

Министерство образования и науки Российской Федерации
Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего образования
«Владимирский государственный университет
имени Александра Григорьевича и Николая Григорьевича Столетовых»

Е. А. БАЖЕНОВА

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА Г. Л. А. ХАРТА

Учебное пособие



Владимир 2016

УДК 340:1
ББК 67.00
Б16

Рецензенты:

Кандидат юридических наук, доцент
зав. кафедрой административно-правовых дисциплин
Владимирского филиала Российской академии народного хозяйства
и государственной службы при Президенте Российской Федерации
О. Р. Рузевич

Кандидат юридических наук, доцент
зав. кафедрой гражданского права и процесса
Владимирского государственного университета
имени Александра Григорьевича и Николая Григорьевича Столетовых
Т. В. Кивленок

Печатается по решению редакционно-издательского совета ВлГУ

Баженова, Е. А.

Б16 Философия права Г. Л. А. Харта : учеб. пособие / Е. А. Ба-
женова ; Владим. гос. ун-т им. А. Г. и Н. Г. Столетовых. – Вла-
димир : Изд-во ВлГУ, 2016. – 92 с. – ISBN 978-5-9984-0690-4.

Цель настоящего учебного пособия – обзор основных аспектов теории британского философа права Г. Л. А. Харта – ведущего представителя аналитической юриспруденции второй половины XX века. Пособие включает краткую биографическую справку Г. Л. А. Харта, текст лекции, задания для подготовки к семинарским занятиям: вопросы для развернутой беседы, фрагменты для комментированного чтения, темы докладов и содокладов для диспута, упражнения на развитие самостоятельности мышления и др.

Предназначено для студентов 1 – 2-го курсов магистратуры дневной и заочной форм обучения (направление подготовки 40.04.01 – Юриспруденция).

Рекомендовано для формирования профессиональных компетенций в соответствии с ФГОС ВО.

Библиогр.: 20 назв.

УДК 340:1
ББК 67.00

ISBN 978-5-9984-0690-4

© ВлГУ, 2016

ВВЕДЕНИЕ

Не будет преувеличением сказать, что фигура Герберта Л. А. Харта – центральная в юридической науке второй половины XX века. Его имя известно правоведам и широкой юридической общественности далеко за пределами мира общего права. По словам многолетнего теоретического оппонента Харта, гарвардского профессора Лона Л. Фуллера, «профессор Харт внес значительный вклад в развитие философии права. Я сомневаюсь, что затронутые им проблемы когда-либо снова примут форму, которую они имели до того, как на них были опробованы его аналитические способности»¹. Это мнение, высказанное в несколько иронической форме в самом начале блестящей критической статьи Фуллера в адрес Харта, тем не менее предельно точно характеризует роль британского ученого в юриспруденции второй половины XX века. Харт предложил фундаментальную теорию права, включающую его «собственные решения основных проблем юриспруденции»². Теория эта впоследствии подверглась сокрушительной критике по многим направлениям, вследствие чего ее объяснительные возможности уже не кажутся сегодня такими значительными, как в период расцвета научного творчества Харта.

Тем не менее вовсе не случайно то, что многочисленные полемические работы и современные теории права отталкиваются именно от идей Харта. Его творчество придало сильнейший импульс развитию юридической науки во второй половине XX века и явилось отправной точкой для многих интересных и оригинальных исследований.

¹ Фуллер Лон Л. Позитивизм и верность праву: Ответ профессору Харту // Правоведение. 2005. № 6. С. 124.

² Фуллер Лон Л. Мораль права. М. : ИРИСЭН, 2007. С. 160.

Сегодня идеи Г. Л. А. Харта носят характер, скорее, не актуальных, а классических, «хрестоматийных», и знакомство с ними – важный этап в формировании профессиональной грамотности любого специалиста в области права. Однако для отечественной юридической науки имя Харта и его представления о праве все еще во многом являются экзотическими. Главный труд британского теоретика «Понятие права» был впервые опубликован на русском языке в 2007 г. и до сих пор не нашел достаточного отражения в большинстве учебников по теории и философии права, истории правовых учений. Хотя ряд российских исследователей, такие как Е. В. Афонасин, А. Б. Дидкин, С. Н. Касаткин, С. В. Моисеев, В. В. Оглезнев и некоторые другие, пристально интересуются творчеством Харта, последнее все еще остается за рамками не только научных интересов, но и осведомленности подавляющего большинства российских правоведов. Все это не может не сказываться отрицательно на состоянии отечественной юридической науки и образования. В таких обстоятельствах любое внимание к наследию Харта как в юридических научных исследованиях, так и в процессе обучения юристов представляется очень важным. Этими соображениями и вызвана публикация настоящего учебного пособия, которое задумано как своеобразный «путеводитель» по теории Харта для студентов и включает шесть тем, каждая из которых освещает тот или иной аспект творчества британского философа права.

Г. Л. А. ХАРТ: ЖИЗНЬ И ТВОРЧЕСТВО

Герберт Лайонел Адольфус Харт (18 июля 1907 г. – 19 декабря 1992 г.) – один из наиболее выдающихся философов права второй половины XX века. Он был профессором юриспруденции в Университете Оксфорда и ректором Брайсеноуского колледжа. Самой знаменитой его работой стала книга «Понятие права» (1961 г.), в которой он переопределил предмет юриспруденции, существенным образом переосмыслив «классический» позитивистский подход Джона Остина.

Харт родился в 1907 г. в Хэррогейте в семье успешного еврейского портного Симеона Харта и дочери польских торговцев Роуз Самсон Харт. Будущий теоретик учился в Челтенхем колледже, Грамматической школе Брэдфорда и в «Нью колледже» (Оксфорд). Особенно преуспел он в освоении античной классики и философии. Он блестяще сдал выпускные экзамены в 1929 г., однако вместо того, чтобы продолжить изучение философии, стал изучать право, и в 1932 г. был принят в адвокатуру.

Харт практиковал в качестве барристера с 1932 по 1940 гг., а во время Второй мировой войны работал в британской контрразведке.

Харт женился на Дженифер Фишер Уильямс (служащая Министерства внутренних дел, а позже – историк в Колледже Св. Анны в Оксфорде. Д. Ф. Уильямс специализировалась, главным образом, в области истории полиции). В семье было четверо детей.

После войны Харт не вернулся к юридической практике, а принял приглашение преподавать философию в «Нью колледже», где вместе с Джоном Лэнгшо Остином с 1948 г. вел семинар по юридической и моральной ответственности. В этот период выходит наряду с другими его статья «Приписывание ответственности и прав», в которой он использует метод философско-лингвистического анализа применительно к юридическим понятиям.

В 1952 г. Харт был избран профессором юриспруденции в Оксфорде и летом того же года начал работать над «Понятием права». С 1959 по 1960 гг. он являлся президентом Аристотелевского общества. В качестве приглашенного профессора Харт преподавал в Гарварде с 1956 по 1957 гг. и в Университете Калифорнии в Лос-Анджелесе с 1961 по 1962 гг.

Многие из студентов Харта позднее стали видными представителями философии права, морали и политики. Среди них – Брайан Барри, Джон Финнис, Нил МакКормик, Джозеф Рац и Рональд Дворкин. Харт также оказал глубокое влияние на молодого Джона Ролза в 1950-х, когда тот работал в Оксфорде как приглашенный ученый вскоре после защиты диссертации.

Харт осуществил революцию в методах юриспруденции и философии права в англоговорящем мире. Под влиянием Джона Л. Остина и Людвиг Витгенштейна он стал использовать инструменты аналитической и в особенности лингвистической философии для анализа центральных проблем философии права.

Метод Харта сочетал в себе тщательный анализ, характерный для аналитической философии XX века, с юридической традицией Иеремии Бентама, знаменитого английского философа права, политики и морали. Концепция права Харта имеет параллели в «Чистой теории права» австрийского философа Ганса Кельзена, хотя Харт и отвергал некоторые характерные черты теории Кельзена.

В 2004 г. в издательстве «Oxford University Press» вышла книга о жизни Харта «Ночной кошмар и Благородная мечта» английской исследовательницы Николы Лэйси.

