует поведение людей с помощью **принуждения.**

**НО!** **принуждение** оправдано только тогда, когда основывается на природе человека: оно всего лишь **средство реализации** того, что по своей сущности разумно и правильно.

**ВЫВОД:** Истинный закон всегда имеет своей **ЦЕЛЬЮ** общее благо.

**ЕСЛИ** же человеческий закон противоречит естественному или божественному закону,

**ТО** это означает, что **А)** он не является законом в правильном понимании этого слова и **Б)** подчиняться ему не следует.

**PS:** Конечно подобные идеи не могли устроить властителей умов эпохи **модерна.**

Концепция естественного права требовала новой научно-теоретической базы.

# РЕФОРМАЦИЯ

- Уже ранний протестантизм в лице **Лютера** был не согласен с утверждением премодерна о том, что: естественное право свойственно всему живому.

- Поскольку,

**А)** естественное право познается неким естественным чистым разумом, и

**Б)** не может быть осознано животными.

**ВАЖНО:** Появляется принципиально новая интерпретация словам Христа: Богу богово, а кесарю кесарево.

**ВЫВОД:** Мир человека раздваивается на две сферы:

1) божественная (жизнь в Боге)

и

2) житейская ( жизнь в быту),

**КСТАТИ:** причем преуспевание в БЫТУ залог успешности в БОЖЕСТВЕННОЙ жизни.

# МОДЕРН

- Более поздний, **более индивидуалистический вариант** «теории естественного права» возникает в XVII-XVIII веках.
- Это — теория «**естественных прав человека**».

**ВАЖНО:** Данный вариант теории естественного права был весьма влиятелен в эпоху Просвещения и оказал большое воздействие на идеологию американской и французской революций XVIII века.

**ВАЖНО:** Согласно концепции **естественных прав человека**, люди имеют определенные права, прежде всего право на **жизнь, свободу и собственность**, естественным образом, **Т.Е.** просто в силу того, что они **люди**,

- и никакое **государство не** может отнять у них эти права.

**ВЫВОД:**

**ЕСЛИ** законы государства **не** признают естественных прав, **ТО** значит — это **не** законы вообще (они не имеют юридической силы).

## МЕТОДОЛОГИЯ ЮСНАТУРАЛИЗМА

- У истоков нового юридического мышления стоят имена **Ф. Бэкона** и **Р. Декарта**.
- Философскими средствами они утверждали в умах исследователей идеи, в соответствии с которыми

**Бог** считается творцом и первопричиной мира

**НО!** сейчас мир развивается по **собственным**, природным, законам.

**ВАЖНО:** Философ, ученый, владея правильным **методом познания**, способен постигать **сущность** мира.

- **Истина**, таким образом, носит **двойственный** характер:

а) есть истина **религиозная**, постигаемая верой,

б) но есть и истина **научная**, постигаемая человеческим разумом.

**ВЫВОД:** Оба пути постижения сущности бытия способствуют построению **справедливого общества**





# ЭМПИРИЗМ И РАЦИОНАЛИЗМ

- Основным течением философии этого периода считается **РАЦИОНАЛИЗМ**.
- Рационалистическое мировоззрение предполагает признание «**врожденных идей**», существующих в сознании **раньше**, чем человек приобретает какой-либо опыт.

**КСТАТИ:** Наиболее известными рационалистами XVII в. были **Рене Декарт** (1596—1650), **Бенедикт Спиноза** (1632-1677), **Г. В. Лейбниц** (1646-1716).

**НО!** уже в конце XVII в. в Англии начинает формироваться другое направление в философии — **ЭМПИРИЗМ** (от греч. empeiria — опыт).

- Философы этого направления отстаивали иную точку зрения: **все знания выводятся из наших чувств**.

**ВАЖНО:**

**ЕСЛИ** же **невозможно** проследить происхождение каких-либо знаний из самых простых **ощущений**,

**ТО** это **ложные** знания.

**КСТАТИ:** Наиболее известными представителями философии эмпиризма стали **Френсис Бэкон**, **Джон Локк**, **Джордж Беркли** (1685—1753) и **Дэвид Юм** (1711-1776).

# ГУГО ГРОЦИЙ

- По мнению Гроция, необходимо наконец-то придать юриспруденции **научную** форму, которой юриспруденция раньше **не** имела.
- По мнению Гроция средневековое **теологическое мышление** должно быть **вытеснено** **естественно-научным мышлением**.

**ВАЖНО:** Социальные науки того времени, включая науку о праве и государстве, должны **подражать** «**ТОЧНЫМ**» наукам: механике, математике, физике, взяв на вооружение методы этих наук.

- Он восхищался итальянским мыслителем **Галилео Галилеем** (1564—1642), который боролся против схоластики, заложил основы современной механики, считал основой познания опыт.

**КСТАТИ:** Как раз опыты Галилея были оспорены **постпозитивистом Полом Файерабендом**.

# ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО ПО ГРОЦИУ

- **ПОСКОЛЬКУ** любая наука, по мнению Гроция, оперирует **вечными и неизменными** категориями (прежде всего он имел в виду естественные науки), **ПОСТОЛЬКУ** и в **юриспруденции** необходимо найти **общие признаки прав**, существующие всегда и везде независимо от изменчивой воли людей.
- Для этого надо отделить то,
  - а) что возникло путем человеческого установления от того,
  - б) что вытекает из самой природы.
- Соответственно, **Гроций** делит право на:
  - а) **право волей установленное (jus voluntarium)**, которое возникло путем волевого человеческого установления и
  - б) **право естественное (jus naturale)**, вытекающее из самой природы вещей.

# МЕТОДОЛОГИЯ ГРОЦИЯ

**НО!** если для **Аристотеля** источником естественного права была природа,

то для **Гроция** – разум: естественное право – это «предписания здравого разума».

**ВАЖНО:** Вот почему **Гроций** считает необходимым вывести эти **неизменные общезначимые положения** естественного права из здравого разума, руководствуясь **дедуктивно-аксиоматическим методом Декарта**.

**PS:** И конечно же, нормы **естественного права** неизменны, поскольку неизменна сама разумная природа индивидов,

- поэтому естественное право незыблемо и не может быть изменено даже **Богом**:

«подобно тому, как Бог не может сделать, чтобы **2\*2 не было 4**, так точно он не может зло по внутреннему смыслу обратить в добро».

# АКСИОМЫ ГРОЦИЯ

- А поскольку дедуктивный метод должен исходить из неких **первоначальных очевидных аксиом**, то Гроций их и приводит.
- При этом аксиомы должны быть
  - а) **самоочевидны**, т.е. усматриваемы разумом в природе вещей, либо
  - б) **отталкиваться от аксиом, созданных признанными авторитетами.**

**КСТАТИ:** При этом Гроций стремится ограничиться только теми авторитетами, которые строят свое рассуждение только на разуме и, в частности, ссылается на **средневековых юристов-схоластов**.

- Итак, нормы **jus natural**:
  - 1). Воздержись от присвоения чужого имущества;
  - 2). Верни полученную тобой чужую вещь;
  - 3). Возмести извлеченную из этой вещи выгоду;
  - 4). Возмести ущерб, причиненный по твоей вине;
  - 5). Воздай людям заслуженное наказание (преступление должно быть наказано);
  - 6). Договоры необходимо соблюдать («pacta sunt servanda»).

# ЮРИСПРУДЕНЦИЯ ГРОЦИЯ

- Таким образом, разработав **аксиоматическую систему общей юриспруденции**, можно использовать ее общие положения для регулирования **конкретных** жизненных ситуаций.

**ВЫВОД:** С Гроция берет начало традиция выводить постулаты естественного права исключительно из **человеческого разума**, **опуская** ссылки на «природу вещей» или Бога.

**КСТАТИ:** По мнению Дж. Вико, с Гроция началась эпоха «**Естественного Права Философов**»

# МЕТОДОЛОГИЯ ЛОККА

- Локк один из основателей **эмпиризма**.
- По его мнению, до возникновения у нас каких-либо ощущений наше сознание представляет собой **tabula rasa** — **чистую доску**.

**КСТАТИ:** При этом Локк полагал, что сознание играет активную роль: оно обрабатывает все ощущения по мере их поступления.

- Отчасти **Локк** оставался **рационалистом**:  
Он, например, считает определенные **этические** нормы чем-то само собой разумеющимся для всех.
- Вслед за Гоббсом Локк допускал **первоначальное** существование людей в естественном состоянии.

**НО!** в отличие от Гоббса, который полагал, что естественное состояние есть состояние «войны всех против всех», Локк представлял его **состоянием «мира разумных людей»**.

- Локк полагал, что в естественном состоянии людям принадлежат естественные права, такие как **1) жизнь, 2) свобода и 3) собственность**, пользование которыми «весьма **ненадежно**» и «весьма **небезопасно**».

**ВЫВОД:** Поэтому основная проблема, которая начинает волновать людей, это проблема «**взаимного** сохранения своих жизней, свобод и владений».

**КСТАТИ:** Аристотель первым стал употреблять понятие «tabula rasa» (букв. — чистая доска), означающее первоначальный ум, который выступает как «дощечка для письма»: пока ничего не написано, ум ничего и не мыслит.



# ПРИЧИНЫ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ГОСУДАРСТВА

- **Важно:** Итак, в догосударственном состоянии существуют равенство индивидов в обладании правами на жизнь, свободу, собственность.
- **Жизнь, свобода и собственность** — это и есть, в трактовке Локка, **триада** естественных прав человека.

**НО!** По мнению Локка, естественное (догосударственное) состояние имеет три **недостатка**:

- 1) «нет установленного, определенного, известного закона, который был бы признан и допущен по общему согласию в качестве нормы справедливости, и несправедливости»;
  - 2) «нет знающего и беспристрастного судьи»;
  - 3) «не достаёт часто силы, которая могла бы подкрепить и поддержать справедливый приговор и привести его в исполнение».
- Эти недостатки **не** позволяют индивидам беспрепятственно осуществлять на практике триаду естественных прав на жизнь, свободу и собственность.

**ВЫВОД:** Только **ГОСУДАРСТВО**, по мнению Локка, **А)** позволяет людям преодолеть все недостатки естественного состояния и **Б)** добиться беспрепятственного пользования триадой своих естественных прав:

«...великой и главной целью объединения людей в государства и передачи ими себя под власть правительства является сохранение их **собственности**»:

слово «**собственность**», в трактовке Локка, означает и жизнь, и свободу, и владение.

# ЗНАЧЕНИЕ ИДЕЙ ЛОККА

- Концепция неотчуждаемых естественных прав человека, разработанная Локком, была использована **Томасом Джефферсоном** (1743—1826), подготовившим проект Декларации независимости США (1776) и использовавшим локковскую триаду неотчуждаемых естественных прав человека (жизнь, свобода, собственность), **но** несколько и другой редакции (жизнь, свобода, стремление к счастью).

**НО! не стоит возводить Локка на пьедестал:** он отстаивал интересы английской буржуазии не более.

в частности, он **не** распространял свободу совести на католиков, а права человека на крестьян и слуг.

**КСТАТИ:** Локк также **не** одобрял демократию.

**ВЫВОД:** Вообще яркие представители естественно-правовой теории (Дж. Локк, Т. Джефферсон и др.) были **противниками** демократии, что в частности нашло отражение в изначальной редакции Конституции США, где

избирательное право **А)** увязывалось с имущественным цензом и **Б) не** носило прямого характера.

## ВЫВОД ПО ЕСТЕСТВЕННО-ПРАВОВОМУ ЭТАПУ СТАНОВЛЕНИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПАРАДИГМЫ

- **Во-первых**, в рамках юснатурализма **ПРАВО** по аналогии с объектом естественных наук рассматривается как некая **объективная реальность** в создании, которой субъект **не** принимает какого-либо участия,
  - а **объективность** естественного права в юснатурализме в известном смысле уподобляется **объективности** мира природы.
- Т.Е.** в рамках юснатурализма постулировалось, что **РАЗУМ**, формулируя универсальные принципы естественного права, лишь **открывает** то, что **уже** заложено в человеческой природе.

# РАЗУМНОСТЬ МИРОЗДАНИЯ И ЕСТ.ПРАВО

- **Во-вторых**, мы с Вами говорили о том, что для классической науки была характерна вера в **разумность мироздания**,

**ВАЖНО:** соответственно, **естественное право**

**А)** являясь проявлением разумности мироздания,

**Б)** открывается человеку через его разум.

- Поэтому

как **законы природы** постоянны и неизменны,

**естественное право** также постоянно и неизменно.

# ПОДЛИННОЕ ЕСТ. ПРАВО

- В-третьих, юснатурализму была свойственна уверенность в том, что человеческий разум способен открывать **подлинное, естественное, объективное** право.
- Гарантировалось это чистотой человеческого разума.
- Таким образом, **естественное право** –
  - А) истинное право,
  - Б) универсальное,
  - В) социокультурно общезначимое.

# ОБЪЕКТИВНОСТЬ ЕСТ. ПРАВА

- В-четвертых, объективность естественного права гарантировалась не только
  - а) полным упразднением субъективности из познания, но и
  - б) использованием дедуктивно-аксиоматического метода.

# НОСИТЕЛЬ ЕСТ. ПРАВА ИНДИВИД

- **В-пятых**, Согласно теории естественного права автономно существующий **индивид** составляет первооснову **социума** — общества.
- Совокупность **независимых** индивидов **конституирует** общество в его естественном состоянии.

**ВАЖНО:** Переход от естественного состояния общества к государственно-организованному осуществляется при заключении **общественного договора**.

- Причины, побуждающие индивидов к заключению такого договора, по мнению авторов, могут быть разными:
  - А)** стремление избежать «войны всех против всех»,
  - Б)** желание установить порядок и справедливость,
  - В)** потребность подкрепить естественное равенство индивидов их равенством по закону и т.д.
- Идея общественного договора использовалась представителями теории естественных прав для объяснения самых разных политических и государственно-правовых проблем.

# Политико-правовое учение Иеремии Бентама

- **Иеремия Бентам** (1748—1832)— английский философ и правовед.

**Эпоха.** В середине XIX в. господствующим в западном обществе мировоззрением становится **либерализм**.

**Либералы** считали, что свободная деятельность индивидов при невмешательстве в нее государства способна привести к **социальной гармонии**.

**Биография.** Родился 15 февраля 1748 г. в семье лондонского **адвоката**.

- Уже в раннем возрасте обнаружил тягу к чтению (начал заниматься латынью, будучи четырехлетним ребенком).
- Поступив в 13-летнем возрасте в Оксфордский университет, он - уже через два года получил **диплом бакалавра права**, а в 18 лет стал магистром.
- По окончании университета посвятил себя **научной** деятельности.
- Первая написанная Бентамом книга увидела свет в 1776 г. («A Fragment on Government»).
- В 1785 г. Бентам приехал в Россию, где написал свою первую работу по **экономике** в форме писем.
- Умер 6 июня 1832 г.

**КСТАТИ:** Умирая, Бентам **завещал свое тело науке:**

его тело было вскрыто в присутствии друзей;

голова была мумифицирована;

реконструированный скелет и восковая маска были облачены в его собственную одежду и помещены в вертикальный футляр со стеклянной лицевой крышкой;

**PS:** и то и другое хранится нынче в колледже Лондонского университета.



# ЛИБЕРАЛИЗМ БЕНТАМА

- Бентам — представитель **доктрины либерализма**, поэтому

в центре его внимания находится проблема обеспечения **свободы** индивидов **от** какого-либо произвола со стороны **государства**.

**НО!** свободу индивидов Бентам обосновывает, обращаясь **не** к положениям школы естественного права, а к разработанной им самим **доктрине утилитаризма**.

# УТИЛИТАРИЗМ БЕНТАМА

- **УТИЛИТАРИЗМ** — доктрина или моральная установка, считающая, что то, «что полезно или может скорее всего привести к счастью», должно быть высшим принципом всех наших поступков.

**ВАЖНО:** Бентам исходил из убеждения, что **каждый человек** стремится к **наибольшему счастью**, а государство **не** должно мешать этим универсальным стремлениям:

«Забота о доставлении себе наслаждений должна быть почти всецело предоставлена самому индивидууму;

главное же назначение правительства должно состоять в ограждении индивидуума от страданий».

**КСТАТИ:** Он предложил «арифметику удовольствий»: мера человеческого счастья равна сумме удовольствий за вычетом сумму неудовольствия и страданий.

**ВАЖНО:** Государство способно оградить индивидов от страданий, законодательно закрепив за ними фундаментальные права и гарантируя их соблюдение: «Таковы **А)** права личной безопасности, **Б)** чести, **В)** собственности, **Г)** право на получение помощи в случае нужды».

**ВЫВОД:** Государство должно посредством сочетания **наказаний** и **поощрений** направлять поведение человека к достижению собственной пользы.

