

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

- **Иеремиа 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 **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 долженствования 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 завершённую 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 **двойко**.

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) правогагарантирующими 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 креацианизма 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 лопаается 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 ПРОКОРОЛЯ 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.