Джон М. Келли. Понятие права

(из книги «Краткая история западной теории права»*)

Со времени, когда Остин вслед за Бентамом определил право как команду суверена, адресованную тем, кто по привычке ему подчиняется, и подкрепленную угрозой наказания в случае неповиновения, это определение являлось отправной точкой при изучении юриспруденции в мире общего права вплоть до окончания Второй мировой войны. В Британии начала 1950-х, писал Нил МакКормик, «юриспруденция как общее изучение права и правовых идей находилась в состоянии застоя». Что изменило эту картину, пробудив большой интерес также за пределами мира общего права, так это проникновение в юриспруденцию новой философии лингвистического анализа, источником которого были как работа Людвиг Витгенштейна, австрийца, проработавшего несколько лет в Кембридже, и группы оксфордских

* Перевод выполнен по кн.: A Short History of Western Legal Theory by J. M. Kelly. Oxford : Clarendon Press, 1992. P. 402 – 409. (Пер. с англ. Е. А. Баженовой).

философов, в особенности Джона Лэнгшо Остина и Гилберта Райла. Это проникновение случилось благодаря назначению на должность профессора юриспруденции в Оксфорде Г. Л. А. Харта, юриста, проявлявшего сильный интерес к философии, который в своей инаугурационной лекции «Определение и теория в юриспруденции» уже в некоторой степени объявил свою программу: тогда как ранее юридическая наука стремилась постичь идеи, изначально давая определение и воздвигая теорию «на заднем плане» определения и впоследствии разрешая трудности, Харт предложил, следуя языковому подходу новой философии, изучать вместо этого употребление и окружение *слов*, применяемых в юридическом дискурсе, надеясь прийти через понимание того, что люди в действительности имеют в виду, когда они используют термин, а также роли, которую такое использование играет в социальном существовании, к более полезной картине правовой реальности, имеющейся в их сознании. Окончательное изложение этой юриспруденции появилось в 1961 г., когда Харт опубликовал книгу «Понятие права», которая тут же заняла центральное место в англо-американской теории права и продолжала сохранять его в последующие тридцать лет. Будучи ни очень длинной, ни досконально проработанной, она породила безмерное количество литературы и должна рассматриваться, какие бы недостатки в ней ни были обнаружены, одной из основополагающих работ в юриспруденции XX века; только в случае с этой книгой авторы «Введения в юриспруденцию Ллойда» не привели ни одной цитаты из нее на том основании, что книга должна быть целиком прочитана каждым студентом, изучающим право¹.

Отправным пунктом для Харта служит радикальная критика остиновой модели права как команды, подкрепленной санкциями. Некоторые недостатки этой «императивной» концепции права уже давно отмечались; к примеру, она не могла объяснить – иначе как включив их в субправовую категорию «позитивной морали» – международное право или ранние (либо современные примитивные) правовые системы; и идентификация суверена, который обладал центральным значением для теории, не была простым вопросом. Но Харт сосредоточился на неспособности теории охватить многие части даже внутригосударственной системы того, что мы называем правом. Она может хо-

¹ Hart H. L. A. The Concept of Law. Oxford, 1986. P. 79.

рошо подойти для простого уголовного права, которое определяет нарушение в статуте и сопровождает его наказанием. Но в правовой системе, как она обычно понимается, есть много другого, что не может быть сведено к формуле Остина. Существуют, к примеру, «правила изменения» – нормы, которые позволяют как частным индивидам изменять свой правовой статус, к примеру, принимая на себя обязательства, которыми они до этого не обладали, так и законодателю изменять закон. Простой пример такого «наделяющего властью» правила в частной сфере – правило, которое позволяет людям заключать налагающие обязательства договоры друг с другом; другой – закон, который предписывает формальности, необходимые для составления действительного завещания. Множество норм о завещаниях и договорах не может быть названо чьими-то командами, еще меньше о них можно сказать, что они подкреплены санкциями, не искажая языка и не затемняя того места, какое эти правила действительно занимают в социальном существовании (возражение против любой теории, которая искажает реальную жизнь, вновь и вновь повторяется Хартом). «Командная» модель не может быть спасена в случае с завещаниями, например, с помощью утверждения, что неспособность удовлетворить требованиям статута в отношении свидетелей, поскольку она означает, что инструмент недействителен, несет в себе санкцию ничтожности, поскольку ничтожность есть просто неотделимое логически сопутствующее обстоятельство, а вовсе не логически независимое и отдельно предписываемое наказание за неспособность надлежащим образом привести в действие предлагаемый правовой системой инструмент определения посмертного распоряжения чьим-либо имуществом. В публичной сфере конституционные, статутарные и процессуальные нормы, с помощью которых легислатура изменяет закон (путем дополнения, исключения или доработки), по сходным соображениям не могут быть сведены к командам.

Императивная модель также бесполезна при объяснении «правила признания», которое имеется в любой правовой системе и которое представляет собой простой способ обозначить комплекс конституционных правил, положений закона и судебных прецедентов, говорящих нам, что считать законом. Документ может претендовать на то, чтобы быть «Законом о государственном бюджете на 1990 год», однако необходимы критерии, чтобы отличить его как закон от чего-то,

что, скажем, выдумал и издал мошенник. Эти критерии проистекают из конституционных норм о структуре, сфере компетенции и способе функционирования законодательного органа вместе с любыми подчиненными нормами по этому же вопросу, принятыми самой законодательной властью; и толкование Закона будет осуществляться по правилам, главным образом, судебным, придающим юридическую силу статье (но отказывающим в такой силе заметке на полях) и определяющим сферу ее действия. То, что такое правило признания необходимо существует, очевидно из рассмотрения даже простейшего случая закона, который, как допускается в целях обсуждения, вписывается в модель Остина, – уголовного статута. Такой закон в государстве, подобном нашему, распространяется на всех, включая членов парламента, который его принял. Вытекающей из этого явной абсурдности суверена (который предположительно никому другому по привычке не подчиняется), отдающего команды себе под угрозой наказания себя, можно избежать, если мы разграничиваем качества члена парламента в его соответствующей роли и в роли частного гражданина. Но такое разграничение возможно, только если прибегнуть к предшествующему правилу признания, не поддающемуся формулировке в качестве команды. Это что-то, что может просто в целом признаваться людьми, которые работают в системе.

Система также нуждается в правилах суда, иными словами, в аппарате для решения в случае конфликта, как следует применить закон; правила суда также не могут быть сведены к модели приказов, подкрепленных угрозами. Харт объединяет правила суда вместе с правилами изменения и признания в категорию, которую он называет «вторичные правила» и которая в любой правовой системе должна сопровождать «первичные» правила, налагающие обязанности. Идея правила – которая, как Харт свободно допускает, обладает психологическим («внутренним») и социальным измерениями (последнее характеризуется как «принятие»), таким образом помещая ее в совершенно другую плоскость по сравнению с кельзеновой «чистой», формалистической теорией иерархии норм – имеет центральное значение для его системы: понятие права есть «единство» этих первичных и вторичных правил, и в этом единстве, как он думает, «лежит то, что, как Остин ошибочно заявлял, он нашел в понятии принуждающих приказов, а именно «ключ к науке юриспруденции». Верно, что

устранение идеи «команда-плюс-санкция» само по себе не решает проблему того, как отграничить правовые нормы от моральных, но Харт не придает ей слишком большого значения. Это все вопрос статуса той или иной нормы в том, что касается ее признания и использования обществом, и той степени давления, которое оно оказывает, чтобы получить поведение, следующее этим нормам:

Правила воспринимают и говорят о них как о предписаниях, налагающих обязанности в том случае, когда существует настоятельное общее требование им соответствовать, подкрепленное значительным давлением со стороны социума против тех, кто не соблюдает их или пытается не соблюдать. Подобные правила могут по происхождению полностью основываться на обычаях; может не существовать централизованной системы наказания для тех, кто их нарушает, а давление со стороны общества может сводиться лишь к всеобщей неодобрительной или критической реакции, не подкрепленной физическими санкциями. Она может состоять в словесном осуждении или призыве уважать нарушаемое правило, а также опираться на чувство стыда, раскаяния или вины. В последнем случае правила можно классифицировать как относящиеся к морали данной социальной группы, а обязанности, возникающие в результате, как моральные обязанности. Напротив, если физические санкции возможны или типичны для давления определенного рода, даже если они не определены и не осуществляются официальными лицами, но обществом в целом, мы склонны считать такие правила примитивной или рудиментарной формой права¹.