**КСТАТИ:** Тем самым в обществе достигалось бы «**наибольшее счастье наибольшего количества людей**», что и является **единственной**

# КРИТИКА ЕСТЕСТВЕННОГО ПРАВА БЕНТАМОМ

- В своих ранних произведениях Бентам *критиковал теорию естественного права*, которая легла в основу французской Декларации прав человека и гражданина (1789).
- В работе «**Анархические софизмы, являющиеся исследованием Декларации прав, изданной во времена Французской революции**» (1795), Бентам отрицает реальность естественных и неотчуждаемых прав человека, — прав, предшествующих государству и законодательству, создаваемому государством.

**ВАЖНО:** Эти права он называет «**анархическими софизмами**», а всеобщее признание такого рода прав должно будет привести к обоснованию допустимости сопротивления государственной власти.

**ВЫВОД:** Естественное и неотчуждаемое право человека, **противопоставленное** закону государства, является для Бентама «величайшим врагом разума и самым страшным разрушителем правительства».

**НО!** Бентам признает существование прав человека, но только тех, которые

**А)** можно обосновать **принципом полезности**,

**Б)** четко определить и сформулировать в тексте **закона**.

# ЗАКОН КАК ФОРМА ПРАВА

- Вслед за Т. Гоббсом Бентам считал, что ☹ **ПРАВО** — это всегда выражение **воли** государства.

**ВАЖНО:** Поэтому формой права для Бентама является **закон**: «Следовательно, под **ПРАВОМ** вообще мы понимаем все законы, которые существуют, либо какой-то один закон, либо несколько законов, как кому будет угодно».'

- Бентам предложил следующее *определение закона*:
- «☹ ☹ **Закон** можно определить как собрание знаков, выражающих **воление**, установленное или **санкционированное** сувереном в государстве относительно **желаемого** в определенной ситуации поведения лица или группы лиц, **подчиненных** (или считающихся подчиненными) его власти».

# КРИТИКА ПРЕЦЕДЕНТНОГО ПРАВА

- Признавая в качестве совершенной формы права только закон, Бентам **критиковал** систему прецедентного права Англии.
- Недостаток прецедентного права заключается в том, что оно  
А) создается **без** какого-либо участия народа и  
Б) народу **не**известно.

**ВАЖНО:** Это право Бентам называл «**собачьим правом**», сравнивая судей с хозяевами собак:

«Когда ваша собака делает что-либо, от чего вы хотите ее отучить, вы ждете, пока она это сделает, а затем бьете ее за это.

Таким способом вы создаете законы для своей собаки, и таким же способом судьи создают право для нас:

- 1) Они **не** скажут человеку заранее, чего он не должен делать,
- 2) они **не** позволят, чтобы ему об этом было сказано,
- 3) они лгут, пока он не сделает чего-либо, что, по их словам, он не должен был делать, а затем повесят его за это.

Каким же образом тогда каждый человек может познать это **собачье право?**».

**КСТАТИ:** Бентам выступал сторонником **кодификации** права, видя в ней средство преодоления недостатков системы прецедентного права.

**ВЫВОД:** Правовые взгляды Бентама повлияли на становление школы **юридического позитивизма** в Англии (**Дж. Остин**)

# ПОЗИТИВИСТСКИЙ ЭТАП

## (развития юридической парадигмы права)

- **Юридический позитивизм** стал закономерным этапом развития юридической парадигмы права и естественно вытекал из либерального этапа ее становления, опровергая
  - а) и доктрину естественного права (*для которой критериями действия права были его сочетание с требованиями разума, связь с естественным порядком*) и
  - б) концепцию исторической школы права (*для которой право — это форма выражения народного духа, исторически данное узаконение: оно действовало потому, что оно действовало*).

**ВАЖНО:** Подобное понимание права было непригодным для решения проблем промышленных обществ в Западной Европе в XIX в., вступивших в полосу глубоких общественных перемен.

**КСТАТИ:** Юридический позитивизм принципиально отрицал **любое** иное право, **кроме позитивного**.

- Его законной основой была не связь с общественным порядком и не исторически обусловленный обычай, нравы, как полагали представители исторической школы права, — для позитивизма **право действовало потому, что оно действовало**.

**ВЫВОД:** Лишь **существующее** право, формально закрепленное в нормативно-правовых актах, стало само по себе исходным и **самодостаточным**.

- **СХЕМА «МЕТОДОЛОГИЯ ЮРИДИЧЕСКОГО ПОЗИТИВИЗМА»**

# ПОЗИТИВИЗМ В ЮРИПРУДЕНЦИИ

- Для юриста было важным, что имелись **формальные правила** создания, изменения и отмены норм права.
- При условии следования этим формальным правилам **не** было никакого повода подвергать сомнению обязательную силу действующих норм для граждан в обществе.

**ВЫВОД:** Поэтому вопрос об обязательной силе норм права с точки зрения морали, их справедливости или несправедливости был **второстепенным**.

**PS:** Следует отметить, что юридический позитивизм совпадал по направленности с принципами **либерального государства**: нормы были обязательны не только **А)** для граждан, но **Б)** для власть имущих в обществе.

# ДОКТРИНА ЮРИДИЧЕСКОГО ПОЗИТИВИЗМА

## ДЖОНА ОСТИНА

- Одним из родоначальников юридического позитивизма был английский правовед **Джон Остин** (1790—1859).
- Он считается также основателем школы **аналитической юриспруденции**, сложившейся под влиянием **И. Бентама**.

**ВАЖНО:** В период бурного развития капитализма задачей юристов было создание **систем и категорий понятий**, благодаря чему

**А)** действующее право могло стать **ясным**,

**Б)** а его общие принципы могли использоваться для толкования отдельных источников или решения частных правовых случаев.

**ВЫВОД:** Подобную задачу и пытался решить Дж. Остин в изданной в 1832 г. работе «**Лекции о юриспруденции, или философия позитивного права**».



# ОЧИЩЕНИЕ ПРАВА

- Остин прежде всего стремится «очистить» право от наслоений
    - А) этики,
    - Б) психологии,
    - В) морали,
    - Г) религии, появившихся в связи с существующим многообразием подходов к определению права (доктрина естественного права, историческая школа права).
  - По мнению Дж. Остина, «☉ **ПРАВО** в своем наиболее общем и полном значении - буквально... может быть определено как **ПРАВИЛА, предназначенные для управления поведением одного разумного человека со стороны другого разумного человека, обладающего властью над первым**».
- Т.Е.: Дж. Остин освобождает право от **ценностного содержания** и акцентирует внимание на **юридической форме**, придающей правилу характер общеобязательности.
- ПОЭТОМУ:** Для позитивиста **первостепенное** значение имеет «**логика правовых конструкций**».
- ВЫВОД:** Следовательно, ☉ **НАУКА О ПРАВЕ**, т.е. юриспруденция, «имеет дело с **законами**, или правом в собственном смысле этого слова, **без** рассмотрения того, плохи они или хороши».
- А областью ценностных суждений, описывающих реальность в терминах добра и зла, справедливого и несправедливого, занимается **НАУКА О ПРАВСТВЕННОСТИ - ЭТИКА**.

# ПОЗИТИВНОЕ ПРАВО И ПОЗИТИВНАЯ НРАВСТВЕННОСТЬ

При этом Остин различает

**А) «позитивное право»** и

**Б) «позитивную нравственность»** как два вида законов, установленных одной частью общества для другой.

**ПОЗИТИВНОЕ ПРАВО** — это совокупность норм, которые «устанавливаются **политически господствующими** людьми, осуществляющими верховное, основанное на **подчинении**, правление в независимых государствах или независимых обществах.

- Совокупность устанавливаемых ими правил или единая часть такой совокупности выступает **предметом юриспруденции**... Только и исключительно к такой совокупности или ее единой части может применяться термин «право» в ... узком значении этого слова».

Напротив,

**ПОЗИТИВНАЯ НРАВСТВЕННОСТЬ** — это правила, которые устанавливаются не суверенами, а людьми, и «соблюдение которых поддерживается **простым мнением**, то есть чувствами, разделяемыми или испытываемыми неопределенным кругом людей в отношении человеческого поведения».

**ВЫВОД:** ● **Право** интерпретируется как волевое отношение. «Всякое право, — замечает Остин, — есть команда, приказ... разновидность повеления».

**ВАЖНО:** в отличие от нормы морали, в позитивном праве, по Остину, повеление опирается на «принуждение к повиновению».

# ИСТОЧНИКИ ПРАВА

- Юридический позитивизм в качестве права рассматривает правила, формально закрепленные в **официальных актах** государства, придающие им обязательную силу.
- Дж. Остин писал, что **право** — это «агрегат правил, установленных руководителями или сувереном», это «веление суверена», отмечая жесткую взаимосвязь **государства и права**:

**ВАЖНО: ГОСУДАРСТВО в лице правителя выступает в качестве источника права.**

- Наилучшей формой права Дж. Остин считал кодексы.

**НО!** в отличие от И. Бентама, он признавал судебные прецеденты частью права и, поскольку решения британских судей получают нормативно-правовой характер с молчаливого согласия короля (суверена).

- К тому же в Великобритании статутное право изобилует **пробелами**, и система судебного правотворчества призвана заполнить эти пробелы.

# ПРАВО И ГОСУДАРСТВО

- Взаимоотношения личности и государства Дж. Остин трактовал в духе **утилитаризма**.
- Отказываясь от доктрины естественных прав, он полагал, что **права даются сувереном**.

**ВАЖНО: Целью** государства является

**не свобода** индивида, поскольку степень ее полезности неодинакова в разных условиях,

**а общее благо.**

- В достижении общественного блага суверенная власть ничем **не** связана.

**НО!** Естественными ограничениями суверенной власти правителя выступают

**А)** религия,

**Б)** нормы морали и

**В)** согласие подданных повиноваться данной власти.

**КЕЛЬЗЕН**

# НОРМАТИВИЗМ

- Апогеем юридического позитивизма XX в., восходящего своими корнями к **формально-догматической юриспруденции XIX в.**, был **НОРМАТИВИЗМ**
- Его можно считать **юридическим НЕОпозитивизмом**, где **закону** приписывается **высшее бытие**, находящееся по ту сторону явлений и событий, происходящих в обществе.
- (англ. normativism) – направление, сводящее задачи юриспруденции к изучению действующих норм права в «чистом виде», их анализу, классификации, построению юридических понятий и конструкций, вне связи с социальным бытием, экономическими и политическими условиями.

**ВАЖНО:** Отсюда **формула** нормативизма: «право может быть обусловлено только правом, сила права в нем самом».

**ВЫВОД:** закон и правовая норма как и в классическом юр. позитивизме **«очищаются»** от следов их социального происхождения, присутствия морали, идеологии, религии.

- Работу по **очищению** правовой нормы до логического конца довел австрийский юрист **Ганс Кельзен** (1881—1973). Именно в его трудах, а также сторонников возглавлявшейся им нормативистской школы права — А. Фердросса, А. Меркля, И. Кунца, Ш. Эйзенмана (Венская школа) .
- Положения нормативизма защищали также Г. Навиасский (Германия), К. де Мальберт (Франция).
- Нормативизм в Европе был особенно широко распространён между 1-й и 2-й мировыми войнами; после 2-й мировой войны 1939—45 его роль в Европе резко упала, но он сохраняет значительное влияние в ряде стран Латинской Америки.

# ТВОРЧЕСКИЙ ПУТЬ КЕЛЬЗЕНА

- Родился в 1881 году в Праге в еврейской семье, в двухлетнем возрасте переехал с родителями в Вену.

**ВАЖНО:** Первые работы посвящены истории и проблемам государственного права, в частности, взглядам на этот вопрос **Данте Алигьери**.

- В 1918 году стал профессором **Венского** университета и участвовал в разработке конституционных законов послевоенной Австрии. Издавал «Журнал публичного права». После 12 лет работы в Конституционном суде Австрии, создателем которого был он сам, Кельзен предпочёл перебраться в Германию, где в 1930 году получил кафедру в **Кёльнском** университете.
- В 1934 году он опубликовал книгу «**Чистая теория права**» (Reine Rechtslehre; другой перевод — «Чистое учение о праве»), где сформулирована **доктрина «НОРМАТИВИЗМА»** и с этого времени он постоянно считается одним из ведущих философов в области права.
- Приход к власти нацистов заставил его эмигрировать в США, где прожил до конца жизни.
- Юридическая школа в **Гарварде** — первое место его работы в Штатах — оказалась **негостеприимна** к нему;
- Так, после того как он проработал год на должности приглашённого научного сотрудника (research associate), администрация решила, что его вклад в академическое развитие Юридической школы **не** очень перспективен.
- В возрасте 62 лет, на низшей точке карьеры, он переехал в **Калифорнийский** университет в Беркли, где проработал в отделении **политологии** вплоть до выхода на пенсию.
- До конца жизни Кельзен не прекращал научной деятельности, которая продолжалась почти 70 лет.

**ВАЖНО:** Г. Кельзен — автор более **600** работ, среди которых особо выделяются "Общее учение о государстве" (1925), "Чистая теория права" (1934), "Общая теория права и государства" (1945), "Коммунистическая теория права" (1955).

- В наиболее обобщенном виде Учение К. о праве изложено в работе "Общая теория права и государства" – "General theory of law and state", 1945)

**КСТАТИ:** Смерть прервала работу Кельзена над **наиболее** обобщающей книгой — Allgemeine Theorie der Normen (Общая теория норм) — 400-страничным трактатом, задуманным как сочинение ещё большего объёма.

# СОДЕРЖАНИЕ НОРМАТИВИЗМА КЕЛЬЗЕНА

Итак Кельзен стремился разработать подлинно научную юриспруденцию (в его терминологии — «**чистое учение о праве**»), предметом изучения которой было бы **позитивное право** в строгом смысле слова, очищенное от других социальных наук: **а) социологии, б) этики, в) психологии, г) политологии.**

☉ **Правоведение** он рассматривал как **нормативную социальную науку**, задачей которой является **описание и познание**

- а) правовых норм (правил должного поведения) и**
- б) созданных ими отношений между людьми.**

**КСТАТИ:** «Чистая» юридическая наука, по Г. Кельзену: исключает **все** элементы, чуждые ей, прежде всего **идеологические и ценностные** компоненты.



# ОЧИЩЕНИЕ ЮРИСПРУДЕНЦИИ

- Как подчеркивал Кельзен, чистая теория права "не отрицает того, что содержание любого позитивного юридического порядка, будь то право международное или национальное, обусловлено а) историческими, б) экономическими, в) моральными и г) политическими факторами,

**НО!** она стремится познать право с внутренней стороны, в его специфически нормативном значении".

Т.Е. Кельзен требует, чтобы юридическая наука отказалась от изучения социальных факторов, влияющих на законодателя, правосудие, поведение людей в сфере права, равно как и от какой-либо социальной оценки действующего права.

- Чистота теории права предполагает также исключение из нее идеологических оценок.

**ВАЖНО:** Кельзен одним из первых поставил задачу деидеологизации правоведения, создания строго объективной науки о праве и государстве.

- Согласно его воззрениям, подлинная наука носит релятивистский характер, так как признает возможность существования в обществе множества систем идеологии и отрицает превосходство какой-либо одной из них над другими.

**ВЫВОД:** "Чистая теория стремится преодолеть идеологические тенденции и описать право таким, каково оно есть, не занимаясь его оправданием или критикой".

# МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРЕДПОСЫЛКИ УЧЕНИЯ

## КЕЛЬЗЕНА

- Кельзен ученик неокантианца Германа Когена, ярчайшего представителя Марбургской школы:
  - Отсюда:
    - 1) убежденность в невозможности познания сущности права - кантовская «вещь в себе»
    - 2) Уверенность в кантианском разрыве "сущего" и "должного"
- ВАЖНО:** неокантианцы разграничили **две** области теоретических знаний:
- 1) науки о сущем (Sein) и
  - 2) науки о должном (Sollen).
- 1) К наукам о сущем, согласно взглядам Кельзена, относятся **А) естественные науки, Б) история, В) социология и Г) другие дисциплины**, изучающие явления природы и общественной жизни с точки зрения **причинно-следственных связей**, основываясь на принципе объективной причинности.
  - 2) Науки о должном — **ЭТИКА и ЮРИСПРУДЕНЦИЯ**, которые исследуют **нормативно обусловленные** отношения в обществе, механизмы и способы социальной регламентации поведения людей.
- ВАЖНО:** Главным постулатом, на котором основана связь явлений в нормативном порядке (этика и юриспруденция), **являются принцип вменения или долженствования**.
- КСТАТИ:** Неокантианцы отрицали действие закона причинности в обществ. жизни, утверждая, что и применительно к естеств. миру **причинность это лишь способ мышления, привносимый разумом в природу.**

# НАУЧНАЯ ПРОГРАММА КЕЛЬЗЕНА

Итак, в качестве программной основы чистого учения о праве изначально выступали четыре основных посылки:

- А) неокантианское учение о двух мирах (непересекающихся между собой сферах должностовования и бытия),
- Б) ценностный релятивизм,
- В) постулат о невозможности **объективного** обоснования значения нормативных текстов,
- Г) рассмотрение права в качестве принудительного нормативного порядка.