В полностью развитом обществе, конечно же, со сложными правилами признания, предназначенными, чтобы разграничить строгое право и то, что является всего лишь моральными предписаниями, не будет необходимости проверять, как нормы используются обществом; однако даже здесь сами правила признания зависят от их признания.

Харт уделяет особое внимание суверену, предполагаемому моделью Остина. Кратко его атака на эту концепцию ведется по двум направлениям: проблемы предполагаемого «повиновения по привычке», оказываемого суверену; и поиски лица или группы лиц в каком-либо государстве, сфера власти которых в действительности юриди-

¹ См.: Харт Г. Л. А. Понятие права / пер. с англ. под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб. : Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2007. С. 92.

чески не ограничена. Трудность с «повиновением по привычке» возникает в нескольких отношениях. Если мы можем представить себе кого-то вроде гоббсова Левиафана, которому подданные повинуются достаточно долго для того, чтобы это стало для них привычным и автоматическим, не будет ли это подразумевать анархического междуцарствия после смерти Левиафана до того момента, когда другое лицо успешно сформирует в подданных такую же привычку к повиновению в отношении себя? Этого можно избежать только путем постулирования правила признания, принятого до смерти Левиафана, которое регулирует порядок наследования ему; и это правило не может быть остиновой командой, потому что *ex hypothesi* Левиафана, который мог бы потребовать ее исполнения, уже нет. Более того, старая модель не в состоянии без другого правила признания, обеспечивающего преемственность права, объяснить, как статуты, принятые при одном суверене или парламенте, могут все еще иметь силу бесконечно долгое время при его наследниках. Что до выявления «суверена» с неограниченной властью, нужно только заглянуть в писанные конституции, обычные для западного мира, которые налагают ограничения на законодательный орган, обязывая его соблюдать определенные стандарты или запрещая принимать те или иные виды законов; если отступить на шаг назад и принять за суверена народ, или электорат, он тоже ограничен, по меньшей мере, процедурно, поскольку множество законов регулирует те способы, посредством которых он дает знать о своей воле и претворяет ее в жизнь; в дополнение к возможности разграничить (как мы должны делать в случае с парламентом) обычного гражданина и гражданина как эффективного агента законотворчества (в какой роли, разумеется, он отдает приказы первому, хотя и опосредованно, и, возможно, угрожает его наказать, если тот не подчинится).

Этого должно быть достаточно для краткого изложения изначальной позиции Харта... Из множества реакций та, которая оказалась наиболее влиятельной, – реакция его собственного преемника на кафедре юриспруденции в Оксфорде американца Рональда Дворкина. Центральный пункт критики Дворкина, представленный в сборнике статей под названием «О правах всерьез», состоял в том, что правовые системы не могут быть полностью сведены к единственной модели норм. Наряду с нормами и часто работая с тем, чтобы модифици-

ровать их или даже свести их эффект к нулю в отдельных случаях, существуют также общие принципы, к которым суды обращаются при решении «сложных дел», т.е. таких, в которых применение «правила» в изначальном виде невозможно без того, чтобы не привести к несправедливости. Фактически к этой черте правовых систем внимание было привлечено не только намного ранее Дворкина, но и за несколько лет до появления «Понятия права» Харта немецким профессором Йозефом Эссером, книга которого “Grundsatz und Norm” («Принцип и правило») впервые появилась в 1956 г. Эссера интересовало исследование взаимодействия между статутарным правом – в континентальной традиции термин, по существу совпадающий с понятием права как такового – и его интерпретацией. В процессе своей работы, основанной на большом количестве сравнительного материала, он смог показать, что предполагаемое различие между судьей в системе континентального права, связанного текстом кодекса, и судьей в системе общего права, который свободен находить новые решения для новых случаев, являлось по большей части мнимым. Континентальный судья также фактически создавал и формулировал право под видом простого применения закона; и он делал это через обращение к внезаконодательным принципам в ходе отбора и использования параграфов своего кодекса. Не то чтобы это означало, что трансцендентное естественное право проникает в суд через заднюю дверь. Но то, что рассматривалось в качестве «общих принципов права», продолжало задействоваться в судебных решениях, когда текст статута, казалось, не мог охватить рассматриваемый случай, или же как отправная точка для того, чтобы дать статуту новую интерпретацию¹. То, что изначально могло быть моральным предписанием, способно было превратиться в своего рода максимум и вырасти также до принципа права: он ссылался на максимы английской справедливости и, конкретно (на английском), – на принципы «Никто не должен извлекать выгоду из собственного проступка или пользоваться преимуществами своего правонарушения» – пример, который впоследствии будет использован Дворкиным – и «Тот, кто выигрывает от действия, должен нести связанное с ним бремя расходов»².

¹ Josef Esser. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Tübingen : J. C. B. Mohr, 1956. 3rd edn., 1974. P. 8.

² Ibid. P. 99.

Дворкин выделяет еще один вид стандартов, который в некоторых контекстах нужно отличать от понятия принципов, а именно «стратегии», основные цели, приписываемые судом обществу, признание которых может играть некоторую роль в формулировании судебных решений по трудным делам. Коротко, этот вызов позиции Харта был построен на аргументе таких «трудных дел», в которых юристы фактически

прибегают к стандартам, которые не функционируют в качестве норм, а действуют иначе – как принципы, стратегии или стандарты иного рода. Я постараюсь показать, что позитивизм предлагает модель и образец системы норм, и его центральное понятие единственного фундаментального критерия права скрывает от нас важную роль стандартов, не являющихся нормами... «Стратегией» я называю стандарт, формулирующий необходимость достижения некоторой цели, обычно связанной с улучшением каких-то экономических, политических или социальных условий в обществе (хотя некоторые цели являются негативными – в том смысле, что они требуют защиты существующего положения от неблагоприятных изменений). «Принципом» я называю такой стандарт, который следует соблюдать не потому, что он способствует изменению или сохранению некоторой экономической, политической или социальной ситуации, а потому что он выражает некоторые моральные требования, будь то требования справедливости, честности и т. д.¹

Принципы и стратегии фундаментально отличаются от правил, по мнению Дворкина, поскольку, тогда как правила должны автоматически применяться в случае, когда имеет место сочетание парадигмальных условий для конкретного правила, эти другие стандарты – просто ценности или соображения, нуждающиеся в том, чтобы быть сбалансированными друг с другом; иногда они будут решающими, в других случаях они будут вытеснены или перевешены другими, противоположными ценностями. Такие элементы поэтому – как показал Эссер за двадцать лет до того – находятся вне структуры правил, однако дополняют последние в правовой системе. Соответственно лю-

¹ Дворкин Р. О правах всерьез / пер. с англ. под ред. Л. Б. Макеева. М. : РОССПЭН, 2004. С. 45.

бая удовлетворительная формулировка понятия права должна учитывать их. В особенности они необходимы, если мы хотим объяснить судебную инновацию, судебное «правотворчество» такого рода, какое можно увидеть в знаковом решении, как, например, *Donoghue v. Stevenson*¹, в котором то, что было обычной практикой – продажа розничным торговцем товаров, полученных от производителей в запечатанном состоянии, не допускавшем проверки, – было рассмотрено как порождающее на основе принципа «заботы о ближнем» обязательство производителя перед конечным потребителем, нарушение которого теперь стало возможным оспорить в суде, несмотря на отсутствие между ними договорных отношений; иными словами, этот принцип в тех особых условиях вытеснил прежде решающее правило договорных отношений.

Конечно, можно сказать, что идее правила можно придать широкое значение с тем, чтобы она охватывала основанные на принципах требования, которым правило может в конкретном случае подчиняться, и что разграничение, проводимое Дворкиным, больше словесное, нежели существенное. С другой стороны, различие на самом деле существует – схожее с разницей между юридическим и моральным предписанием – между правилом в узком смысле и принципом (или политикой): считается, что правила могут быть сознательно изменены или отменены, скажем, законодательным путем, тогда как то, что подразумевается под принципом, мы не рассматриваем как допускающее сознательный пересмотр. Его относительный вес в обществе может меняться со временем, как, например, роль принципа, согласно которому люди свободны заключать любые сделки, постепенно ослабевает в свете новых общественных представлений, и это изменение будет отражаться в действиях как суда, так и законодателя. Однако в любой конкретный момент времени корпус принципов рассматривается как лежащий в основе или превосходящий по отношению к корпусу правил и обладающий неотъемлемым качеством стабильности, которое отсутствует у правил².

¹ [1932] AC 562.

² См.: Harris J.W. *Legal Philosophies*. London : Butterworths, 1980. P. 172 – 177 ; Neil MacCormick. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford : Clarendon Press, 1978. P. 244.

Лекция. ТЕОРИЯ ПРАВА Г. Л. А. ХАРТА

Г. Л. А. Харт и методология философско-лингвистического анализа. Критика воззрений классиков юридического позитивизма.

Понятие права. Концепция открытой структуры права.

Взаимосвязь права и морали в теории Г. Л. А. Харта.

Международное право в теории Г. Л. А. Харта

1. Г. Л. А. Харт и методология философско-лингвистического анализа. Г. Л. А. Харт (1907 – 1992) – британский философ права, которого можно без преувеличения назвать центральной фигурой в юридической науке второй половины XX в. как в мире общего права, так и за его пределами. В 1952 г. Харт был назначен на должность профессора юриспруденции в Оксфорде. Он ввел в науку о праве метод философско-лингвистического анализа, разработанный под влиянием таких современных ему философов, как Людвиг Витгенштейн, Джон Лэнгшо Остин и Гилберт Райл. В статье «Приписывание ответственности и прав» (1951) Харт пишет о том, что предложения вида «Это – мое (твое, его и т.д.)» или «Это сделал я (ты, он и т.д.)» выполняют в языке функцию не *описания* (дескриптивные предложения), а *приписывания* прав либо ответственности (прескриптивные предложения). Такие предложения, по мнению Харта, сходны с исковыми заявлениями, обвинительными актами, признаниями, решениями и приговорами суда, поэтому логические особенности данных предложений могут быть лучше всего поняты при рассмотрении определенных особенностей юридических понятий, таких как «договор», «преступление», «причинение вреда» и т.п. На первый взгляд, судья при вынесении решения просто должен ответить «Да» или «Нет» на вопрос, входят ли представленные на рассмотрение суда факты в сферу формулы, определяющей необходимые и достаточные условия «договора» или конкретного преступления. Однако Харт считает, что некоторые особенности правовых понятий делают абсурдным использование в отношении них языка необходимых и достаточных условий. Дело в том, что на требование определить правовое понятие – «Что такое договор?», «Что такое причинение вреда?» – нельзя ответить, переведя юридическое понятие в другие термины или в однозначно определенное множество необходимых и достаточных условий. Обвинительные акты или иски можно оспорить либо

отклонить указанием на обстоятельства, которые подводят являющийся предметом рассмотрения случай под некоторое известное исключение. Так, в делах об убийстве можно сослаться на то, что обвиняемый был спровоцирован и находился в состоянии аффекта, в случае с договором – что ответчик был введен истцом в заблуждение при его заключении, поэтому договор нельзя признать действительным и т.п. Такое свойство юридических понятий Харт называет их *отменяемостью*. Нельзя определить, к примеру, договор перечислением его необходимых и достаточных условий, таких как наличие двух сторон, предложение одной из них, принятие предложения другой, в некоторых случаях – письменная форма, предмет договора и тому подобное, поскольку эти условия, хотя и необходимы, не всегда достаточны, и суд должен еще изучить, не существует ли каких-нибудь условий, *отменяющих* договор (к примеру, принуждение, введение одной стороной в заблуждение другой стороны, безнравственные цели и т.п.), причем перечень таких условий никогда не может быть исчерпывающим. Поэтому судья в своем решении не применяет формулу, идеально описывающую или квалифицирующую *все* факты дела (поскольку такой исчерпывающей формулы просто не существует), а *приписывает* ответственность или права, т.е. делает юридический вывод на основании *представленных* сторонами фактов. Соответственно решение суда может быть охарактеризовано как *правильное* либо *ошибочное, хорошее* или *плохое*, оно может быть *подтверждено* или *отменено* вышестоящей инстанцией, но оно не может быть *истинным* или *ложным*, так как выполняет принципиально другую функцию, нежели дескриптивные высказывания.

В своей программной статье «Определение и теория в юриспруденции» (1953) – это текст инаугурационной лекции, прочитанной Хартом при вступлении в должность профессора юриспруденции в Оксфорде, – ученый отмечает, что в сравнении с большинством обычных слов юридические термины аномальны. Дело в том, что юридические термины, такие как «корпорация», «субъективное право», «обязанность» и тому подобное, не имеют прямых аналогов в мире фактов (к примеру, корпорация – это не просто совокупность индивидов). Точно так же «субъективное право» часто определяют как «ожидание» или «возможность», но на самом деле эти слова вовсе не являются синонимами понятия «субъективное право». Харт выделяет четыре особенности юридического языка. Во-первых, юридиче-

ские понятия употребляются не сами по себе, а в сложном контексте, который в предельном случае составляет всю правовую систему конкретного общества. При этом выражения, содержащие правовые понятия, используются для того, чтобы апеллировать к правилам данной правовой системы, заявлять претензии или принимать решения в соответствии с такими правилами. Поэтому, во-вторых, функция выражений, содержащих правовые понятия, состоит не в том, чтобы описывать ту или иную фактическую ситуацию, а в том, чтобы делать юридический вывод на основании конкретной нормы и обстоятельств дела. В-третьих, утверждение типа «Смит имеет право на то, чтобы ему заплатили 10 долларов», сделанное судьей при разрешении дела, будет отличаться от его произнесения вне суда, где оно может быть использовано для того, чтобы заявить претензию, сделать признание и другими способами. Однако это не означает, как полагают представители юридического реализма, что во втором случае утверждение всегда будет предсказанием судебного решения. Не означает это и то, что мы можем определить право как то, что сказал суд. В-четвертых, области случаев, к которой применяется юридический термин, при- сущее большое разнообразие, и часто сложно выделить какой-либо принцип, стоящий за его применением. То есть ни один из случаев, к которым применяется юридический термин, может не составлять *значение* данного термина в большей степени, чем другие случаи, и тем не менее между всеми этими случаями могут быть какое-то сходство или аналогия.

Если мы хотим дать определения таких понятий, как «стул» или «кот», у нас не возникнет в этом трудностей, поскольку нам известна общая категория (мебели или животных), к которой относится одно или другое слово. Точно так же будет нетрудно определить, к примеру, понятие «общество с ограниченной ответственностью», показав, чем оно отличается от акционерного общества или других видов юридических лиц. Для этого мы так же должны будем сначала специфицировать общий класс явлений, к которому принадлежит то, что мы называем «обществом с ограниченной ответственностью», а затем – перечислить отличительные особенности, которые выделяют его среди других видов того же общего класса. Однако, если мы решим дать определение таким понятиям, как «субъективное право», «обязанность», «государство», «юридическое лицо» и тому подобное, нам не будет так легко это сделать, как в предыдущих случаях, поскольку

сами эти понятия аномальны. Ведь не существует ни общей категории, к которой относится то, что они могут обозначать, ни прямого фактуального аналога этих понятий, для обозначения которого можно употребить неюридическое понятие.

Для определения таких аномальных понятий Харт предлагает другой, новый метод. В качестве иллюстрации он приводит пример с игрой в карты и понятием «взятки» в этой игре. Если кто-то спрашивает: «Что такое взятка?», – то можно ответить: «Я объясню: у вас идет игра и среди ее правил есть одно, предусматривающее, что когда каждый из игроков сделал ход, то положивший самую высокую карту зарабатывает очко; в этих обстоятельствах говорят, что этот игрок ”взял взятку”». Это естественное объяснение не приняло форму определения отдельного слова «взятка»: для него не было предложено синонима. Вместо этого было использовано суждение, в котором слово «взятка» играет характерную для себя роль и объясняется, во-первых, посредством спецификации условий, при которых все суждение истинно, и, во-вторых, посредством того, как данное слово употребляется в ходе осуществления вывода на основании правил в конкретном случае.