Отсюда выводились три ключевых задачи:

- 1) борьба против методологического синкретизма (смешения юридического метода познания права с методами других социальных наук)
- 2) очищение науки о праве от идеологии,
- 3) выведение за пределы предмета науки о праве всего того, что с правом в юридическом смысле не связано.

**ВЫВОД:** Суть этой научной программы Кельзена заключалась в последовательном очищении правоведения от элементов **фактичности** при помощи неокантианского деления между науками о природе и науками о духе, причинно-следственными науками и нормативными (идеографическими) науками.

# МЕТОДОЛОГИЯ КЕЛЬЗЕНА

- Итак по мнению Кельзена разные методологические подходы приводят к конструированию разных предметов научного исследования:
- Таким образом, **право** как предмет юриспруденции будет содержательно отлично от права как предмета **социологии** или **психологии**.

**ВАЖНО:** Исходя из противопоставления мира сущего и мира должного, Кельзен рассматривает право как сферу чистого **долженствования**,

а поэтому считает право независимым от того, как применяются и применяются ли вообще его предписания в мире сущего.

Поэтому нормативисты считают, что к праву **не** применим тот метод, которым изучаются явления **реальной действительности**.

**ВЫВОД:** Кельзен **не** пытался отрицать фактическое измерение права, либо объявить исследование этого измерения антинаучным — его идея заключалась в создании **отдельной прикладной дисциплины**, которая занималась бы последовательным **описанием** права «таким, каково оно есть» с точки зрения **специфической** методологии

# ПРАВО ПО КЕЛЬЗЕНУ

- Кельзен определял **ПРАВО** как совокупность норм, осуществляемых в принудительном порядке (данное определение им использовалось для дифференциации права от **других** нормативных систем, таких, как религия и мораль).

**ВАЖНО:** Право **старше** государства.

- Право возникло еще в первобытную эпоху, когда общество, установило **МОНОПОЛИЮ** на применение силы в целях обеспечения коллективной безопасности,
  - а) разрешив индивидам совершать **акты принуждения** (например, акты мести) в одних случаях и
  - б) запретив - в других.

**ВЫВОД:** Впоследствии **правовое сообщество** перерастает в **государство**, где функции принуждения осуществляются **централизованным** путем, **т.е.** специально созданными органами власти.

**КСТАТИ:** С образованием таких органов децентрализованные способы принуждения сохраняются лишь за рамками государства - в области международных отношений.

# НАЦИОНАЛЬНАЯ ПРАВОВАЯ СИСТЕМА НОРМ

Таким образом в **НАЦИОНАЛЬНЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМАХ** нормы

**А)** согласованы между собой и

**Б)** располагаются по ступеням, образуя строгую иерархию в виде ПИРАМИДЫ (такое описание получило название ступенчатой концепции права - Stufenbau-theorie; термин первым употребил А. Меркль).

1) На вершине этой пирамиды находятся нормы **конституции**.

2) Далее следуют "**общие нормы**", установленные **а)** в законодательном порядке или **б)** путем обычая.

3) Последнюю ступень составляют **индивидуальные нормы**, создаваемые **а)** судебными и **б)** административными органами при решении конкретных дел.

**ВЫВОД:** Поэтому для **Кельзена** единственная возможность обосновать обязательность нормы только через обязательность другой нормы – т.е. только находясь в границах «**должного**» – границах нормативного порядка.

**ПОЯСНЕНИЕ:** Для **Кельзена**, как **позитивиста** было важно обосновать обязательность нормы, не смешивая **должного** с «**сущим**».

- При этом **Кельзен** отмечает, что действительность нормы **нельзя** связывать с фактом наличия **санкции**: наличие санкции в норме **не** сообщает ей обязательность.

Последняя санкция всегда основана на **правомочии**, а **не** на обязанности. Имеется в виду следующее: Принуждение это право, правомочие, которым наделен соответствующий субъект – возможность принуждения она является правом, правомочием.

**ВЫВОД:** Итак, **НАЦИОНАЛЬНОЕ ПРАВО** выступает замкнутой регулятивной системой, где каждая норма приобретает обязательность благодаря тому, что она соответствует норме более высокой ступени.

# ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ И ДЕЙСТВЕННОСТЬ ПРАВА

- Отделение **мира должного** от **мира сущего** в ракурсе чистого учения о праве позволяло выделить две базовые категории в описании правового порядка:

- 1). действительность и
- 2). действенность права.

- Под действительностью правовых норм Кельзен понимает их специфически обязывающий характер, вводимое ими нормативное должествование (вменение), тогда как
- действенность означает фактическую эффективность норм права в социальной жизни, их силу как фактора, обуславливающего поведение людей.

**ВЫВОД:** Раздельность этих двух сфер права (но не сводимость всего права только к одной из них) означает, что действительность правовой нормы не выводима из «**сущего**», из фактического состояния общества — она может вытекать только из «**должного**», из более высокой нормы.

# GRUNDNORM

- Но что же является **источником единства ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ** государства?!?
- Источником единства правовой системы Кельзен называл **основную норму** - трансцендентально-логическое понятие ("мысленное допущение"), которое постулируется **нашим сознанием** с целью обоснования всего правопорядка в целом.

**КСТАТИ:** Подобная норма существует в **любой** религиозной системе, и она подразумевает, что

- 1) некто должен вести себя как **бог** и что
- 2) власти устанавливаются по его соизволению.

- Основная норма

**А)** непосредственно связана с **конституцией**, принятой в государстве, и

**Б)** может быть представлена в виде **максимы**: «**Должно вести себя так, как предписывает конституция**».

**ВАЖНО:** Основная норма **не** содержит нормативных предписаний в собственном смысле слова. Ее назначение в том, чтобы придать нашим представлениям о легитимности правопорядка логически завершенную форму.

**Т.Е.** обязательность **всех** существующих норм основана на предположении о существовании **основной нормы**, которая просто **постулируется**.

- Эту норму **а)** нельзя подвергнуть сомнению, **б)** нельзя искать основание ее обязательности. С точки зрения **Кельзена**, **основная норма это трансцендентальный логический постулат**.
- **А что это? Загадка.....**

**КСТАТИ:** Очень напоминает **Кантовский** категорический императив: «должен потому, что должен».

**ПРАВДА:** В работе "Общая теория норм" (опубликована посмертно Институтом Ганса Кельзена (Вена) в 1979 г.) теоретик

**А)** **пересмотрел** свои взгляды на основную норму и

**Б)** отнес ее к числу **юридических фикций**. "Основная норма является не гипотезой, как я сам характеризовал ее иногда... а фикцией"

**ВЫВОД:** Правовая система определялась Г. Кельзеном как **иерархия норм права**, где основанием действительности (обязательности) нижестоящей нормы служит действительность вышестоящей нормы. Все они образуют **«иерархический правопорядок»**, своеобразную **лестницу норм**, где наивысшей и последней нормой, конституирующей единство всех норм права, является **гипотетическая основная норма**



# ОТЛИЧИЕ ОТ КОНЦЕПЦИИ ДЖ. ОСТИНА

- Доктрина нормативизма Г. Кельзена отличается от юридического позитивизма XIX в. тем, что
- **ПРАВО** рассматривается в динамике, в развитии, как **А) единая система** норм, установленные государственной властью и **Б) одновременно как процесс** их реализации на практике.
- Кельзен **модифицировал** юридический позитивизм, включив в него теоретические конструкции, выдвинутые представителями социологического правоведения: "Применение права есть также и создание права", - писал он.

**КСТАТИ:** Весьма показательно, что применение общих норм судебными и административными органами было истолковано Кельзеном как продолжение правотворческой деятельности государства, как создание **индивидуальных нормативных предписаний**.

- В этой части его доктрины методы юридического позитивизма сочетались с принципами функционального подхода к исследованию нормативных систем.

**ВАЖНО:** В этом прослеживается попытка соединить

- а) неокантианские представления о дуализме бытия (сущего) и долженствования (должного) с
- б) социологической юриспруденцией, где право интерпретируется в качестве эффективно действующего динамичного правопорядка.

**ВЫВОД:** Итак, Кельзен определяет **ПРАВО** как **нормативный принудительный порядок**, т. е. **систему норм, регулирующих человеческое поведение**.

**ВАЖНО:** В отличие от других нормативных порядков (морального, религиозного) право есть принудительный порядок человеческого поведения, в котором использование принуждения предполагает, что «акт, предусмотренный в качестве **ответственности** за социально вредное действие, должен осуществляться также и против воли его адресата, а в случае сопротивления с его стороны — и с применением **физической силы**».

# ПРАВОВТВОРЧЕСТВО ПО КЕЛЬЗЕНУ

- Создание права представляется как последовательная **индивидуализация** и **конкретизация** правовых норм

**Т.Е.** «общие правовые нормы» (законодательные предписания) конкретизируют свое содержание применительно к отдельным ситуациям

**А)** через «индивидуальные правовые нормы» (судебные и правоприменительные акты),

**Б)** через сделки, через акты использования права.

**ВЫВОД:** По мысли Кельзена, как правоприменители, так и обычные субъекты права, заключающие между собой сделки, участвуют в создании права.

**НО!** Степень такого участия может варьироваться в зависимости от меры **автономии**, предоставляемой вышестоящей нормой, из которой выводится компетенция правоприменителей или сторон сделки.

- Подобная автономия является неотъемлемой чертой права, поскольку содержание индивидуальной нормы **не** может быть полностью определено общей нормой, которая есть лишь **рамка**, заполняемая конкретным содержанием на стадии правоприменения.
- А это означает, что нормативные тексты (законы) **не** обладают заранее заданным, фиксированным значением, которое судье предстоит логически «вывести» из нормы и применить к конкретному делу.
- Конструирование индивидуальных норм **не** есть результат знания о некоем объективном содержании вышестоящих правовых норм, оно **не** есть также результат логических операций.
- судья (иной правоприменитель) всегда сохраняет свободу решить, подходит ли общая рамка правовой нормы для данного конкретного факта — иными словами, может ли этот конкретный факт быть квалифицирован в качестве юридического со ссылкой на ту или иную норму права.
- В любом случае (находит ли судья такую правовую норму подходящей или неподходящей для данного факта) имеет место процесс правоприменения — само то, что судья расценивает некий факт как не связанный с условиями действия некоей правовой нормы, означает применение этой нормы.

**ВАЖНО:** С этой точки зрения содержание решения суда **невозможно** дедуцировать из закона, равно как содержание конкретного закона невозможно дедуцировать из конституции

**Т.Е.** на каждой ступени правоприменения продолжается творческое конструирование норм права, причем акторы остаются свободны в конкретизации содержания норм.

**ВЫВОД:** Так Кельзен замыкает циркулярную схему описания действия права — в силу своей

# ПРАВОВАЯ СИСТЕМА И НОРМА

- Кельзен утверждал, что «противоправное право» **не** может существовать
- Т.Е. логическое противоречие между нормами для Кельзена концептуально **недопустимо**,  
**а** нормативное противоречие **невозможно** ввиду единства правопорядка:  
**поскольку** норма, противоречащая другой норме, устанавливающей порядок ее создания, **не** была бы правовой нормой.
- Принадлежность нормы к правопорядку определяется по строго формальному критерию — издание в установленном порядке.
- **Если** порядок нарушен,
- **то** норма к правопорядку не принадлежит,
- **если** не нарушен,
- **то** любая норма позитивного правового порядка, независимо от своего содержания, сохраняет свое действие (и в этом смысле является правовой) до момента, когда она официально утратит силу (путем принятия нового закона или решения компетентного суда).

**ВАЖНО:** То же самое происходит и с индивидуальными нормами, создаваемыми правоприменителями — в этом плане любое судебное решение, независимо от своего содержания, является **законным**, **т.е.** формально **не** может вступить в конфликт с общими нормами права, конкретизацию (возможно, логически некорректную) которых оно представляет.

**КСТАТИ:** **если** содержательно соответствующее общей норме права решение отменяется вышестоящим судом, который принимает содержательно **не**правильное (противоречащее смыслу общей нормы) решение,  
**то** юридически действительным будет именно это второе решение.

# СООТНОШЕНИЕ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

- Также Кельзен в чистом учении о праве задается вопросом о соотношении права и государства.
- Этот вопрос можно было решить **двояко**.

**А)** Либо право предшествует государству и, соответственно, государством является лишь такой социальный союз, что создан и действует на основе права.

**Б)** Либо же право появляется после государства, является формой реализации государственной воли, есть закрепленная в законе воля общества.

**ВАЖНО:** Кельзен находит смелое решение этой проблемы:

а если право и государство не есть различные вещи, а представляют собой разные стороны одного и того же явления?

**ВЫВОД:** В данном аспекте те лица и органы, акты которых квалифицируются в качестве правовых, и являются государством.

**Т.Е. ГОСУДАРСТВО** и есть **централизованный правопорядок**, органы которого могут осуществлять свою деятельность только через создание, применение или же соблюдение правовых норм.

- В этом смысле для Кельзена любое государство является **правовым**, т.е. **а)** основанным на праве и **б)** реализующим право институтом, монополизирующим функцию **организованного принуждения** в обществе.

**КСТАТИ:** Этот вывод резко контрастировал с доктринами либеральной демократии XX в.

**НО!** как тогда отличить частных лиц, также создающих (в рамках сделок), применяющих или соблюдающих правовые нормы?

- Для Кельзена и этот вопрос решается строго формально — государством будут признаны лишь те лица и органы, чьи действия или бездействия юридически квалифицируются в качестве действий **государства т.е.** те лица и органы, чьи действия и бездействия юридически приписываются, вменяются государству в силу норм права.
- Казалось бы, при таком раскладе можно прийти к традиционной:

**если** государство есть персонификация нормативного порядка, а нормы есть смысл волевых актов,

**то** и государство, в конечном итоге должно опираться на свои же волевые акты.

**ВЫВОД:** Мыслитель хорошо осознавал возможность такой интерпретации своего учения и подчеркивал, что само **ГОСУДАРСТВО не** есть **реальное**, фактическое явление, которое обладает волей.

# ГОСУДАРСТВО КАК ФИКЦИЯ ЮРИДИЧЕСКОГО МЫШЛЕНИЯ

- В терминах чистого учения о праве, ГОСУДАРСТВО как «мысленный образ»

**А) не** есть факт естественного порядка,

**Б) оно не** может быть найдено «мире естественных, психологических, каузально определенных объектов, вне связи с системой норм, действительность которых должна постулироваться».

**ВАЖНО:** Следовательно, ГОСУДАРСТВО для Кельзена по сути такая же фикция юридического мышления, как и основная норма — она лишь предполагается,

**НО!** в реальности ей не соответствует никакое конкретное явление.

**ВЫВОД:** Нормы права приписывают централизованной правовой власти (государству) определенные **поведенческие акты**, совершаемые лицами, которые представляют (олицетворяют) государство.

**КСТАТИ:** эту конструкцию мыслитель называл «**центральным вменением**»

В отличие от «**периферийного вменения**», которое означает приписывание юридической действительности некоей норме через постулирование ее связи с основной нормой

# ТОЖДЕСТВО ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

- По убеждению Кельзена, государство **не** может быть описано иначе, как через использование норм права,

**а** это доказывает

- 1). **взаимность** определения государства и права и, в конечном итоге,
- 2). тезис о **тождестве** этих двух юридических конструкций.

**Т.Е.** над **ГОСУДАРСТВОМ** **не** существует права как высшей инстанции – субстанции, способной легитимировать или ограничивать государственную власть. Т

над **ПРАВОМ** **не** довлеет фактическая сила в виде системы органов государства: «Господствующая власть, которая характеризуется как государство в социологическом смысле, имеет возможность лишь прибегать к голому насилию, но **не** может юридически обязывать или уполномочивать кого-либо.

**ВАЖНО:** Власть может обязывать и уполномочивать только в качестве **юридического лица**, являясь именно **персонифицированным выражением единства правового порядка**».

**ВЫВОД:** В этой перспективе чистое учение о праве **не** является

**А)** ни отрицанием государства,

**Б)** ни принижением,

**В)** ни возвышением права перед государством,

**НО!** утверждением об их концептуальном и нормативном **равно**правии.

**КСТАТИ:** Эта позиция **не** исключает предпочтения той или иной правовой идеологии — **а)** авторитаризма или **б)** либерализма,

**но** выводит вопрос о таком предпочтении и его обосновании **за** пределы науки о праве — в область **правовой политики**.

# ПРАВОВАЯ ПОЛИТИКА КЕЛЬЗЕНА

- Кельзен делил государства на **а) демократические** и **б) недемократические**.  
**НО!** При этом Кельзен отходит от понимания **ДЕМОКРАТИИ** как власти, установленной посредством процедуры всеобщих выборов или как «правления большинства».

**Т.Е.** По его учению, **ДЕМОКРАТИЯ** не сводится к принятию решений и утверждению законов **большинством** голосов.

**ВАЖНО:** Демократия интерпретируется им в социальном смысле как форма достижения компромисса, при котором

- а) уважаются чужие взгляды и**
- б) защищаются права меньшинства.**

- Он акцентирует внимание при классификации политических режимов на их способности гарантировать духовную свободу индивидам.

**ВЫВОД:** "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...":

**Т.е.**

- а) свобода высказывать свое мнение,**
- б) свобода совести и убеждений,**
- в) принцип терпимости и, особенно,**
- г) свобода науки»,.**

**КСТАТИ:** В признании Кельзенем идеи **социалистической демократии** сказалась его близость к теоретикам австромарксизма.

# МП и НАЦИОНАЛЬНОЕ ПРАВО

- Кельзен подчеркивал примат международного права над национальным.
- **Основная норма** международного права, по его мнению, гласит: «Государства, т.е. правительства, в своих взаимоотношениях должны вести себя в соответствии с существующим в международных отношениях **обычаем**».
- В своих работах по международному праву, в частности в «Проблеме суверенитета и теории международного права» (1920), Кельзен выдвинул

**ПРОЕКТ** установления **МИРОВОГО ПРАВОПОРЯДКА** на основе добровольного подчинения суверенных государств **органам международной юрисдикции.**

**НО!** Кельзен различал

а) основную норму международного права и

б) его предписания, которые должны соответствовать основной норме

**ВЫВОД:** По Кельзену а) основные нормы и б) конституции государств необходимо привести в **соответствие** с демократическими принципами (основной нормой) международного правопорядка.

**КСТАТИ** это могло бы обеспечить пирамидальную структуру всему мировому правопорядку.



## ЮСНАТУРАЛИЗМА

- **поскольку** для юснатурализма право — это, прежде всего, неразрывное **единство** объективного мира и идей в сознании,  
**постольку** подавляющее большинство естественно-правовых концепций изъясняется на языке **ценностей**  
**т.е.** в праве первичны не нормы, а идеи, принципы),  
**ВАЖНО:** подлинное право **не** может быть лишь механизмом, инструментом, служащим различным ценностям — «сердце» права — это ценности,  
**ВЫВОД:** именно поэтому **ПОЗИТИВНОЕ ПРАВО**, создаваемое публичной властью, которой ценности отдаются на откуп, на безраздельное «усмотрение», **не** является в глазах юснатуралистов подлинным.

# КРИТИКА НОРМАТИВИЗМА С ПОЗИЦИИ СОЦИЛОГИЧЕСКОЙ ШКОЛЫ ПРАВА

- По мнению «социологов» позитивисты чрезмерно сужают право, сводя его лишь к официальным нормативам, в юридическом позитивизме **игнорируется** реально существующий плюрализм права:

наряду с системой официального права на территории одного государства действует

А) обычное,

Б) национальное,

В) церковное,

Г) спортивное,

Д) корпоративное право), которые ничем не отличаются от официального позитивного права в том смысле, что их нормы также способны порождать в социальных отношениях предостаточно-обязывающие связи;

**НО!** юридический позитивизм **отрицает** существование массива социального права, не признаваемого официальной властью

**ВЫВОД:** социологов крайне не устраивает формализм юридического позитивизма:

право нормативистами по содержанию сводится к понятиям, конструкциям, зафиксированным в текстуальных источниках,

**но!** юристы должны изучать не «право в книгах», а «право в действии» (Холмс, Паунд).

# КРИТИКА НОРМАТИВИЗМА С ПОЗИЦИИ МАРКСИЗМА

- С точки зрения марксистов нормативисты сводят **ПРАВО** к закону.
- Марксисты полагают, что **ПРАВО** — это обусловленные мерой труда **социальные притязания** человека

**ВЫВОД:** потому **ПРАВО** имеет своей объективной основой **экономический базис** определенной общественной формации,

**ЗАКОН** выступает лишь формой,, а формой, обусловленной интересами господствующего класса, выражающей далеко не всегда объективное правовое содержание

## КРИТИКА МАРКСИЗМА С ПОЗИЦИИ ПСИХОЛОГИЧЕСКОЙ ТЕОРИИ

- Нормативизм по мнению психологической школы игнорирует «**человекоразмерность**», **антропогенность ПРАВА**

**НО!** По мнению представителей психологической школы право изначально представляет собой произведенную человеком и существующую лишь в человеческой интерпретации реальность):

**Т.Е. ПРАВО** позитивистов в одностороннем порядке «октроируется» государством, **а** человек из реального правотворца, создающего правовую «реальность» превращается лишь в пассивного реципиента такого созданного государством («официального») права

# ВЫВОД 1

- Итак, юридическое мировоззрение находит свое завершение в **нормативизме** австрийского правоведа *Г. Кельзена* (1881 — 1973),
- Нормативизм вполне можно отнести к **крайней** форме позитивизма.
- **ПРАВО** в нормативизме рассматривается как «специфический порядок или организация власти».

**КСТАТИ:** Отличительный **ПРИЗНАК** права — использование принуждения, которое осуществляется государственными органами.

- **ГОСУДАРСТВО** рассматривается как централизованный правопорядок

и

существует в **нормативных актах**, которые оно создает и применяет

# ВЫВОД 2

- Конечно, Кельзен, как и любой другой исследователь, подходил к праву с **уже заданной** системой представлений о **СУЩНОСТИ и ПРИРОДЕ** права (в целях юридической реконструкции понимаемого как **нормативный порядок принуждения, в общем и целом обладающий действительностью**).

**ВАЖНО:** Такая система постигается **не** интуитивно, **а** путем рационального познания, путем выдвижения, проверки, принятия или опровержения гипотез;

- более того, эта система необходимым образом основана на неких исходных **аксиомах**.
- Чистота кельзеновского учения о праве означает **не** отсутствие таких аксиом (что невозможно для научного знания),  
**а** критическим отношениям к этим аксиомам

**Т.Е. не** возведение их в ранг необходимых условий существования права,

**а** рассмотрение их в качестве возможного, **альтернативного** способа обоснования и объяснения права.

## ВЫВОД 3

- Кельзен никогда не предполагал возможности самоизоляции чистого учения о праве от данных других наук о праве:

**БЫТИЕ ПРАВА** для него связано с **минимумом действительности** **правопорядка**, которую возможно установить лишь социологическими методами.

**ВЫВОД:** Позиция мыслителя относительно автономии учения о праве может быть понята в правильном виде только с учетом положения посылок этого учения в общей системе представлений Кельзена о

ПРАВЕ как об **особом социальном методе контроля человеческого поведения** путем нормированного применения принуждения.

- А изучать **ПРАВО** следует посредством принципа вменения, суть которого:

юристу не следует искать причины какого-либо поведения **а)** человека, **б)** народа или **в)** государства (этим, по его мнению, должны заниматься науки о сущем),

с точки зрения юриста следует лишь подобрать (**вменить**) **конкретному деянию существующую правовую норму**, самоустраниться от излишнего, бесполезного для правоприменителя, общественного анализа.

# ВЫВОД 4

- Учение Г. Кельзена оказало существенное влияние на развитие юридической **теории и практики**.
- В западных государствах стала отчетливее осознаваться потребность в
  - А)** стройной, внутренне непротиворечивой национальной системе законодательства,
  - Б)** учреждении институтов конституционного контроля
  - В)** понимании важности приоритета международного права над национальным,
  - Г)** рассмотрения первого в качестве составной части государственного права. учреждение институтов конституционного контроля

**ЗАКЛЮЧЕНИЕ:** Фактически нормативизм

- 1) шел навстречу запросам **современной** юридической науки,
- 2) отвечал потребности в формализации права, вызванной развитием **автоматизированных** способов обработки нормативного материала.



## половины 20 В.

- Формирование **ЮРИДИЧЕСКОГО ПОСТПОЗИТИВИЗМА** проходило в обстановке острых дискуссий, развернувшихся в английском правоведении после окончания Второй мировой войны.

**ВАЖНО:** Идеологи **либеральной демократии** подвергли тогда критике позитивистские доктрины:

они утверждали, что отказ **ЮРИДИЧЕСКОГО ПОСТПОЗИТИВИЗМА** от **моральных и политических** оценок действующего законодательства **неизбежно** ведет к признанию легитимности любого общественного строя, в том числе фашизма.

**Т.Е.:** Позитивистская юриспруденция объективно способствовала упрочению тоталитарных режимов в странах континентальной Европы.

**КСТАТИ:** На этой волне резко возрос интерес к **концепциям естественного права**, позволявшим обличать **антидемократические** режимы с позиций

- а) общечеловеческих ценностей и
- б) неотъемлемых прав личности.

**ВЫВОД:** в результате представители юридического позитивизма под давлением критики приходят к осознанию того, что правовая доктрина **не** может полностью отказаться от рассмотрения

- а) морального и политического **содержания** права,
- б) его социальной роли,
- в) заложенных в нем идеалов общественной жизни и т. п.

- К числу правоведов, выступавших за **обновление** позитивистских учений, принадлежал и Герберт **Харт**, один из «последних классиков» западной правовой мысли и наиболее видных представителей аналитической теории права и юридического позитивизма второй половины 20 века.
- Выступив в 1949 г. с докладом «Привлечение к ответственности и субъективные права», Г. Харт успешно **синтезирует** основные идеи

- а) лингвистической философии и
- б) правоведения.

**ВЫВОД:** Тем самым он заложил основы «**новой аналитической юриспруденции**», которая на долгие годы стала предметом глубоких дискуссий в сообществах английских философов и правоведов.

# ГЕРБЕРТ ХАРТ (1907–1992)

- Герберт Лайонел Адольфус Харт – английский философ и правовед.
- Родился в семье портного – **еврея** польского происхождения.
- Окончил Оксфордский университет, в котором изучал философию, древнюю историю и теорию права
- С 1932 по 1940 гг. – **практикующий адвокат** (barrister) в суде лорд-канцлера.

**ВАЖНО:** 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.

**КСТАТИ:** В этот период он активно участвует в заседаниях **Аристотелевского философского общества**, где обсуждались проблемы

- а) философии и методологии науки,
  - б) лингвистической философии.
- После демобилизации **не** вернулся к юридической практике, а начал преподавать философию в Оксфорде, получив в 1952 году звание профессора.
  - В этот период он начал работу над своим главным трудом **The Concept of Law** («Понятие права»), который был опубликован только в 1961 году
  - В 1952–1973 годах преподавал в Университетском колледже, затем, до своей отставки в 1978 году, — в Брайсеноуском колледже.
  - На рубеже 1950-х — 1960-х в качестве приглашённого профессора преподавал философию в нескольких университетах США.
  - С 1959 по 1960 годы был **президентом Аристотелевского общества**. За свой вклад в философию права был награждён почётными профессорскими степенями от **12** университетов мира.
  - К заслугам Харта можно отнести **возрождение и переработку** фундаментальной для юридического мышления **методологии ЮСПОЗИТИВИЗМА** на базе **аналитической философии** (в особенности — философии языка),

**Т.Е.** более широкую и состоятельную интерпретацию **ЮСПОЗИТИВИЗМА**, расширяющую поле его синтеза и взаимообогащения с иными формами концептуализации права.

# МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ УСТАНОВКИ ТЕОРИИ ХАРТА

- Среди **МЕТОДОЛОГИЧЕСКИХ УСТАНОВОК** теории Харта можно выделить:
  - 1) собственно **позитивистский** характер исследования, и при этом попытку преодоления пороков **юспозитивизма**;
  - 2) понимание и эвристическая значимость **концептуального анализа** для целей юриспруденции, его совместимость с **дескриптивным** методом исследования;
  - 3) возможность **ценностно-нейтрального** характера правоведения;
  - 4) размежевание
    - а) юриспруденции (как абстрактной, доктринальной дисциплины) и
    - б) социальных (эмпирических) наук и т. д.

# РЕПЕРНЫЕ ТОЧКИ КРИТИКИ ТЕОРИИ ХАРТА

- В качестве значимых моментов предметной критики высказанных в «Понятии права» идей можно назвать:

1) **неудовлетворительное** описание соотношения права и морали (необходимость моральной оправданности права, его укорененности в морали через собственные цели и принципы

**или**, наоборот, необходимость полного исключения морали из права, определяемого через обращение к его источникам, и прерывания рассмотрения всяких оснований права для реализации его властных распоряжений);

2) сокращение роли государства в правовой системе

**или**, наоборот, воспроизводство морально несвязанного чиновничьего понятия власти, понятия права как инструмента господства элит;

3) сведение элементного состава **правовой системы** к правилам (игнорирование правовых целей, политик, а также принципов, обусловленных моралью и традициями общества);

4) неадекватная характеристика правил признания (их статичность, полнота, связь с моралью, исчерпывающий характер как критериев юридического, отсутствие споров об их содержании);

5) неверное объяснение судопроизводства (утверждение **незаданности** решения в ситуациях «полутени», признание судейского усмотрения и правотворчества при пограничных случаях и правовых пробелах, неучет возможности оспаривания правил признания и обращения к моральным аргументам) и др.

# ЛИНГВИСТИЧЕСКАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА ХАРТА

- Лингвистическая теория права Х. Харта представляет собой модификацию юридического позитивизма.
- Она исходит из посылки, что **ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ ЮРИПРУДЕНЦИЯ** не должна ограничиваться анализом категориального аппарата правоведения, а должна обратиться к изучению **ЯЗЫКА ПРАВА**, используемого в повседневной юридической практике.

**ВАЖНО:** Таким образом, при построении своей концепции Харт использовал идеи и принципы **лингвистической философии**, или, как ее иначе еще называют, **философии обыденного языка**.

**ВЫВОД:** В связи с этим им были пересмотрены положения аналитической юриспруденции, разработанные в трудах Дж. Остина и других английских теоретиков права.

**КСТАТИ:** Харт, в частности, подчеркивал, что теоретическая юриспруденция

**А) не** может ограничиться анализом категориального и понятийного аппарата правовой науки, как считал Остин, и

**Б) должна** обратиться к изучению **повседневного языка**, используемого юридической практикой.

**Т.Е.** Смысловые различия, касающиеся **ПРАВОВЫХ КАТЕГОРИЙ**, необходимо раскрыть «путем анализа **общепринятого** способа употребления соответствующих выражений, их зависимости от **социального контекста**».

## ПРАВА

- Обращение к **обыденному языку**, полагал теоретик, позволяет **усовершенствовать ЮРИДИЧЕСКИЙ ПОЗИТИВИЗМ**, поскольку **ПРАВОВАЯ ДОКТРИНА**, оставаясь аналитической по своему характеру, приобретает благодаря применению методов лингвистического анализа черты **дескриптивной социологии**.

**ВАЖНО:** В свою очередь, исследование социальных отношений способствует уяснению того, что

**А)** само существование общества,

**Б)** необходимость **выживания** индивидов в процессе совместной деятельности предъявляют к **ПРАВУ** известные **требования**:

защиты **а)** личности, **б)** собственности, **в)** договоров, которые следует рассматривать как своего рода **МИНИМУМ ЕСТЕСТВЕННОГО ПРАВА**.

- Эти простые и разумные требования, указывал Харт,

**а)** «имеют важное значение для понимания права и морали и

**б)** объясняют, почему определение последних в сугубо формальных терминах, без учета выраженного в них содержания или социальных потребностей, оказывается столь **неудовлетворительным**».

**ВЫВОД:** Концепция Харта, как видим, предусматривала развитие аналитической юриспруденции в **двух** направлениях:

**с одной стороны**, путем расширения ее социальной (прежде всего социолингвистической) проблематики, **а**

**с другой** — за счет использования в ней приемов и методов критики позитивного права, выработанных в естественно-правовых доктринах.

**КСТАТИ:** Подобную методологию исследования права ученый предложил называть гибким позитивизмом («**soft positivism**»).

# ПРИРОДА ПРАВА

**КСТАТИ:** Природу права Х. Харт выводит

не из вечного природного порядка, в соответствии с которым индивид наделен неотчуждаемыми правами,

а из **фактических отношений**, которые складываются между людьми.

**ВЫВОД:** На этом основании он отвергает теорию естественного права как ошибочную, противоречащую действительности:

**ПРАВО**, как, впрочем, и **МОРАЛЬ**, есть результат разумно понятой **естественной необходимости**, связанной с потребностью **выживания**.

**Т.Е.** Несмотря на то, что люди **А)** неравны от природы, **Б)** наделены пороками, **В)** ограничены в благоразумии, **Г)** обладают различным количеством благ, **их объединяет стремление к выживанию**, которое является их **МИНИМАЛЬНОЙ ЦЕЛЮ**.