По аналогии понятие «субъективное право» Харт определяет так:

(1) Утверждение формы «*X* имеет право» истинно, если удовлетворяются следующие условия:

(a) Имеется действующая правовая система.

(b) В соответствии с нормой или нормами этой системы некий другой человек *Y* в произошедших событиях обязан совершить некоторое действие или воздержаться от его совершения.

(c) Эта обязанность поставлена правом в зависимость от выбора или *X*, или какого-либо другого человека, уполномоченного действовать от его имени, так что *Y* обязан совершить некоторое действие или воздержаться от его совершения, либо только если в этом состоит выбор *X* (или какого-либо другого человека), либо (в качестве альтернативы) только до тех пор, пока *X* (или такой человек) не выберет обратное.

(2) Утверждение формы «*X* имеет право» используется для того, чтобы сделать юридический вывод в конкретном случае, подпадающем под соответствующие нормы.

Критика воззрений классиков юридического позитивизма

В самой известной своей работе «Понятие права» (1961) Харт обсуждает взгляды основоположника юридического позитивизма, британского правоведа Джона Остина, изложенные, главным образом, в книге последнего «Об определении предмета юриспруденции», опубликованной в 1832 г. Остин определяет право как приказ (команду) суверена, никому по привычке не повинующегося, обращенный к подданным, повинующимся ему по привычке, и подкрепленный угрозой на случай невыполнения. Харт рассматривает приказ, подкрепленный угрозой, на примере вооруженного грабителя, ворвавшегося в банк и требующего, чтобы клерк отдал ему деньги. Дело в том, что законы (даже уголовные, которые больше всего соответствуют модели Остина) отличаются от подобных приказов, во-первых, *общим* характером (они обращены к широкому кругу лиц) и, во-вторых, *продолжительным* характером своего действия.

Харт выделяет три группы возражений против остиновой модели закона. В первую входят возражения, касающиеся *содержания* законов. Дело в том, что наряду с Уголовным кодексом и некоторыми видами законов, устанавливающими ответственность за причинение вреда в гражданском праве, существуют важные классы законов, где аналогия с приказами, подкрепленными угрозами, не работает, поскольку они выполняют совершенно иные социальные функции. Правила, определяющие порядок составления договоров, завещаний, заключения браков, не требуют от лиц никаких действий, которые не зависели бы от их желания. Такие законы не налагают обязанностей или обязательств. Вместо этого они предоставляют лицам средства для осуществления их желаний, наделяя их правомочиями создавать с помощью специальных процедур системы прав и обязанностей в рамках принудительных структур права. Еще одним классом законов, которые наделяют властью (вместо того, чтобы налагать обязанности), но уже в публичной сфере, являются законы, регламентирующие деятельность законодателя и суда.

Представители классического юридического позитивизма пытались защитить тезис о фундаментальном единстве юридических правил, утверждая (Остин), что ничтожность договора или завещания, наступающая в случае, если не соблюдены правила их совершения, можно приравнять к санкции. Харт возражает, что, во-первых, ни-

чтожность далеко не всегда означает неблагоприятный исход для заинтересованных лиц. Кто-то может и выиграть от признания, к примеру, завещания не имеющим юридической силы. Во-вторых, он полагает, что в случае с уголовным законом санкция логически отделима от нормы, т.е. запрет убийства, например, не потеряет смысл даже в случае отсутствия санкции за его нарушение, в то время как процедурные требования к оформлению договоров и завещаний не обладают значимостью, если отсутствует такое последствие их несоблюдения, как ничтожность.

Кельзен и ряд других последователей Остина пытались представить правила, дающие власть, в качестве «фрагментов законов». Так, Кельзен писал, что конституционные нормы – это не независимые полные нормы; они – внутренне присущая часть всех правовых норм, которые должны применять суды и другие органы. Однако Харт утверждает, что единообразию при этом покупается очень высокой ценой, поскольку право выполняет более широкий круг функций, нежели просто удержание «плохого парня» от его нарушения. Право призвано помочь тому, кто решил привести в порядок свои дела, если ему объяснят, как это делать. Обладая правовой властью, частное лицо, которое классической теорией рассматривается лишь как носитель обязанностей, превращается в частного законодателя.

Вторая группа возражений в отношении модели Остина связана со сферой применения законов. По формуле Остина закон – это приказ, отданный законодателем *другим* людям. Однако чаще всего законы налагают правовые обязанности и на тех, кто их принимает. В этом смысле закон больше походит на *обещание*, которое связывает дающего его, нежели на *приказ*.

Наконец, третья группа возражений связана со *способом происхождения* правовых норм, т.е. с их *источником*. Если понимать под правом лишь принуждающие приказы, то очевидно, что все право обязано своим статусом закону сознательному правотворческому акту. Но как же тогда быть с юридическими обычаями? Как правило, в современных обществах обычай не является важным источником права, и законодатель может лишить обычное правило правового статуса. Но что делать, если законодатель не высказался относительно того или иного обычая? Последователи Остина используют идею «молчаливого приказа», как в случае с генералом, который видит, что

сержант требует от солдат выполнения определенной тяжелой работы, но молчит и тем самым позволяет солдатам выполнять эту работу. Харт возражает, поскольку, по его мнению, мы не можем знать истинных намерений генерала. Возможно, он сочувствует солдатам и думает, что они найдут способ уклониться от нелегкого задания. Еще больше проблем возникает с законодателем, который может вообще ничего не знать о существовании конкретного юридического обычая, поэтому идея сознательного молчаливого приказа к случаю с обычаем неприменима.

Что же касается такого элемента теории Остина, как «привычка к повиновению», то Харт при его анализе приводит в пример вымышленное государство, которым правит абсолютный монарх по имени Рекс. За продолжительное время его правления подданные привыкли повиноваться его приказам. Однако в конце концов Рекс умирает, оставляя после себя на престоле своего сына Рекса II. Как быть с первыми приказами нового монарха, если привычка повиноваться ему еще не сформировалась? Дело в том, отмечает Харт, что законность распоряжений Рекса II основывается не на привычке, а на том, что он получил престол согласно определенным правилам, устанавливающим порядок наследования престола.

Точно так же положение о «привычке к повиновению» не может объяснить и такую черту права, как его *сохранение* в течение длительного времени уже после того, как законодатель ушел в мир иной либо утратил свои полномочия; более того, нет и подданных, повиновавшихся ему когда-то по привычке. Так, в 1944 г. в Англии была осуждена женщина, обвиненная в предсказании будущего в нарушение Акта о колдовстве 1735 г. Харт полагает, что данный закон будет считаться таковым в силу фундаментальных правил, наделяющих законодателя правом принимать статуты, действие которых не ограничивается периодом его полномочий. Бентам и Остин объясняли эту особенность законов тем же самым молчаливым согласием нынешнего законодателя, каким они объясняли и юридический статус обычая. Однако, говорит Харт, было бы абсурдно утверждать, что закон, принятый прошлым сувереном, становится законом только после того, как суды придадут ему обязательную силу, а действующий суверен согласится с ними. Подобный взгляд не может объяснить, почему суды должны делать различие между викторианскими статутами, кото-

рые не были отменены, считая их все еще законами, и статутами, отмененными во времена Эдуарда VII, не считая их больше законами.

Доктрина суверенитета как всеобщей привычки повиновения подданных предполагает, что сам суверен по привычке никому не повинуется. Важность этой теории состоит в утверждении, что в каждом обществе, где есть право, должен быть суверен, для законодательной деятельности которого нет и не может быть никаких правовых ограничений. Харт не согласен с таким утверждением. Он полагает, что даже абсолютный монарх Рекс связан некоторыми правилами, касающимися *формы* и *способа* его законодательной деятельности (к примеру, правило, согласно которому законы должны им издаваться в письменной форме, быть скреплены его собственноручной подписью и визами министров). Однако в том, что касается *сферы* его законодательных полномочий, ее ничто не ограничивает. В большинстве современных государств, однако, дело обстоит не так. Даже в простейшем законодательном мире Рекса I может быть принято правило (например, в форме писаной конституции или в другой форме), что ни один закон, изданный Рексом, не может иметь силу, если он лишает коренных жителей их земли или предписывает их заключение в тюрьму без суда. Несмотря на данное правовое ограничение, распоряжения Рекса в области их применимости заведомо являются законами, а в государстве существует независимая правовая система.

Ограничение в данном случае предполагает не наличие у суверена обязанности, а отсутствие правовой власти. Хотя эти ограничения являются правовыми и суды будут относиться к ним соответствующим образом, их наличие или отсутствие не может быть выражено в терминах наличия или отсутствия привычки к повиновению. Рекс может быть связан этими ограничениями, но тем не менее нет никого, кому он повинуется по привычке. В то же время, если ограничения подобного рода отсутствуют, но Рекс по привычке подчиняется приказам правителя соседнего государства Тиррана, это само по себе не лишает его распоряжения законодательной силы и не означает, что его законодательство является лишь частью более широкой правовой системы, в которой высшим авторитетом является Тирран. То есть, чтобы показать, что перед нами независимая правовая система, нет необходимости доказывать, что верховный законодатель не ограничен правовыми средствами и не подчиняется по привычке дру-

тому лицу. Достаточно показать лишь, что правила, предоставляющие законодательную власть суверену, не предоставляют также верховной власти лицам, которые обладают верховной властью над другими территориями. А то, что он неподвластен иностранному авторитету, не означает, что его власть на собственной территории ничем не ограничена. Подчиняясь конституционным ограничениям, Рекс тем не менее может являться верховным законодателем в рамках данной системы.

Харт задается вопросом: не существует ли в правовой системе какого-нибудь не ограниченного правовыми средствами суверена, стоящего за ограниченным правовыми средствами законодательным органом. По мнению Остина, в любом демократическом обществе суверенитет принадлежит не избранному представительному собранию, но самим избирателям (электорату). Однако в этом случае схема повиновения приказам суверена по привычке вообще перестает работать. Если мы попытаемся отождествить электорат и суверена и применить к этому обществу теорию Остина, то окажется, что «большинство» населения по привычке повинуется самим себе. Очевидно, в этом случае понятия «приказ» (как выражение желания, чтобы другие поступали определенным образом) и «повиновение» используются далеко не в традиционном смысле.

Обычно в ответ на эту критику проводят различие между членами общества как частными лицами и теми же лицами в их официальном статусе как избирателями и законодателями. Однако группа лиц, действующая в официальном качестве (например, избирателей или участников референдума), получает эту квалификацию на основании определенного правила и действует в соответствии с другими правилами, определяющими, что именно они должны предпринять для того, чтобы избрание или законодательство были действительными. Поскольку такие правила определяют, как должны поступать граждане данного общества, чтобы выступить в роли электората (т.е. суверена), они не могут иметь статус приказов, изданных сувереном; эти правила уже должны были существовать до появления суверена, и им должны были следовать. Эти правила носят конституирующий характер по отношению к самому суверену.

Помимо этих концептуальных возражений, отмечает Харт, в опровержение идеи о неограниченном правовыми средствами суве-

рене можно также привести в пример конституционные положения в ряде стран, запрещающие электорату изменять некоторые положения конституции. Электорат не свободен от таких ограничений и, следовательно, не является сувереном по смыслу теории Остина.

Понятие права

Прежде чем приступить к обсуждению понятия права, Харт рассматривает понятие обязательства. Он говорит о том, что мы вряд ли сможем говорить о наличии обязанности отдать деньги в ситуации с вооруженным грабителем. Клерк скорее вынужден, нежели обязан отдать грабителю деньги, если он не хочет испытать на себе неблагоприятные последствия отказа. В то же время обязанность, к примеру, сказать правду или явиться на военную службу сохраняется вне зависимости от того, насколько вероятным оказывается наказание за ее неисполнение. Более того, утверждение, что некто имел обязанность явиться на армейскую службу, не зависит от того, действительно ли он на нее явился.

Харт отрицает «предсказательную интерпретацию» понятия обязанности, которую дает Остин. Последний определяет обязанность в терминах *шанса* или *вероятности* того, что человек, связанный обязательством, понесет наказание в случае его неповиновения. По мнению Харта, предсказательная интерпретация затемняет тот факт, что при наличии правил отклонения от них являются не только основанием для предсказания негативной реакции, но и основанием или оправданием такой реакции, т.е. она упускает из виду *внутренний аспект правил*. Важно видеть различие между внешней констатацией того факта, что члены данного общества принимают то или иное правило, и внутренним суждением о правиле, сделанным одним из тех, кто принимает его. Внешняя точка зрения подходит для описания того, как правила функционируют в жизни тех членов группы, которые отвергают эти правила и выполняют их только потому, что стремятся избежать негативных последствий.

Таким образом, утверждение, что некто имеет обязанность, предполагает существование правила. Однако далеко не все социальные правила порождают обязанности. Например, обычно о правилах этикета или правилах языка не говорят в терминах обязанностей. Харт полагает, что о правилах можно говорить как о налагающих обя-

занности в случае, когда существует настоятельное общее требование им соответствовать, подкрепленное значительным давлением со стороны общества против тех, кто не соблюдает или пытается не соблюдать их. Если речь идет лишь о словесном осуждении или призыве уважать существующее правило, не подкрепленных физическими санкциями, то такое правило можно классифицировать как относящееся к морали. Если же для давления характерны физические санкции, тогда перед нами та или иная форма права. Помимо серьезности давления правила, порождающие обязанности, отличаются еще и тем, что они наиболее важны и рассматриваются как необходимые элементы поддержания социальной жизни (например, правила, ограничивающие применение насилия). Кроме того, предписанное этими правилами поведение может противоречить желаниям человека. Однако иметь обязанность вовсе не то же самое, что испытывать чувство давления или принуждения.

Харт предлагает нам представить общество, в котором нет законодателей, судов и официальных лиц любого рода. Он называет структуру такого общества структурой, основанной на первичных правилах обязательства. Для такой структуры характерны серьезные недостатки, или дефекты.

Во-первых, правила, по которым живет группа, не образуют системы, представляя собой всего лишь набор стандартов, практически друг с другом не связанных. Поэтому, если возникает сомнение относительно того, в чем конкретно состоит то или иное правило, нет возможности прибегнуть к стандартизированной процедуре, позволяющей развеять это сомнение, такой, как обращение к авторитетному тексту или официальному лицу, чье мнение по данному поводу является авторитетным. Этот дефект Харт называет *неопределенностью*.

Второй дефект – *статичность* правил. Единственный приемлемый способ изменения правил для такого общества – процесс медленной трансформации. Не существует механизма сознательной адаптации правил к меняющимся обстоятельствам путем уничтожения старых правил и введения новых.

Третьим дефектом такой простейшей формы социальной жизни является *неэффективность* того распыленного социального давления, благодаря которому поддерживается исполнение правил. Это, во-первых, влечет за собой споры о том, нарушено ли в данном случае

правило или нет, а во-вторых, – наказание за нарушение правила также будут не организованы и останутся во власти заинтересованных лиц или общества в целом.

Исправлению трех дефектов возможно, если к *первичным* правилам обязательства добавятся *вторичные* правила, имеющие другую природу. Исправлению каждого из этих дефектов, как полагает Харт, можно рассматривать как последовательные шаги на пути от доправового к правовому миру. Вторичные правила отличаются тем, что все они являются высказываниями о первичных правилах. Если первичные правила касаются действий, которые то или иное лицо должно совершить или нет, вторичные правила касаются только самих первичных правил. Они уточняют, как первичные правила должны удостоверяться, вводиться, удаляться, изменяться, а также как должен устанавливаться факт их нарушения.