- Для того чтобы индивиды выжили в условиях естественного и социального неравенства, нужны необходимые и **разумные правила поведения**, которые составляют нормы морали, права, приказов.
- В число необходимых и разумных норм Х. Харт включал правила о защите **А)** личности, **Б)** собственности на основе договоров (т.е. взаимных обещаний)

# КРИТИКА КОМАНДНОЙ ТЕОРИИ ДЖОНА ОСТИНА

- Реализуя избранную методологию и стратегию исследования, Харт начинает свой анализ с критики «**командной теории**» Дж. Остина, уподобляющего **ПРАВО** приказу (команде), подкрепленному угрозой (санкцией), изданному юридически неограниченным сувереном, а также критики некоторых вариантов ее усовершенствования.

**ВАЖНО:** По мнению Харта коренным пороком теории Остина является отсутствие в ней базового **понятия нормы** (правила), не сводимого ни к приказам, ни к социальной привычке.

**ВАЖНО:** Харт разъясняет, что сводить все разновидности права к **принудительным приказам** означает

а) чрезмерное упрощение отношения между правом, моралью и принуждением, а также

б) навязывание ложной видимости единообразия различным видам права и осуществляемым ими социальным функциям,

**ВЫВОД:** это ведет к неверному пониманию 1) их содержания, 2) способа происхождения и 3) сферы применения.

**ВЕДЬ:** С точки зрения содержания правовые нормы могут быть как

**А)** принудительными и обязывающими (что более всего присуще уголовному праву), так и

**Б)** правогарантирующими и управомочивающими (что характерно для гражданского права).

**КСТАТИ:** Последние, в частности, направлены на то, чтобы **облегчить достижение субъектами общественных отношений своих целей**, обеспечивая заключение договоров, составление завещаний, вступление в брак и т. п.



# КРИТИКА ИДЕИ СУВЕРЕНА ОСТИНА

- Харт указывает на неточность утверждения Остина о том, что каждая правовая система (политическое сообщество, государство) должна иметь суверена, который является

**единственным источником права** (власти), публично отдавая приказы и / или молчаливо санкционируя решения и практики своих подчиненных,

**НО!** сам при этом, подобно разбойнику в банке,

**А)** остается вне сферы действия своих команд и

**Б)** не подчиняется командам кого-либо другого.

- Вместо этого Харт отмечает

**а) разнообразие источников права** и неадекватность их сведения к суверену, а также

**б)** традиционное распространение правовых норм не только **а)** на простых граждан, но и **б)** на законодателя (государство).

**ВАЖНО:** Более того, для Харта **СУВЕРЕНИТЕТ** - определенная структура, воспроизводимая в пространстве правовых норм, существующих в обществе и предписывающих **а)** критерии властной правосубъектности, **б)** процедуры определения, приобретения и прекращения (передачи) статуса, **в)** характеристики полномочий и актов и т. п.

**ВЫВОД:** Следовательно, недопустимо противопоставление суверенитета обществу и праву:

**СУВЕРЕНИТЕТ** «рассеян» в социуме и существует как система юридических конструкций и основанных на них практик,

**ПРИЧЕМ:** По мнению Харта, это характерно не только **а)** современным демократиям, но и **б)** абсолютным монархиям .

# ВНЕШНИЙ

- Харт также отграничивает
  - а) норму от привычки,
  - б) руководимое правилом поведение от простого поведенческого единообразия.
- В этих целях им вводится различие «**внешнего**» и «**внутреннего**» аспекта (точки зрения, типа высказывания), касающееся того, как нормы права могут быть описаны или оценены какое место они занимают в системе восприятия и действия.
- 1). **Внешняя** точка зрения символизирует позицию наблюдателя, который не обязательно должен принимать правила данной правовой системы;
  - она позволяет
    - А) устанавливать а) регулярности в поведении индивидов, обусловленные действием правовых норм, а равно б) вероятностные связи между нарушением нормы, с одной стороны, и критикой и наказанием нарушителей, с другой,
    - Б) строить на этой основе соответствующие предсказательные модели.
- 2). **Внутренняя** точка зрения, наоборот, описывает точку зрения индивидов — членов сообщества, принимающих правила в качестве стандартов поведения и оснований для одобрения или порицания (собственных и чужих) действий, применения мер ответственности к нарушителям.

**ВАЖНО:** Именно внутренняя сторона и составляет главное отличие правил от привычек .

**ВЫВОД:** С учетом вышесказанного Харт проповедует:

1). целостное восприятие права и

2). комплексный характер юридической науки:

предсказательный потенциал **внешнего** типа оценки существования правил и нормативного действия принципиально **недостаточен** для истолкования или объяснения поведения индивидов.

**КСТАТИ:** из чего следует

А) узорность **реализма** и **бихевиоризма** в праве, полагающих, что смысл права и, соответственно, задача юриспруденции в предсказании того, что будут делать судьи, а равно

Б) необходимость **герменевтической** составляющей полноценного правопознания.

# ПРАВО ПО ХАРТУ: первичные и вторичные нормы

- **ПРАВО** описывается автором как единство правил
  - 1). **первичных** (налагающих обязанности) и
  - 2). **вторичных** (наделяющих властью, обеспечивающих сохранение и развитие первичных норм).

**КСТАТИ:** Вторичные нормы рассматриваются как

**А)** признак и элемент развитой правовой системы, а равно

**Б)** средство и результат решения регулятивных **проблем** (основанного исключительно на первичных нормах-обязанностях) первобытного общества, составляющего «пограничный» случай правовой системы.

**КСТАТИ:** К таким проблемам Харт относит:

- 1). неопределенности правил (касающиеся самого существования тех или иных норм, их содержания, соотношения (противоречия) друг с другом),
- 2). жесткости и статичности правил (их неадекватности в ситуации трансформации общества и его среды, отсутствия четкого порядка их изменения),
- 3). неэффективности и незащищенности правил (отсутствия четких механизмов гарантированного исполнения нормативных предписаний, разрешения споров, выявления и устранения нарушений, привлечения нарушителей к ответственности).

**ВЫВОД:** Устранение названных трудностей автор видит в создании вторичных норм, **правил о правилах:**

«Тогда как первичные правила касаются действий, которые то или иное лицо должно совершать или нет, вторичные правила касаются только самих первичных правил.

Вторичные правила уточняют, как первичные правила должны

- а) удостоверяться,
- б) вводиться,
- в) отменяться,
- г) изменяться, а также
- д) как должен устанавливаться факт их нарушения».

# ВТОРИЧНЫЕ ПРАВИЛА

- К вторичным правилам Харт относит **ПРАВИЛА**:
  - 1) **признания** (определяющие, что является нормой (правом) в данном сообществе),
  - 2) **изменения** (позволяющие создавать, изменять и отменять нормы) и
  - 3) **суда** (adjudication) (наделяющие властью разрешать споры, констатировать правонарушения и наказывать за их совершение).

**ВАЖНО:** Особый характер и значение здесь имеют правила признания, формулирующие в различных формах критерии юридического в системе.

- **Если** в древних обществах такие правила могли фиксироваться в виде авторитетного списка положений, облеченных в форму письменного документа или высеченных на публичном монументе,  
**то** на смену такой отсылке в современных обществах приходит установление перечня присущих первичным нормам общих **характеристик** (принятие определенным органом, длительность существования и т. п.), их соотношение, иерархия и проч.

**НО!**, отмечает автор, в любой, даже самой простейшей форме **правило признания** «включает в себя **много** элементов, характерных для права.

Так, придавая правилу признак авторитетности, оно в зачатке содержит идею правовой системы, так как правила благодаря ему перестают быть простым набором предписаний и становятся чем-то единым.

**ВЫВОД:** Таким образом, в отличие **от классического юспозитивизма**, основания (источник) правовой системы усматривается Хартом **не** в некой абстрактной воле и мощи юридически несвязанного государства,

**НО!** в самом обществе, его нормах и практиках, причем не столько в привычках подчинения суверену, сколько в принятии и воспроизводстве **правил признания**, определяющих юридическую действительность любой нормы в системе.

# ПРАВИЛО ПРИЗНАНИЯ И ОСНОВНАЯ НОРМА

- Харт проводит ряд отличий своего «правила признания» и от «верховой нормы» Ганса Кельзена,
- поскольку «правило признания»
  - 1). является не логически необходимой, постулируемой «гипотезой», **но** реально действующей (хотя зачастую и «молчаливо предполагаемой») нормой,
  - 2). не является чисто нормативным феноменом, противопоставленным реальности, но относится к **миру фактов** (социальных практик),
  - 3). **несводимо** к универсальному правилу о повиновении конституции или «тем, кто создал первую конституцию», но может иметь разнообразное и меняющееся содержание,
  - 4). не обязательно безразлично и противопоставлено иным нормативным (в частности, моральным) требованиям.

# ЖИЗНЕСПОСОБНОСТЬ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

- Присущие системе первичные и вторичные нормы могут иметь **разную** степень **легитимности** и **распространенности** в обществе.
  - В этой связи Харт, характеризуя очередной пограничный случай права, формулирует **два** минимальных требования, которым должна соответствовать **правовая система** для своего существования: необходимо
    - 1). общее соблюдение простыми гражданами устанавливающих обязанности первичных правил и
    - 2). принятие должностными лицами публичной власти вторичных правил признания, изменения и суда в качестве стандартов собственного должностного поведения.
  - В случае **невыполнения** указанных требований реализуемые нормы первичного характера будут достаточны только для того, чтобы учредить **доправовую** форму социального порядка.
  - Обращаясь к проблеме существования и применения норм как структурных элементов правовой системы, Харт критикует **формализм** и **скептицизм** как крайности в оценке значения правил и их реализации, сводящие роль судьи (шире — субъекта права) либо
    - А) к строгому, механическому воспроизведению общих, четко (жестко) определенных и всеобъемлющих норм, либо, наоборот,
    - Б) к произвольному выбору конкретного решения в конкретной ситуации, осуществляемому при полном отсутствии детерминирующих положений общего характера (каждый случай требует самостоятельного судебного разбирательства).
- ВАЖНО:** Специфика языка, по мысли автора, порождает фундаментальную неполноту и неопределенность права, «**открытую ткань**» его правил, включающих как «ядро» — набор центральных, очевидных значений, так и «полутень» — область пограничных, неясных случаев употребления.
- ВЫВОД:** Соответственно, в любой правовой системе (вне зависимости от ее официального признания)
  - 1) исход юридического дела (особенно в «трудных случаях») никогда **не** бывает полностью предрешенным,
  - 2) всегда возникающие наряду со стандартным использованием правил **проблемные ситуации** с неизбежностью порождают а) **судейский выбор**, б) **усмотрение** и в) **правотворчество**.

# МОРАЛЬ И ПРАВО

- К проблеме соотношения **МОРАЛИ** и **ПРАВА** Харт занимает достаточно взвешенную позицию, открытую для синтеза различных типов правопонимания.

## ОБЩЕЕ

- Общность **МОРАЛИ** и **ПРАВА** укоренена, по мнению Харта, в **природе человека**, а именно в **необходимости выживания человеческого сообщества**:

- **МОРАЛЬ** и **ПРАВО** связывают:

- а) содержание и сфера действия,
- б) ряд понятий и принципов (в первую очередь, категория и принцип справедливости),
- в) общеобязательный характер норм,
- г) их обеспеченность социальным принуждением и т. д.

**ВАЖНО:** Необходимостью выживания человеческого сообщества обуславлена и потребность в осуществлении определенного «**МИНИМУМА**» **естественного права**

**КСТАТИ:** примерами «**МИНИМУМА**» **естественного права** являются распространенные практически во **всех** обществах **запреты** на а) насилие, б) воровство, в) обман и пр.).

## РАЗЛИЧИЯ

- Для **МОРАЛИ** в отличие от права характерны
  - а) относительный иммунитет к сознательному изменению,
  - б) сознательный характер моральных поступков (исключительное субъективное вменение),
  - в) обращенность к «внутреннему» аспекту правила (**совести**) как форма социального давления.

**НО!** Харт

1) отвергает тезис **юснатурализма** а) об обязательных моральных основаниях правовой системы, б) наличии открываемых разумом универсальных нравственных догм,

2) указывает на смешение данной теорией законов описательных и прескриптивных.

**ВЫВОД:** **не** существует необходимой связи между содержанием морали и права, а существование юридических прав и обязанностей может быть лишено какого-либо нравственного оправдания.

**НО! ПРАВИЛО ПРИЗНАНИЯ** может рассматривать **совместимость** или **несовместимость** нормы с **моральными ценностями** как критерий ее юридической действительности

**КСТАТИ:** последний тезис был впоследствии обозначен Хартом в качестве доктрины «**мягкого позитивизма**».

# ПРАВО И МОРАЛЬ

- Цель его известнейшей работы «Понятие права», по Харту, состояла в том, «чтобы способствовать пониманию **ПРАВА и МОРАЛИ** как

**А)** различных, но

**Б)** взаимосвязанных социальных явлений».

**ВАЖНО:** Их взаимосвязь обусловлена генетическим родством,

**Т.Е.** тем, что они **а)** разумны и необходимы, **б)** осуществляют регулятивное воздействие на поведение человека,

но делают это различным образом.

**Отличия** норм морали и норм права заключаются:

**1)** в способах защиты этих норм от нарушения;

**2)** в процедуре создания и форме существования этих правил.

- Так, регулятивное воздействие норм **МОРАЛИ** связано с апелляцией к **а) справедливости**, **б)** представлениям о добре и зле, **в)** моральной ответственности, опирающихся на необходимость выживания



# МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

- Хотя Харт признавал за **МЕЖДУНАРОДНЫМ ПРАВОМ** статус права (его «пограничный» случай), **НО!** Философ указывает на проблематичность такого его статуса в силу **отсутствия** в нем **всех** элементов полностью развитой правовой системы. Так,

- 1). международное право может быть **лишено** **вторичных правил** признания, изменения или суда,

- 2). международные законодательные органы **не** всегда обладают полномочиями по установлению санкций против государств, не соблюдающих его нормы,

- 3). у международных судов **не** всегда есть юрисдикция относительно правовых споров между государствами и т. д.

# ЗНАЧЕНИЕ ТВОРЧЕСТВА ХАРТА

- Творчество Харта можно рассматривать  
**А)** и как водораздел, ознаменовавший начало современной англоязычной теории права,  
**Б)** и как некую систему координат, в рамках которой определяется теоретико-методологический статус того или иного мыслителя.

**ВАЖНО:** Работа Харта «Понятие права»

- 1). заложила основы современной британо-американской юриспруденции,
- 2). прямо или косвенно определила понимание ее **а)** предмета, **б)** целей и задач, **в)** методологии, **г)** ключевых понятий и проблем.

**Т.Е.** Современная англоязычная правовая теория, фактически развивается через **а)** предметную и методологическую критику, **б)** переосмысление и развитие его концептуальных построений.

- Не случайно, что современные **ОТП** споры, в которых выпадает одной из сторон в которых выступает Герберт Харт, а другой — Лон Фуллер, Ганс Кельзен, Рональд Дворкин, Джозеф Рэз, Джон Финнис, Патрик Девлин, Джон Ролз, Роберт Нозик и др.

## «ПОНЯТИЕ ПРАВА» ХАРТА И СОВРЕМЕННОСТЬ

- Несмотря на разнообразную критику (отчасти признанную, отчасти отвергнутую Хартом и его последователями), «Понятие права» и по сей день остается источником **новых** идей для **западной** правовой мысли, особенно в связи с посмертной публикацией в 1994 г. **постскриптума**,

- а) задуманного автором как ответ своим оппонентам, в первую очередь Рональду Дворкину,
- б) основанного на уникальных личных материалах и свидетельствах биографии Харта, проливающей новый свет на смыслы и мотивы его теоретических и мировоззренческих позиций.

**ВАЖНО:** Существенной может быть и роль «Понятия права» для сегодняшней **российской** юриспруденции как базового текста по современной англо-американской теории права и юспозитивизму. Так, работа

- 1) содержит опыт применения к праву достаточно новой для отечественной юриспруденции лингвистической аналитики,
- 2) вводит в оборот ряд новых понятий (первичные и вторичные нормы, правило признания, центральное и пограничное значение и др.),
- 3) знакомит с **новыми** позициями по уже известным проблемам, в том числе позволяющих преобразовать имеющиеся подходы:
  - а) к пониманию (и порождаемой им власти, суверенитета) как элемента социальных практик, а не постулируемой «государственной воли» или силы, соединение его «внешних» и «внутренних» аспектов;
  - б) множественность и **несводимость** к суверену источников права,
  - в) значимость доктрины, содержащей критерии и логику юридического,
  - г) неполнота (юридического) языка и неизбежность «пробелов», толкования, усмотрения и правотворчества и пр.).