Исправлению дефекта неопределенности режима первичных правил служит введение «правила признания». Оно определяет признак или признаки, наличие которых указывает, что перед нами именно такое правило, которое группа должна поддерживать социальным давлением. Подобные правила могут быть сформулированы в различных формах, простых и сложных. Они могут, как в древних обществах, быть записаны в виде авторитетного списка правил, облеченных в форму письменного документа или высеченных на публичном монументе. В более развитой правовой системе в правилах признания могут указываться такие характеристики, как факт принятия (первичных) правил определенным органом или ссылка на судебное решение. Если в качестве идентифицирующего критерия предлагается несколько характеристик, в правиле может быть указан способ преодоления возможного конфликта между ними, к примеру, путем расположения их в иерархическом порядке, согласно которому обычай или прецедент должны уступать по значению закону, и т.п. Благодаря правилу признания первичные правила перестают быть простым набором предписаний и приобретают качество системы.

Избавлением от дефекта статичности первичных правил будет введение «правил изменения». Простейшей формой такого правила является правило, дающее власть одному лицу или группе лиц вводить новые первичные правила, регулирующие жизнь остальных членов группы, и отменять старые правила. Данное правило может также

определять саму законодательную процедуру. Очевидно, что между правилом изменения и правилом признания будет существовать тесная связь: если существует первое, второе должно будет обязательно ссылаться на законодательную процедуру как отличительную черту всех правил. В частно-правовой сфере правила изменения включают порядок составления завещаний, заключения договоров, передачи права собственности и другие добровольные формы установления прав и обязанностей.

Дефект неэффективности позволяют исправить вторичные *правила суда*, предоставляющие отдельным лицам право давать авторитетный ответ на вопрос о том, нарушено ли в данном конкретном случае определенное первичное правило или нет. Эти правила определяют тех лиц, которым предоставляется право выносить судебные решения, а также процедуру, которой необходимо следовать.

Харт обсуждает вопросы юридической действительности правовых норм. По его мнению, сказать, что то или иное правило действительно, означает признать, что оно проходит все испытания, содержащиеся в правиле признания, и, таким образом, является правилом этой системы. Утверждение о действительности правила – это *внутреннее* утверждение, сделанное тем, кто сам признает и разделяет правила системы. От действительности правила следует отличать его эффективность, поскольку юридически действительное правило может не соблюдаться. Кроме того, неэффективной может оказаться и правовая система в целом. Утверждение об эффективности – *внешнее* утверждение, сделанное наблюдателем. Харт отмечает, что чаще всего бессмысленно говорить о действительности правил неэффективной системы, однако в некоторых случаях это имеет смысл. Например, один из наглядных способов преподавать римское право – рассуждать так, как будто бы эта система все еще эффективно действует, и решать проблемы с точки зрения ее правил. Один из способов лелеять надежды на реставрацию старого порядка и отвергать новый – продолжать придерживаться критериев юридической действительности старого режима, как это делается теми «белыми», которые претендуют на собственность согласно правилу наследования, действовавшему в царской России.

Что касается юридической действительности наивысшего критерия в правиле признания (чаще всего это Конституция), то это, как

утверждает Харт, уже не вопрос права, а вопрос факта. Точно так же в простой системе первичных правил обязанности утверждение, что то или иное правило существует, могло быть только внешним утверждением о факте. Проверить существование этого правила можно было только наблюдением, точно так же, как сегодня только наблюдением мы можем проверить, существует ли правило, что мужчины должны снимать шляпу в церкви. В зрелой же правовой системе утверждение, что правило существует, может являться не только внешним, но и внутренним, применяющим правило признания. Однако утверждение о существовании самого правила признания может быть только внешним утверждением факта, поскольку, если подчиненное правило системы может быть действительным и в этом смысле «существовать», даже если все его игнорируют, правило признания существует только в сложной и согласованной деятельности судов, официальных и частных лиц по выявлению права через обращение к некоторым критериям. Его существование – это вопрос факта.

Поэтому окончательное правило признания может рассматриваться с двух точек зрения: с точки зрения внешнего утверждения о факте и с точки зрения внутренних утверждений о юридической действительности, делаемых теми, кто использует это правило при выявлении права.

Харт рассматривает сложности, возникающие при утверждении о том, что правовая система *существует* в данной стране или в данной социальной группе. Правовая система, как человеческое существо, может на одной стадии быть еще не рожденной, на другой – частично зависящей от своей матери, затем наслаждаться здоровым, независимым существованием, позже прийти в упадок и, наконец, умереть.

Харт называет два минимальных условия, необходимых и достаточных для существования правовой системы. С одной стороны, тем правилам поведения, которые действительны согласно правилу признания, должны в общем и целом повиноваться частные лица. Они могут делать это исходя из любого мотива, для них необязательно внутренне принимать данные правила. С другой стороны, правила признания, конкретизирующие критерии юридической действительности, должны действительно приниматься официальными лицами в качестве общих публичных стандартов их поведения в официальном качестве. Отклонение от таких стандартов должно рассматриваться ими как прегрешение.

Если два условия соблюдаются, можно, по мнению Харта, с уверенностью говорить о том, что правовая система существует. Но когда официальная сфера оказывается оторванной от частной сферы, т.е. более не существует общего повиновения правилам, действительным согласно критериям, используемым судами, можно говорить о том, что Харт называет «патологией правовой системы». Патология может возникнуть в результате революции или вражеской оккупации, освобождения страны от колониальной зависимости или в других случаях. Момент, в который правовая система окончательно прекращает существовать, определить сложно, поскольку суды могут некоторое время функционировать в эмиграции; более того, порядок в конечном итоге может быть восстановлен. В любом случае возникнет множество юридических вопросов относительно периода, когда действовал другой порядок. Данные вопросы могут быть поставлены в рамках международного права либо как вопрос о праве в рамках системы, существующей с момента реставрации. В этом случае может быть принят ретроспективный закон.

В случае освобождения от колониальной зависимости происходит изменение в правиле признания. На смену правилу, действующему в метрополии, приходят новые критерии юридической действительности, имеющие «местные корни». Однако, несмотря на то что правовая система колонии может уже на самом деле быть независимой, «родительская» правовая система может не признавать этот факт. Утверждение о независимости будет при этом констатацией факта, поэтому оно не будет вступать в логическое противоречие с положениями права бывшей метрополии. Аналогичные разграничения между правовыми и фактическими утверждениями необходимо проводить, когда речь идет о соотношении международного и внутригосударственного права.

Патология может также возникнуть, когда единство среди официальных лиц системы по некоторым конституционным вопросам распадается. Например, в Южной Африке легислатура издавала постановления, которые суды признавали недействительными. Тогда легислатура выступила с идеей создания апелляционного суда, который стал отменять решения обычных судов. Суды же объявили создание апелляционного суда недействительным. Так продолжалось, пока не вмешалось правительство.

Концепция «открытой структуры права»

И в системе прецедентного права, и в системе статутарного (законодательного) права юридические нормы отличаются качеством неопределенности. Такая неопределенность связана с природой языка, поскольку многие понятия в языке носят общий характер и не могут охватить собой все случаи и факты, которые возникнут в будущем. Тезис о неопределенности правил и юридического языка Харт основывает на различении «ядра» / «сердцевины» (*core*) и «полутени» (*penumbra*) значения, присущего правовым нормам (составляющим их словам и выражениям). В пример Харт приводит понятие «транспортного средства» и запрет на нахождение транспортных средств в парке. Ясно, что это понятие включает в себя такие определенные случаи, как автомобили, автобусы или мотоциклы. Однако включает ли оно с такой же неизбежностью велосипеды, игрушечные машинки с электрическим двигателем или роликовые коньки? Язык права обладает свойством, которое Харт называет «открытой структурой» (*open texture*). Причиной того, что вопрос о применимости правила к тому или иному случаю никогда не может быть решен заранее, является как наше относительное незнание фактов, так и относительная неопределенность касательно цели (связанная с невозможностью предвидеть все возможные случаи в будущем).

Каждая правовая система сталкивается с необходимостью достижения компромисса между двумя социальными целями: потребностью в некоторых правилах, которыми индивиды могут руководствоваться в различных сферах, не нуждаясь каждый раз в указаниях официальных лиц, и необходимостью оставить для решения информированными официальными лицами проблемы, которые могут быть должным образом оценены и разрешены лишь тогда, когда они возникнут в том или ином конкретном случае.