# ЗАКЛЮЧЕНИЕ

- Творчество Харта **не** оказало столь заметное влияние на правоведов – представителей романо-германской правовой семьи в отличие от англо-саксов:
  - а) разная проблематика, б) инструментарий, в) социально-политический и мировоззренческий контекст делают многие положения теории Харта **непонятными** или **несущественными**.
- Применяемая автором **методология** (одна из ключевых проблемных сфер для сегодняшней российской юриспруденции) оговаривается здесь лишь мельком, что затрудняет ее усвоение и дальнейшее использование;
- многие утверждения **не** являются новыми (нормативность и системность права, разнородность и взаимо-дополнительность его правил, различие права и морали, права естественного и позитивного, юридический статус международного права и др.) или актуальными,
- а оригинальные идеи в иной среде скорее всего станут лишь **интеллектуальным украшением** устоявшихся концептуальных схем.

**ВЫВОД:** Избежать подобной «рутинизации» концепции Харта можно только

- а) через расширение причастности к тому **контексту** и **диалогу**, в котором было произнесено и услышано его «Слово»,
- б) через внимание к тем языковым, доктринальным, методологическим средствам, благодаря которым конструируется понятийное пространство правовой теории и культуры.

# НЕОЮСНАТУРАЛІЗМ

# ЮСНАТУРАЛИЗМ ЛОНА ФУЛЛЕРА

- **Лон Льюис Фуллер** (1902 — 8 апреля 1978) — выдающийся философ права,
- автор «Морали права» (**The Morality of Law**) (1964).
- Видный представитель гарвардской школы права, занимающий особое место не только **а) среди американских**, но и **б) среди англоязычных** ученых-правоведов в целом.

**ВАЖНО:** он на протяжении многих лет являлся одним из наиболее последовательных и влиятельных **критиков позитивизма** в англоязычном правоведении.

**КСТАТИ:** в американском праве он известен своим творчеством в области **договорного права**.

**ВЫВОД:** Исследования Л. Фуллера имели огромное значение для западной юриспруденции первой половины и середины XX века.

- Фуллер существенно повлиял на **Рональда Дворкина**, который в то время был студентом юридического факультета Гарвардского университета.

# ДИСКУССИЯ ХАРТ vs. ФУЛЛЕР

- Дискуссия с Г.Л.А. Хартом в Harvard Law Review (Т. 71) была чрезвычайно важной для оформления современных противоречий между

1) правовым позитивизмом и

2) естественным правовым.

**КСТАТИ:** эта дискуссия вошла в историю философско-правовой мысли как «**Hart-Fuller debate**»

- **См.:** Hart H.L.A. The Positivism and the Separation of Law and Morals // Harvard Law Review. 1958. Vol. 71. P. 593 - 629;

Fuller L.L. Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart // Harvard Law Review. 1958. Vol. 71. P. 630 - 672.

**ВАЖНО:** Данная дискуссия представляет собой один из наиболее **интересных** правовых текстов, известных англо-американской юриспруденции.

**ВЫВОД:** Итак, спор Л. Фуллера и Г. Харта - это спор между **двумя** магистральными направлениями правовой мысли:

1) **юспозитивизмом** и 2) **юснатурализмом**.

**КСТАТИ:** Эта дискуссия с британским коллегой Гербертом Л.А. Хартом (1907 - 1992) вывела англоязычную юриспруденцию из **тупика**, в котором она оказалась к 1940-м годам.

## ПРАВА

**НО!** актуальность вклада Л. Фуллера в развитие юридической науки не исчерпывается критикой позитивизма.

- Американский ученый является автором оригинальной правовой концепции «процедурного естественного права», в рамках которой приводится новое обоснование соотношения

А) моральных принципов и

Б) правовой системы.

**КСТАТИ:** Хотя его нередко называют ведущим представителем естественно-правовой школы в XX в.,

**НО!** предложенная им концепция права

А) достаточно оригинальна и

Б) существенно отличается от классических вариантов теорий естественного права.

**ВЫВОД:** Естественно-правовой подход американским ученым вообще был принципиально переосмыслен без каких-либо прямых отсылок к неким исходным текстам, и проследить можно только самые очевидные связи, например, с идеями **Аристотеля** или **Аквината**.

**ВАЖНО:** Практическая ориентированность концепции права, разработанной Л. Фуллером (что, в целом, является отличительной чертой **американской** юриспруденции как таковой), подтверждает ее актуальность и в контексте анализа практических аспектов

а) проблемы совершенствования законодательства

б) вопросы разработки кодексов профессиональной этики.



# МОРАЛЬНОСТЬ ПРАВА

- В 2007 г. вышел перевод на русский язык основного текста Л. Фуллера - книги "**The Morality of Law**" (пер. с англ. Т. Даниловой под редакцией А. Куряева).

**НО!** Данный перевод

**А) не** имеет научного комментария и

**Б)** содержит ряд спорных стилистических решений.

**КСТАТИ:** В западной юридической науке **единственным** комплексным исследованием концепции права Л. Фуллера является книга Р.С. Саммерса «Лон Л. Фуллер» (данная работа **не** переведена на русский язык).

**ВАЖНО:** Между тем, взгляды американского юриста часто становятся предметом рассмотрения в **учебниках по общей юриспруденции**, что выражается в общих обзорных статьях (Р. Познер, М. Фримен и др.).

**КСТАТИ:** В научных комментариях К. Уинстона к работам Л. Фуллера исследуются преимущественно **а) политологические и б) социолого-правовые** аспекты исследований Л. Фуллера.

**НО!** Работы большинства указанных авторов **не** переведены на русский язык.



# ВЛИЯНИЕ НА ТВОРЧЕСТВО ФУЛЛЕРА

- Несмотря на определенное влияние **европейской юриспруденции**,
- в частности **а) юриспруденции интересов (Р. Иеринг), б) естественно-правовых концепций и в) «командной» теории права как общего для Л. Фуллера и Г. Харта предмета критики,**

**НО!** взгляды ученого нельзя рассматривать в отрыве от интеллектуальной культуры **США**.

- Концепция права Л. Фуллера формировалась под влиянием
- А) господствовавшей в США философии прагматизма (Ч. Пирс, Д. Дьюи, У. Джеймс),**
- Б) двух** влиятельных движений американской юридической науки, вдохновленных идеями О. Холмса:

- 1) правового реализма (К. Ллевеллин, Д. Фрэнк)**
- 2) социологической юриспруденции (Р. Паунд).**

**А)** Одно из положений **прагматизма** можно сформулировать так: «Истинно то, что полезно (целесообразно)»:

**ПОЭТОМУ прагматизм** задал практическую ориентированность концепции права Л. Фуллера.

**Б)** Что же касается влияния **социальной юриспруденции** на Л. Фуллера, то он полагал, что юриспруденция в такой же степени изучает социальную реальность, в которой и конструирует ее.

**ВЫВОД:** Поэтому ученый должен развивать научную концепцию, которая будет служить цели **повышения качества общественных отношений**. **КСТАТИ:** Р. Паунд полагал, что право - разновидность «социальной инженерии»,

а, по мнению Л. Фуллера, **ЮРИСТ** (в том числе, и ученый) - архитектор социальной реальности **изучая** социальную реальность, он в то же время участвует в процессе ее **конструирования**

**КСТАТИ:** С этим связан тот факт, что Л. Фуллер **неявно** противопоставляет «**плохому человеку**» американских правовых реалистов (в терминологии О. Холмса) образ «**хорошего человека**».

# АКСИОЛОГИЯ ФУЛЛЕРА

**ВАЖНО:** Итак, концепция Фуллера в значительной степени задается аксиологическим представлением о «хорошем человеке» как **разумном социальном деятеле, наделенном свободой и ответственностью**

**ВЫВОД:** Поскольку содержание концепции права Л. Фуллера обусловлено аксиологической посылкой, и данная концепция нацелена на воплощение идеала в реальной правовой практике,

постольку следует расценивать как разновидность естественно-правового подхода.

**НО!** ученый рассматривал свою концепцию как комплементарную к альтернативным подходам, в связи с чем следует сделать вывод об интегративности методологии Л. Фуллера.

**КРОМЕ ТОГО:** Концепцию права Л. Фуллера следует рассматривать как вариант **естественно-правовой концепции**, относящейся к постклассическому типу научной рациональности:

данная концепция развивалась с учетом таких положений, как **включенность субъекта научного познания в объект** и др.

# ПРАВО КАК ОБЪЕКТ ИССЛЕДОВАНИЯ

- **ПРАВО** может и должно быть понято из самого себя, полагает Фуллер.
- **ПОЗИТИВИЗМ** взялся за решение этой проблемы, но результаты оказались, по его мнению, неудовлетворительными.
- Фуллер предлагает принципиально иной взгляд на право.

**ВАЖНО:** исходным элементом и главным объектом исследования является

не норма права, не правовая система,

а различные формы юридических процессов и процедур.

- Сюда включаются отношения, возникающие на основе
  - а) обычая,
  - б) договоров,
  - в) судебных,
  - г) посреднических и управленческих решений,
  - д) статутного права (законов).

# ПОДРАЗУМЕВАЕМОЕ И СОЗДАННОЕ ПРАВО

- Отсюда Фуллер различает:
  - 1) подразумеваемое, **имплицитное** право (implicit law) и
  - 2) **созданное** право (made law).
- **ИМПЛИЦИТНОЕ** право включает обычаи и другие способы нормативной регуляции человеческих отношений, часто не имеющие вербального выражения.
- **СОЗДАННОЕ** право состоит из внешне выраженных точных правил. Оно содержит статуты, нормы контрактов и т. д.:
  - а) Статуты создаются исключительно государственными органами,
  - б) нормы контрактов могут создаваться и государственными и негосударственными органами, а также частными лицами.

**ВАЖНО:** И имплицитное и эксплицитное право **целеположено**, ибо сущностное значение правовой

# МЕТОДОЛОГИЯ ФУЛЛЕРА: СУЩЕЕ И ДОЛЖНОЕ

- Через призму методологии Фуллера преломляется широкий круг идей, принадлежащих различным мыслителям.
- Одна из основных методологических предпосылок концепции права Л. Фуллера - представление о том, что в случае с объектами, конструируемыми человеком, «сущее» и «должное» составляют две грани одной и той же реальности, по крайней мере, на уровне научного анализа.

**ВЫВОД:** Поэтому ПРАВО как сущее от ПРАВА как должного неотделимо .

Здесь, пожалуй, лежит линия, отделяющая Фуллера

а) от классического **позитивизма**, объявляющего правом все нормы, исходящие от государства,

б) от **нормативизма**, предлагающего некую основную норму в качестве критерия права,

в) от **социологии права**, понимающей правовую норму как предсказание об использовании государственного принуждения.

**ВЫВОД:** По мнению Фуллера, все эти подходы игнорируют ЦЕЛЬ в праве.

# ФАКТЫ И АРТЕФАКТЫ

- Правильное понимание взглядов ученого предполагает реконструкцию его идей о **фактах** и **артефактах**.
- В отличие от фактов, артефакты (т.е. искусственные факты) создаются человеком.
- Фуллер различает **1) факты** и **2) артефакты**.
- **ФАКТЫ** существуют независимо от желания человека видеть их такими или другими, например, камни в реке.
- **АРТЕФАКТЫ** же создаются человеком для того, чтобы использоваться с вполне определенной **целью**.

**ВАЖНО:** поэтому в артефактах сущее и должное сливаются как элементы одной «интегральной реальности».

- Так, набор деталей есть парогенератор (сущее) только в том случае, если он способен служить **цели** генерировать пар (должное).

**ВЫВОД:** Точно так же и с социальными феноменами, которые суть **артефакты**: социальное взаимодействие есть **право** только в том случае, если оно способно служить цели приведения поведения людей в согласие с общими нормами.



# ПРАВО как АРТЕФАКТ

- **ПРАВОВАЯ НОРМА**, естественно, является артефактом. Поэтому, чтобы ответить на вопрос, является ли данная норма правовой, надо знать, какой она должна быть.

**ВАЖНО:** Таким образом, далеко не все, что исходит от законодателей, может считаться правом.

- Чтобы определить, является ли норма, созданная законодателем, правовой, следует определить,

**во-первых**, содержит ли данная норма субстанционную цель, и,

**во-вторых**, предлагает ли она соответствующие средства.

- В случае отрицательного ответа норма права определяется как мнимая.
- Юридическая сила правовых норм и, соответственно, отношений, возникающих на их основе, зависит

**не** столько от легитимности «создателя» нормы, сколько от **содержания** нормы.

- Так, при толковании и последующем применении нормы права следует учитывать ту **цель**, которая существенна для нее.
- Право, согласно Фуллеру,
  - а) и в целом, как социальное явление,
  - б) и в различных формах его выражения, и в каждой конкретной норме существенно **ЦЕЛЕположено**.

**ВЫВОД:** Здесь он

- а) продолжает телеологическую традицию **Аристотеля и Аквината**,
  - б) но и близок к инструментализму в изложении О. Холмса, Р. Паунда.
- Правовая норма должна содержать в себе **интелигибельную цель** (или отражать ее) и указывать на **средства** ее достижения.

**ВАЖНО:** Норма права **субстанциональна** поскольку, поскольку несет в себе значение **должного**, в этом смысле она

- а) ценностно наполнена и
- б) инструментальна, ибо определяет средства достижения цели.

# ТЕЛЕОЛОГИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА

- Не только отдельные нормы права, но и целые отрасли имеют определенные цели.
- Так, цель **конституционного права** заключается в воплощении и применении **основных организационных принципов государства**.
- Это общедемократические принципы, способы против злоупотребления властью, принципы правления права, требования должной процедуры и т. д.
- Конституционное право
  - А) создает общие возможности для нормального функционирования всех остальных отраслей права,
  - Б) определяет цели, которые могут достигаться посредством права.

**ВЫВОД:** Поэтому конституционное право рассматривается им как **базисная** отрасль, без осознания принципов которой вообще невозможно понимание сути права.

- В конституционном праве задаются **глобальные** цели всей правовой системы.

**НО!** вместе с тем **не** любая норма, в том числе и конституционного права, может быть отнесена собственно к правовой.

# ТЕЛЕОЛОГИЯ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

Идею о ценностной нагруженности права он распространяет на всю правовую систему.

- Ценностно нагружена

1) и каждая правовая норма,

2) и **вся правовая система**, понимаемая ее как единство а) правотворческого и б) правоприменительного процессов.

**ВАЖНО:** Наличие **ЦЕЛИ** придает ценность и всей **правовой системе**, которая определяется Фуллером как целеположенная человеческая деятельность, направляемая и контролируемая общими правилами.

**ВЫВОД:** Итак, генеральная ЦЕЛЬ **правовой системы** направлять и контролировать человеческую деятельность.

**НО!** при этом Фуллер формулирует и другие, более конкретные; **частные цели**.

- Влияние инструментализма здесь несомненно.

# ПРАВО – ЭТО ПРОЦЕДУРА

- С точки зрения «прагматических инструменталистов», **ПРАВО – не формальная система, а предметно ориентированная деятельность, направленная на решение групповых проблем.**
- Именно такого взгляда и придерживался Л. Фуллер.
- Но на страницах своих работ он

**А) творчески переосмыслил его и**

**Б) дополнил рядом суждений:**

наиболее яркое из которых – суждение о зависимости субстанциального наполнения правовых норм от реализации **принципов процедурной состоятельности.**

**ВАЖНО:** Таким образом Л. Фуллер, отошел от понимания юридических процедур в сугубо инструменталистском ключе – когда они понимаются лишь как средства для достижения внешних целей, лишенные «внутренней моральности»

- Для Фуллера юридические процедуры - это комплексы взаимопределяемых целей и средств, наполненные внутренней моральностью

**ВАЖНО:** наиболее существенные характеристики правовых следует **не** создавать, а открывать.

**ВЫВОД:** В смысле «**минимального содержания естественного права**» право постоянно и наполнено внутренней моралью.

- Так мы приходим к оценке Фуллером соотношения права и морали.

# МОРАЛЬ ФУЛЛЕРА

- Мораль у Л. Фуллера «юридизируется».
- Американский правовед отходит от традиционного **этического** понимания морали, **а)** лишая его известного содержания и **б)** оставляя за ним лишь его форму.
- Под **МОРАЛЬЮ** он понимает совокупность **принципов**, определяемых той или иной **целью**, соблюдение которой обуславливает ее достижение. Основанием «формального права», по мнению Л. Фуллера, является **целеположенный** характер правовой деятельности.

**ВАЖНО:** Связь же между **правом** и **моралью** (в традиционном понимании) хотя и присутствует,

**НО!** является следствием, а не предпосылкой «процедурного подхода», которому и следовал Фуллер.

# МОРАЛЬ ДОЛГА И МОРАЛЬ СТРЕМЛЕНИЯ

- Свой ставший классическим труд «Моральность в праве» Фуллер начинается с разграничения **двух** типов его юридизированной морали:

**А) МОРАЛЬ ДОЛГА** (morality of duty)

**Б) МОРАЛЬ СТРЕМЛЕНИЯ** (morality of aspiration).

- Л. Фуллер осуществляет это разграничение по **двум** критериям.
- **С одной стороны**, он говорит о тех **требованиях**, которые эти правила поведения предъявляют к своим субъектам,
- **с другой** — о тех **последствиях**, которые влечет за собой несоблюдение этих правил:

**А) МОРАЛЬ ДОЛГА** предполагает наличие неких **минимально** необходимых требований, за несоблюдение которых субъект подлежит наказанию.

В то же время их соблюдение **не** влечет за собой поощрения.

**ВАЖНО: мораль обязывающая** а) жестко фиксирует минимум и б) больше работает с запретами:

некоторые поступки "ниже плинтуса" **не** должны совершаться никогда.

**Б) МОРАЛЬ СТРЕМЛЕНИЯ** кроет в себе **не** требования, а то, что сам Л. Фуллер называл «вызов совершенству».

Это уже **не** минимально необходимые требования, присущие обязывающей морали, а некие ориентиры на пути «**морального совершенствования**».

За недостижение таких ориентиров субъект **не** может подвергаться наказанию.

**НО!** достигнув их, он может рассчитывать на поощрение.

**ВАЖНО: мораль стремления** - указание на высший идеал, недостижимый, **но** к которому следует стремиться. Мораль стремления работает поощрениями

**ВЫВОД:** юридизированная мораль Фуллера - это такая "**радуга**" с постепенным переходом цветов друг в друга: мораль долга постепенно **сменяется** моралью стремления.

# МОРАЛЬ ДОЛГА И МОРАЛЬ СТРЕМЛЕНИЯ 2

## МОРАЛЬ ДОЛГА

- Требует безусловного соблюдения минимального набора запретов, базовых норм
- 10 библейских заповедей
- Ответственность за преступление

## МОРАЛЬ СТРЕМЛЕНИЯ

- Ориентирует на наиболее полное раскрытие человеком своих возможностей и стремление к совершенству
- Греческая философия
- Порицание за несовершенство
- Не имеет прямого отношения к праву
- На этой основе, по мысли автора, стоят два типа **ПРАВА**.

1) **ПРАВО ЗАПРЕЩАЮЩЕЕ**, запрещающее некие поступки и работающее наказаниями (если ты будешь выполнять все предписания, я тебе ничего не сделаю), и

2) **ПРАВО ПООЩРЯЮЩЕЕ**, основанное на стремлении - поощряющего индивидов к тем или иным поступкам.

**НО!** в **ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ ГОСУДАРСТВА** эти типы морали представлены различно: **мораль долга** ближе к собственно формальному праву, а **мораль стремления** - к естественному праву.

**КСТАТИ:** Эту бинарную типологию Фуллер увязывает с двумя ЭКОНОМИЧЕСКИМИ теориями:

1). **МОРАЛЬ ДОЛГА** подобна **экономической теории обмена**.

2). **МОРАЛЬ СТРЕМЛЕНИЯ** - ближе к той, что основана на **принципе предельной полезности**

# КРИТИКА МОРАЛИ

- Мне кажется, в творчестве Фуллера отражается попытка перенести в право это этические парадигмы креационизма иудаизма и христианства.
- Иудаизм перечисляет все, что нельзя, а про что неизвестно - трое мудрецов могут принять решение.
- Христианство имеет перечень, но минимальный, зато дает внутренний компас совести - векторы стремления (положительного - "к добру" и отрицательного "к злу").
- Ислам, как будто бы, оказался где-то посерединке - в силу специфики происхождения.
- Какой способ этического контроля эффективнее? - вот даже и не пойму. Наверное как раз соревнуются.

**НО!** Фуллер допускает много неточностей и оставляет неясностей:

Так,

**а) МОРАЛЬ СТРЕМЛЕНИЯ** туманно указывает на "**благо**", **не** в силах его точно определить.

**б)** Экономическая теория предельной полезности обладает внешней четкостью, которая достигается за счет опустошения центрального понятия – **полезности**, определения которой не представлено.

**КСТАТИ:** Попытка сослаться на принцип удовольствия, работает только при **сверхрастирении** понятия удовольствия, которое лопається при гипертрофии как мыльный пузырь.



# МОРАЛЬ КАК ОСНОВА ПРАВА

- **ВАЖНО:** По мнению Л. Фуллера, применяя схему морали долга и стремления к правовой системе, мы можем судить о том, **во-первых**, является ли данная система собственно **правовой**, **во-вторых**, насколько она **совершенна**.
- «Прежде чем отказываться от незначительного проявления терпимости по отношению к предложенной мною **телеологии**, мы должны внимательно подсчитать цену подобного отказа», — отмечает он.
- Л. Фуллер полагает, что «наиболее значительную ее часть составит то, что мы полностью потеряем всякие критерии для определения факта существования правовой системы».
- Далее он замечает, что «если **ПРАВО** представляет собой всего лишь проявление власти или политического господства, тогда, хотя мы и можем говорить о ... справедливости или **несправедливости** отдельных актов, мы теряем возможность определения **степени**, которой достигла правовая система на пути к своему идеалу».

**Вывод:** Таким образом, с его точки зрения, именно наличие **цели** является залогом возможности оценки той или иной правовой системы.

- **ЦЕЛЬ** определяет руководящие **принципы** для участников деятельности под названием «право».
- Эти **ПРИНЦИПЫ** служат своеобразной «**точкой отсчета**» для определения наличия (мораль долга), а затем и степени совершенства (мораль стремления) правовой системы.
- Совокупность этих принципов Л. Фуллер и назвал «**ПРАВОВАЯ**

# ВНУТРЕННЯЯ ПРАВОВАЯ МОРАЛЬ

- В ходе своих исследований американский правовед провел разграничение между:

**А) внутренней** правовой моралью и

**Б) внешней** правовой моралью.

- **ВНУТРЕННЯЯ** правовая мораль представляет собой систему принципов, обретающих свое выражение в требованиях, направленных к **форме** правовых норм.

**ВАЖНО:** Выполнение таких **требований** является залогом осуществления **ЦЕЛИ** права в том виде, в котором она была обозначена ранее.

- Всего Л. Фуллер выделял **восемь** требований внутренней правовой морали.

**КСТАТИ:** Их он проиллюстрировал «достаточно объемной **аллегорией**, поднимающей тему неудачного царствования монарха, носившего подходящее, однако, не очень оригинальное и соответствующее его личным качествам имя **Рекса**».

# АЛЛЕГОРИЯ ПРО КОРОЛЯ РЕКСА

Однажды Король Рекс решил, что действующий правовой порядок неэффективен.

- Он решил все отменить и решать дела **самостоятельно**. С точки зрения **Фуллера** это была **первая ошибка** – желание обойтись без общих норм.
- Тогда **Рекс** издал законы с общими нормами, но **не** сообщил о них подданным.
- Потом он сообщил, но предал этим законам **ретроспективный** характер. Кроме того, законы были такими, что понять их было невозможно – масса внутренних **противоречий**. Тогда недовольство подданных возросло, и они перестали слушаться.
- **Рекс ужесточил** законодательство, что еще больше ухудшило ситуацию.
- Потом **Рекс** начал ежедневно **модифицировать** законодательство.... Когда вышел первый сборник судебных решений оказалось, что они противоречат законодательству.

**ВАЖНО:** Фуллер говорит, что **Рекс** совершил **8** ошибок невозможности права:

- 1) Отсутствие правил, как таковых.
- 2) Отсутствие опубликованных правил.
- 3) Злоупотребление ретроактивными законами.
- 4) Отсутствие понятных правил.
- 5) Наличие противоречащих друг другу норм.
- 6) Наличие правил требующих невыполнимых действий для субъекта или/и правителя.
- 7) Непостоянство законов во времени(например, ежедневное внесение изменений в законы).
- 8) Несоответствие правоприменительной практики законодательству.

**ВЫВОД:** По словам Л. Фуллера, «полный провал в любом из этих направлений приводит не просто к плохой системе права;

**Т.Е.** он приводит к появлению того, что в принципе неверно будет именовать подобным образом».

## 8 ПУТЕЙ К СОВЕРШЕНСТВУ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

- Восьми возможным путям к провалу соответствует восемь путей к **совершенству (частные цели)** правовой системы.
- Эти пути к совершенству представляют собой то, если можно так сказать, **пространство**, на которое переносится схема морали долга и стремления.
- При этом **каждое** из восьми направлений может быть выражено в особом принципе,
- а совокупность этих принципов формирует внутреннюю правовую мораль.

**ВЫВОД:** Таким образом принципы внутренней правовой морали логически вытекают из **ЦЕЛИ** права, определенной Л. Фуллером.

- По его мнению, каждый из них **необходим**, а все они **достаточны** для того, чтобы эта **ЦЕЛЬ** права осуществлялась.

**КСТАТИ:** Именно поэтому эти принципы позволяют нам, с точки зрения Л. Фуллера, обращаться к морали долга и стремления

- а) для определения факта наличия либо отсутствия правовой системы,
- б) а также для установления степени совершенства правовой системы.

# ПРОЦЕДУРНЫЕ ЦЕЛИ-ПРИНЦИПЫ

- Процедурные цели-принципы выполняют роль **ограничителя** по отношению к **социальным политическим** целям, которые государство может достигать с помощью закона.

**НАПРИМЕР:** опубликование закона заставляет государство само следовать ему; таким образом, закон становится обязательным и по отношению к государственным органам.

- Процедурные принципы имеют отношение ко всей правовой системе, их реализация достигается в деятельности **а)** законодателей, **б)** судей, **в)** административных и управленческих органов.

**КСТАТИ:** они **не** в полной мере затрагивают такие формы права, как обычай, административный акт, нормы контрактного права.

**НО!** в целом правовая система должна соответствовать этим принципам, тогда создается режим «**процедурной законности**».

**ВЫВОД:** **Если** система **не** отвечает этим требованиям, **то** можно утверждать, что общество имеет какую-то иную систему государства,

**НО!** эта система государства **не** будет основана на праве и функционировать в соответствии с правом.

# **ВЫВОДЫ ПО ФУЛЛЕРУ**

# ТЕОРИЯ ПРАВА ФУЛЛЕРА

- Ключевое понятие правовой теории Фуллера — правоотношение, или правовые процессы и процедуры:

а) обычная практика,

б) договорные отношения,

в) законодательство (статутное право), судопроизводство, посреднический и управленческий процессы.

**ВЫВОД:** В рамках этих процессов и процедур **ПРАВО** а) создается, б) реализуется и в) изменяется:

**А) в широком социальном смысле** эти процессы и процедуры выступают как пути и средства достижения тех или иных целей, а

**Б) в строго юридическом** — как комплекс целей и средств, внутренне присущих праву.

**ВАЖНО:** Для того чтобы норма могла называться **ПРАВОВОЙ**, согласно Фуллеру, кроме

1) эффективности нормы в смысле достижения внешних социальных целей: уменьшения преступности, укрепления семьи и т. п.

2) Должны обеспечиваться внутренние цели права, присущие праву как таковому и отличающие его от прочих социальных норм.

- Например,

внутренняя цель СУДОПРОИЗВОДСТВА — обеспечение справедливого и равного участия сторон, интересы которых задеты - все процедурные правила судопроизводства оправдываются только тогда, когда эта цель достигается;

внутренняя цель демократического ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА — обеспечение самоуправления граждан через свободно избранных законодателей;

внутренняя цель ДОГОВОРНОГО права или контрактных правоотношений — обеспечение свободы выбора и взаимности обязательств сторон.

**ВАЖНО:** Все те правила, нормы и процедуры, которые обеспечивают достижение этих целей, также являются внутренними, сущностными характеристиками права - они, по сути, конституируют ту или иную форму правоотношений.

**ВЫВОД:** Внутренние цели права одновременно являются и **МОРАЛЬНЫМИ** целями – а) судейская справедливость, б) демократическое самоуправление, в) контрактная свобода — все это моральные ценности-цели.

# МОРАЛЬ

- Итак, у Фуллера мораль приобретает специфически юридический характер.

**КСТАТИ:** Он не считает, что «моральная норма» права в любом случае будет служить благим целям.

**НО!** нельзя с ним не согласиться в том, что:

если мы что-либо будем делать правильным способом,

то вероятнее всего получим и правильный результат.

- Так, например, чтобы быть эффективным, закон должен быть ясно изложен и промульгирован.

**ВЫВОД:** Это требования инструментальной эффективности,

**НО!** следование им с наибольшей вероятностью будет порождать хорошее статутное право, потому что законодатель не будет склонен излагать



# ЭФФЕКТИВНОСТЬ И МОРАЛЬНОСТЬ

- На протяжении всей своей жизни Фуллер упорно отстаивал идею, состоящую в том, что **принципы законности**, взятые в совокупности, представляют из себя моральную ценность.

**НО!** его позиция **не** была все же абсолютно безупречной.

**ВАЖНО:** Многие его противники утверждали и утверждают, что как ни называй предложенные им принципы, они

**А)** имеют отношение к **эффективности** закона и

**Б) не** имеют никакого отношения к **морали**.

**ВАЖНО:** Фуллер ответил своим критикам во втором издании «Моральности права»:

Они ошибаются, утверждал он, рассматривая «принципы законности» лишь как условие эффективности.

- Ведь режим (государство) может эффективно добиваться поставленных целей и нарушая эти принципы. В качестве примеров Фуллер приводит нацистскую Германию и Советский Союз.

**ВЫВОД:** Фуллер путает здесь **политическую эффективность**, которая действительно может поддерживаться с помощью террористических неправовых средств, и **эффективность права** как регулятора социальных отношений.

# ПРОЦЕДУРНАЯ МОРАЛЬНОСТЬ

- Сам же Фуллер все же убежден в том, что эти принципы законности конституируют моральность, т.е. с необходимостью переводятся в моральные ценности.

**ВАЖНО:** Даже в случае, если содержание нормы (цель, заложенная в законе) в чем-то **порочно**, его соответствие принципам законности гарантирует в той или иной мере реализацию моральных ценностей как таковых.

**ВЫВОД:** Так, гражданин, по крайней мере, имеет возможность знать и понимать закон и подчиняться закону, а не индивидуальному произволу чиновника.

Т.Е. речь идет о «**ПРОЦЕДУРНОЙ МОРАЛЬНОСТИ**», которая не обязательно предполагает хорошее право в социально-политическом смысле.

**НО!** соблюдение «**процедурной моральности**» придает легитимность статутному праву, а таким образом и государству как его создателю.

**КСТАТИ:** Государство, пишет Фуллер, принимая закон, как бы говорит гражданам:

«Вот правила, которым мы просим вас следовать; **если** вы будете им подчиняться, **то** и мы обещаем вам применять эти правила по отношению к вам».

**Если** же законодатель нарушает этот молчаливый договор, **то** он неизбежно утрачивает легитимность. А она, согласно Фуллеру, также представляет из себя моральную ценность.

**ВЫВОД:** Действительно, **легитимность** можно рассматривать как **моральное право на власть**

# ПРОЦЕДУРНАЯ КОНЦЕПЦИЯ ПРАВА

- **Принципы законности** Фуллер часто называет **принципами правления права**, которые определяют способы создания и реализации норм права, прежде всего статутного.
- Для Фуллера это идентичные понятия.

**ВАЖНО:** Поэтому его **концепцию правления права** вполне можно назвать **процедурной**.

**КСТАТИ:** Она во многом является **реакцией** на приземленность **а) позитивизма** и **б) социологизма** в праве,

**НО!** вместе с тем существенно отличается и от естественно-правовой традиции.

- «Естественность» права он ищет **не** вне его, а в самом праве.
- Моральность права **не** выступает в качестве метаюридического критерия позитивного права.

**ВАЖНО:** Фуллер вообще **не** противопоставляет позитивное и естественное право, он противопоставляет право и неправо.

# РАЗУМНОСТЬ ПРАВА

- Естественно-правовая традиция у него проявляется в подчеркивании роли **разума** в праве, в правовом порядке.
- **ПРАВО** — что разумность, проявляющаяся в человеческих отношениях.
- В **РАЗУМЕ** выражаются наиболее фундаментальные **естественные законы**, обеспечивающие
  - а) процесс формирования целей и
  - б) функционирование каналов коммуникаций между людьми.
- Эти естественные законы связаны с природой **человека** как **существа, стремящегося к общению**.

**ВЫВОД:** Поэтому существуют **естественные принципы общения**,

- а) определяющие групповую жизнь в каждой конкретной ситуации и
  - б) познаваемые посредством разума.
- Фуллер склонен рассматривать **ПРАВО** как процесс **а)** правообразования и **б)** правореализации.
  - Фуллера интересуют
    - 1) различные типы правовых отношений (правового процесса),
    - 2) источник их легитимности и
    - 3) внутренняя моральность.

**ВАЖНО:** Фуллер подчеркивает, что **конечные ЦЕЛИ права:** **а)** свобода, **б)** безопасность, **в)** справедливость, **г)** равенство, могут быть достигнуты

- 1) с помощью определенных средств,
- 2) в той или иной форме, правоотношений.

**НО!** Каждой разновидности отношений свойствен свой специфический способ регулирования.

# МОРАЛЬ ФУЛЛЕРА

- Итак, Фуллер написал неклассический труд сторонника "естественного права» в 60-х.
- Он различает два типа морали - **морали стремления** и **морали долга**.
- А он рассматривает социальные факторы (или божественные причины), в соответствии с которыми каждое общество по своему устанавливает высоту "верхней и нижней планки»: идеалов и нижних пределов эффективности взаимодействия общества.
- Где идеалы - это естественное право, предел эффективности – это действующее в государстве статутное право.

## **НО! Общества отличаются:**

а) одни общества требуют чтобы все члены "взлетали ввысь",

б) другие жёстко требуют чтобы не надали "ниже плинтуса".

**ВАЖНО:** Вообще, в какой степени разные общества допускают свободное скакание личности снизу вверх и обратно по "степени моральности" поступков в пределах:

**"Разрешено всё, что не запрещено законом, но разрешённое нельзя совершать с поспешностью"**

**«Запрещено все, что не разрешено законом»**

**ЗОЛОТАЯ СЕРЕДИНА:** "Разрешено всё, что не запрещено законом, но разрешённое нельзя совершать с поспешностью".

**ВЫВОД:** каждое общество на этой шкале ставит планку и смещает в ту или иную сторону общественную мораль - одни общества в сторону морали долга, другие - стремления.

**КСТАТИ:** ФУЛЛЕР указывает на то, что традиции, состояние общества, выгодность больше карать или больше доверять... связано с разными типами обществ,

**НО!** что лежит в основе типологии общества не указывает.

# НЕПОЛНОТА ТЕОРИИ ФУЛЛЕРА

**СУПЕР:** Итак, у Фуллера вопрос о том, каким же должно быть «**хорошее право**» в смысле его социально-политического содержания, остается **открытым**:

вернее, он просто выводится **за** рамки рассмотрения.

**ВАЖНО:** Возможно, это и **верно** с точки зрения формального правоведения.

**ВЕДЬ:** даже **развитая правовая система** отнюдь **не** всегда гарантирует «**правильность**» политических, социально-экономических и прочих решений.

- **Могут ли оценки такого рода входить в задачу правоведения?**

**ВЫВОД:** Утвердительный ответ на этот вопрос будет означать, что юристы берут на себя **непосильную ношу**, подменяя собой **а)** философов, **б)** экономистов, **в)** социологов, **г)** политологов и **д)** практикующих политиков.

- Все это так.

**НО!** поиск критерия «хорошего» права продолжается и, видимо, будет продолжаться всегда, до тех пор пока будут существовать право и правоведение.

# КРИТИКА ВЗГЛЯДОВ ФУЛЛЕРА

- Критика взглядов Л. Фуллера **не** учитывала того, что замыслом американского юриста было создать такую концепцию, которая могла бы быть **ориентиром** для юристов и законодателей (а не описанием «того, что есть»).
- Концепция права Л. Фуллера обладает своеобразным **«иммунитетом»** против критиков от сущего, в силу
  - а) представления о «хорошем человеке» и
  - б) идее о конструировании правовой реальности наукой.
- В действительности, критика концепции права Л. Фуллера должна сосредоточить внимание на вопросе о том, **удалось ли ученому достичь поставленной цели создать ориентиры для «архитекторов социальной реальности».**

**ВЫВОД:** Но в таком случае следует заключить, что концепция обладает неполнотой в части проблем **а)** создания «**вторичных правил**» (в терминологии Г. Харта), **б)** принуждения, **в)** соотношения общих норм и индивидуальных предписаний,

**КСТАТИ:** это не лишает данную концепцию принципиальной ценности.

- Сравнение взглядов Л. Фуллера с «прагматическим инструментализмом» проводится по тому критерию, как представители того или иного направления рассматривали актуальную на тот момент в США проблематику юриспруденции:
  - а) проблемы ценностей в праве,
  - б) соотношения средств и целей,
  - в) действительности права и его создания,
  - г) отношение к праву в связи с социальными науками,
  - д) формы социального порядка,
  - е) проблему принуждения,
  - ж) роль должностных лиц,
  - з) меру успеха юридической деятельности.
- Отказываясь от ряда идей, присущих «прагматическим инструменталистам», Л. Фуллер признает состоятельность некоторых из них.



# ПОСЛЕСЛОВИЕ

- Фуллер утверждает, что **ПРАВО** является деятельностью, которая заключается в «попытке покорить поведение людей правилам».
- Каждая из восьми упомянутых недостатков формирует отдельный принцип: избежание соответствующего недостатка при нормотворчестве.
- Если хоть один из этих восьми принципов нарушен, то система регулирования не является правовой.
- Чем ближе система приближается к ним, то ближе он становится к идеалу, хотя на практике всегда возникает необходимость **КОМПРОМИССОВ**.
- Эти принципы, замечает Фуллер, составляют «внутреннюю мораль права», а их соблюдение ведет к в целом справедливому праву - подальше от права плохого.
- «Внутренняя мораль» права относится к «**морали стремление**» - требований, соблюдение которых не является и не может быть обязательным, но которое служит достижению идеала - в противовес «**морали долга**», совокупности минимальных требований к деятельности, нарушение которых влечет за собой ответственность.
- «Внешнюю мораль права» составляют, по Фуллером, требования справедливости самих норм права по сути, принадлежности предмета регулирования и т.д.

# РОНАЛЬД ДВОРКИН

- Фуллер существенно повлиял на **Рональда Дворкина**, который в то время был студентом юридического факультета Гарвардского университета.

# ИСТОРИЯ ЛИБЕРАЛИЗМА

- Либерализм просуществовал **три** сотни лет не просто как некоторая теоретическая конструкция, а как идеология, определяющая политику многих западных стран,
- либерализм прошел проверку временем и достиг впечатляющих успехов в устранении иерархических преград, **сдерживающих** индивидуальную свободу, обеспечив гражданам широкие возможности участия в социальной жизни.
- Его основополагающие принципы стали фундаментом социально-политической и правовой реальности в этих странах, а разработанный либералами **политический язык прав человека** прочно вошел в культуру и психологию людей.

**НО! А)** проводимая правящими либеральными партиями политика имела и **Б)** негативные последствия (дестабилизирующие процессы экономического роста, усиление политического влияния группировок, лоббирующих частные интересы, и т.п.).

**ВЫВОД:** Поэтому стало популярным мнение, будто либерализм как идеология **А)** исчерпал свои возможности и **Б)** переживает глубокий кризис.

**КСТАТИ:** В деятельности либералов стали усматривать истинный социальный и культурный дисбаланс. Это

# ЭГАЛИТАРНЫЙ ЛИБЕРАЛИЗМ

## Антиномии современности:

А) Свобода и равенство,

Б) индивидуальные права и социальная интеграция,

В) справедливое и эффективное общественное устройство

**ВАЖНО:** ценность каждого из этих идеалов бесспорна.

**НО!** Сложно и в теории и на практике

1) примирить эти идеалы,

2) разрешить столь часто возникающие конфликты между вытекающими из них требованиями.

**ВЫВОД:** Эту задачу, а параллельно с ней и задачу обновления либеральной политической философии, попытались выполнить так называемые «**эгалитарные**» либералы - американские философы

А) Джон Ролз и

# ДЖОН РОЛЗ

- Джон Ролз – известный американский философ,
- основоположник **либерально-государственной** концепции внутреннего и международного права, в значительной степени лежащей в основе современной политики США.
- Известен как автор **«Теории справедливости»** — одного из самых значительных философских трудов XX века.

**ВАЖНО:** Этой книгой Джон Ролз возродил интерес к философии и стал одним из самых цитируемых современных философов.

## БИОГРАФИЯ

- Джон Ролз окончил Принстонский университет в 1943 г.,
- а затем ушёл в армию и служил в пехоте в Новой Гвинее, в Японии и на Филиппинах.
- Вернувшись в США, он защитил в том же университете диссертацию.
- на протяжении всей жизни преподавал в крупнейших университетах
  - А) США** (Корнельском, Гарвардском, Массачусетском технологическом институте) и
  - Б) Великобритании** (Оксфорд).

# ОСНОВНЫЕ РАБОТЫ

- Среди основных трудов Ролза можно назвать такие работы, как
- **«Теория справедливости»** (англ. A Theory of Justice; 1971),
- **«Политический либерализм»** (англ. Political Liberalism; 1993) и
- **«Закон народов»** (англ. The Law of Peoples; 1999),
- **«Идеи блага и приоритет права»**, 1998.

# МЕТОДОЛОГИЯ

- Возродив традиции исследований в сфере политической и юридической философии, Ролз утверждал, что для данных общественных дисциплин понятие **"справедливость"** должно обрести категориальный статус, сопоставимый с положением терминов **"истина"** для гносеологии и логики и **"красота"** для эстетики.



# ЛИБЕРАЛИЗМ РОЛЗА

- С классическим либерализмом Милля и Бентама концепцию Ролза роднит признание а) неприкосновенности индивидуальных прав и свобод, б) принципа равенства граждан, в) принципа веротерпимости и т.д. Однако Ролз, в противовес Бентаму, отвергает утилитаризм как способ обоснования этих принципов. Ролз следует за **Кантом**, считавшим, что никакие эмпирические принципы (а к их числу относится и утилитаристский принцип пользы) не могут служить основанием морального закона и, следовательно, надежным гарантом прав и

# ПРАВА И СВОБОДЫ ПО РОЛЗУ

- Их значение столь велико, что никакие соображения общей пользы, благосостояния или счастья **не** могут оправдывать их нарушение. Поэтому в фундамент современного либерализма положена следующая идея: **индивидуальные права и свободы образуют неотъемлемую часть справедливой структуры общества**, ибо справедливость невозможна **без** признания автономии человеческой личности и предоставления каждому человеку права реализовать свою свободу – при условии признания прав и свобод других людей. Такое обоснование индивидуальных прав и свобод, согласно Ролзу, **не** предполагает никакого доминирования понятия блага. Принципы справедливости, не опирающиеся на общую концепцию блага, лишь задают структуру основных прав и свобод, в рамках которой **отдельные индивиды** – каждый со своими целями, интересами и убеждениями – получают возможность претворять в жизнь свои представления о благе.

# ГОСУДАРСТВО

- Как полагает Ролз, государство призвано поддерживать справедливую структуру общества, а **не** навязывать своим гражданам некий, якобы предпочтительный образ жизни или некую систему ценностей: к примеру, гарантировать свободу слова государство должно не потому, что свободные политические обсуждения предпочтительнее безразличия к общественным делам и что они способствуют общему благополучию, а в силу того, что свобода слова позволяет гражданам выбирать свои цели и выражать свои взгляды. **Государство**, следовательно, обязано выступать **нейтральным арбитром** в конфликтах и спорах индивидов, имеющих различные представления о благе. Государство **не** должно отдавать предпочтения ни одной из индивидуальных позиций. Требование нейтральности государства как некое логическое завершение и обобщение либерального принципа **веротерпимости** – ключевая характеристика концепции Ролза.
- Таким образом, одна из главных особенностей представленной Ролзом теории – это **стремление философски обосновать либеральные принципы, не опираясь на утилитаристскую этику и предполагая нейтральность государства.**

## ТЕОРИЯ ОБЩЕСТВЕННОГО ДОГОВОРА В КОНЦЕПЦИИ РОЛЗА

- Для обоснования своей концепции либерализма Ролз считает необходимым возвратиться к теории общественного договора. Но в противовес классическим версиям этой теории Ролз пересматривает понятие общественного договора: для него это не соглашение о подчинении обществу или правительству, реально заключенное нашими предками или заключаемое нами самими, а некоторая **идеальная гипотетическая ситуация**, в которую как бы помещают себя люди, выбирающие принципы справедливого социального устройства.

# ИДЕЯ ИСХОДНОЙ ПОЗИЦИИ

- Ключевыми для понимания общественного договора, считает Ролз, являются две идеи. Речь идет об "**исходной позиции**" и "**покрове неведения**". Исходная позиция, по замыслу Ролза, моделирует ситуацию выбора, которая обеспечивает свободу и равенство для каждого из его участников.
- В определенном смысле исходную позицию можно истолковать опять-таки как гипотетический процесс заключения "сделки" между гражданами, членами сообщества, в котором каждый человек, действуя рационально и преследуя собственный интерес, стремится к самому выгодному для себя результату. Если бы в этой ситуации люди точно знали, как именно распределены между ними такие "случайные с моральной точки зрения" атрибуты как социальное положение и природные таланты, то достигнутое соглашение отражало бы сложившиеся **неравенство** и оказывалось бы более выгодным для тех, на чью долю уже выпала удача. Справедливость же требует, чтобы сделка была заключена на честных условиях.

# ИДЕЯ ПОКРОВА НЕВЕДЕНИЯ

- Предпочтительно, чтобы каждый, кто в исходной позиции выбирает принципы справедливого социального устройства, очутился как бы за "**покровом неведения**" в отношении и себя самого, и общества, в котором он живет. За этим стоит то простое соображение, что человек, в точности не знающий, какое именно место он займет в обществе, постарается выбрать принципы, способные обеспечивать справедливые и благоприятные условия для каждого, а значит и для него самого. "Покров неведения", согласно Ролзу, должен быть накинута и на представления людей о **благ**. Для того чтобы выбор был справедливым, люди должны не добиваться соглашения, которое было бы наиболее выгодным с точки зрения их собственного представления о благе, а стремиться защитить свою свободу, "формулировать, пересматривать и рационально следовать" этим представлениям о благе. Именно свобода решать, в чем состоит ценность жизни, и действовать в соответствии с этим собственным свободным решением, внося в него при необходимости изменения и исправления, имеет, по Ролзу, более кардинальное значение для определения принципов справедливости, чем сами конкретные представления людей о благе.

- Какие же принципы справедливости будут, согласно Ролзу, выбраны людьми, окажись они в исходной позиции? Основное содержание теории справедливости Ролза и состоит в обосновании того, что люди в исходной позиции выберут **два** принципа справедливости. Согласно первому принципу (принципу равных свобод), "каждый человек имеет равное право на максимально широкую систему равных основных свобод, совместимых с аналогичной системой свобод для всех". По Ролзу, **каждый человек выберет общество, обеспечивающее максимальную индивидуальную свободу**, поскольку такая свобода служит основным источником его социальных надежд. Итак, первый принцип Ролза - это по существу принцип системы свобод. Основные свободы это 1) политическая свобода (принцип "равного участия" в политических процедурах, определяемых конституцией), 2) правление закона, или правовое государство, 3) свобода совести.
- Второй принцип справедливости Ролза (который по существу включает два принципа) формулируется так: "социальные и экономические неравенства должны быть урегулированы таким образом, чтобы они вели к наибольшей выгоде наименее преуспевающих" (принцип дифференциации) и "чтобы связанные с ними должности и посты в обществе были открыты для всех при условии честного соблюдения равенства возможностей" (принцип равных возможностей).

- Принципы справедливости Ролза опираются на стратегию, известную в теории игр как "maximin" и предполагающую максимизацию минимального результата. Итак, согласно Ролзу, человек в исходной позиции неизбежно выберет общество, в котором наименее преуспевающие окажутся в положении, наилучшем из возможных. Принципы справедливости предполагают строгую иерархию: принцип равных свобод имеет приоритет перед принципом дифференциации, а этот последний - перед принципом равных возможностей. Надо упомянуть еще о двух понятиях концепции Ролза, которые также имеют значение принципов. Это "**сбережение**" и "**приоритетность**". Принцип сбережения вменяет в обязанность людям каждого нынешнего поколения выполнять долг в отношении поколений будущего, сберегая для них ресурсы, предоставляя максимальные возможности для реализации их жизненных потребностей. Принцип приоритетности (или соотношения приоритетов) выдвигает на передний план именно основополагающие права и свободы человека, а в случае конфликта между политическими свободами и экономическим благополучием требует ни в коей мере **не** жертвовать первыми в пользу вторых. Основополагающие права и свободы человека вообще **не** должны становиться предметом какого бы то ни было



# ЗАКЛЮЧЕНИЕ

- Подводя итог, можно сказать, что теория Ролза представляет собой вариант дистрибутивной теории справедливости: справедливость рассматривается лишь в контексте распределения "первичных благ", которые Ролз определяет как класс вещей, необходимых для реализации любого рационального жизненного плана; в их числе основные права и свободы, доход, благосостояние и возможности самореализации человека. Однако вопросы справедливости возникают и в ином контексте, например, когда нужно воздать человеку за совершенное им, определить меру вознаграждения или наказания. Если справедливость в первом, дистрибутивном, смысле связана с понятием права (права на определенную долю при распределении), то во втором смысле - с понятием заслуги.