Иногда сфера, подлежащая правовому контролю, с самого начала признается неподходящей для того, чтобы быть заранее урегулированной с помощью законодательных правил. В этом случае легислатура устанавливает лишь общие образцы и затем передает административному органу, знакомому с различными типами случаев, задание оформить конкретные правила (делегированное законодательство). Например, законодатель может требовать от индустрии поддерживать определенные стандарты: назначать только *справедливую*

цену или обеспечивать *безопасность труда*. Конечно, некоторые крайние случаи, такие как чрезмерно высокая или чрезмерно низкая цена являются очевидными изначально. Однако между двумя этими крайностями существует множество сложных случаев, требующих внимания и интерпретации.

Еще один метод используется тогда, когда невозможно заранее установить четкие правила, однако черты общего опыта позволяют людям самим ориентироваться в конкретных обстоятельствах. Здесь право использует общераспространенное мнение о том, что является «разумным». Люди в этом случае действуют на свой страх и риск и согласно собственным представлениям о том, что является разумным, однако их поведение впоследствии может стать предметом рассмотрения со стороны суда, который установит, нарушили ли они требование разумности (к примеру, был ли человек в разумной степени осторожен, чтобы не причинить вред другому).

Некоторые сферы поведения, которые обладают особой важностью, обычно контролируются правилами с очень небольшой открытой структурой (например, запрет убийства или необходимость передвигаться на автомобиле по правой стороне дороги), в других областях открытой структуры расширяется.

Харт называет пороком формализм, или концептуализм, в теории права, который отрицает необходимость нового выбора, возникающего каждый раз перед тем, кто применяет норму. Концептуалисты полагают, что правовые понятия должны иметь одно и то же значение во всех ситуациях, поэтому вопрос о применимости правила всегда бывает решен заранее. Харт считает, что такой подход сужает возможности достижения разумных социальных целей в процессе интерпретации правовых понятий и заставляет нас включить в рамки правила такие случаи, которые мы в свете данных целей могли и желали бы исключить.

Наличие у права открытой структуры не означает, что суды обладают неограниченным усмотрением в принятии решений, и что в своей деятельности они вообще не связаны правилами. Однако так утверждают некоторые теоретики, для которых характерны разнообразные формы скептицизма по поводу правил. Главным образом, это правоведы, относящие себя к представителям юридического реализма. Они полагают, что разговор о правилах – это миф, скрывающий

истину о том, что право состоит лишь из решений судов и предсказаний этих решений. Правила же важны лишь постольку, поскольку они помогают предсказать, что сделают судьи.

Харт считает такие утверждения противоречивыми, поскольку наличие судов подразумевает существование вторичных правил, наделяющих юрисдикцией суды и делающих их решения авторитетными. Если бы это было не так, невозможно было бы отличить решение частного лица от решения суда. Иногда скептики признают существование вторичных правил, необходимых для конституирования суда и законодательного органа. Основная их аргументация касается правил, налагающих обязанности на частных лиц или наделяющих их правами. Такая точка зрения, по мнению Харта, не учитывает внутренний аспект правил. Законы функционируют в жизни людей не как привычки или как базис для предсказания решений судов, а как принятые правовые образцы поведения, а также основания для критики тех, кто отклоняется от образцов. Лучше всего это можно показать тогда, когда против нашего поведения возражают. Если это происходит, мы склонны оправдывать его отсылкой к правилу; мы критикуем себя и других за отклонение от правила.

Харт приводит в пример договоренность между двумя людьми о том, чтобы встретиться на следующий день. Когда приходит день, оказывается, что сдержать обещание означает пренебречь интересами кого-то опасно больного. Тот факт, что это считается адекватной причиной не сдерживать обещание, не означает, что не существует правила, требующего сдерживать обещания, а только лишь определенная регулярность в том, что их сдерживают. Из этого не следует также, что такие правила имеют исключения, которые невозможно исчерпывающе установить, и что в любой ситуации нам предоставлена свобода действий, и мы никогда не обязаны сдерживать обещания. Правило, которое завершается словами «если не...», остается правилом.

Это не говорит о том, что притворство, или «очковтирательство», не являются возможными, а иногда и успешными. К некоторым решениям судья может прийти интуитивно, но в большинстве случаев решения достигаются либо в результате подлинного стремления соответствовать правилам, либо оправдываются правилами, которые судьи до этого были настроены соблюдать и чью относимость к данному случаю можно обосновать.

Одним из аргументов, подтверждающих позицию юридических реалистов, является тот факт, что решение верховного трибунала является окончательным, и установленные им права и обязанности могут быть изменены только в результате принятия нового закона. Бессмысленно говорить о том, что верховный суд вынес ошибочное решение, поскольку нет более высокой инстанции, способной на это указать. Этот факт придает вид обоснованности утверждению о том, что право и, в частности, конституция, – это то, что суды называют таковыми.

Чтобы опровергнуть это утверждение, Харт проводит аналогию с игрой, в которой окончательность решения счетчика очков не означает, что он не применяет никаких правил при ведении счета. Если бы это было так, то это был бы уже не крикет или бейсбол, а «игра по произволу счетчика». В этом случае положение «счет – это то, что счетчик назвал таковым» само по себе было бы *правилом* для ведения счета. В этой игре высказывания самих игроков и других неофициальных лиц о счете были бы ничем иным, как предсказаниями постановлений счетчика. Однако на деле и счетчик, и игроки в своих высказываниях о счете применяют правила, которые они внутренне разделяют, при этом высказывания счетчика носят официальный характер, а игроков и других лиц – неофициальный.

Правило для ведения счета, как и любое юридическое правило, по мнению Харта, имеет свою область открытой структуры, где счетчик или судья должен совершать выбор – однако оно имеет и ядро установленного значения. Это то, от чего счетчик не волен отклоняться, и что конституирует образец корректного ведения счета. Если счетчик или судья отклонится от такого «ядра», его постановление возможно трактовать как ошибочное (если даже оно сохранит свой окончательный характер). До определенного предела такие ошибки терпимы, и игра все еще может продолжаться. Но если счетчик совсем отвергает правило для ведения счета, тогда или игроки перестают принимать неадекватные постановления счетчика, или меняется игра.

Иногда ситуации неопределенности, или открытой структуры, возникают при интерпретации не обычных законов, а самого правила признания (например, правил, устанавливающих компетенцию законодательного органа). Может ли английский парламент, обладающий

верховенством, принять правила, специфицирующие форму и способ принятия законов по некоторым вопросам в будущем? Может ли он постановить, что ни один билль, касающийся заработной платы инженерам, не должен иметь эффекта в качестве закона, если он не подтвержден резолюцией Союза инженеров? Фактически принятие такого ограничения способно привести к таким же последствиям, как если бы парламент установил размер заработной платы инженерам навсегда и, следовательно, запретил бы своим преемникам его пересматривать. Подобные вопросы, находящиеся в области открытой структуры самого правила признания, могут быть вынесены на рассмотрение суда, который будет вправе принять по ним то или иное решение. Не является ли это аргументом в пользу того, что право – всего лишь то, что скажут суды? Харт так не считает. Во-первых, возможности судов принимать решения по таким делам зависят от того, что само ядро правила признания, включая правила, наделяющие властью суды, не вызывает сомнений; под сомнением находятся лишь точная сфера и границы его действия. Во-вторых, далеко не каждый шаг суда подпадает на деле под какое-то заранее установленное правило. Может быть и так, что, когда суды разрешают непредвиденные ранее вопросы, касающиеся наиболее фундаментальных конституционных правил, их авторитет решать эти вопросы становится признанным уже после того, как те возникли, и решение им было дано. В этом случае позиция скептика в отношении правил будет оправданной, однако, как говорит Харт, не стоит забывать, что это возможно лишь в пограничных ситуациях, в области открытой структуры фундаментальных правил, и что авторитет и престиж, дающие судам возможность проявлять свободу усмотрения в этой области, были накоплены ими благодаря их действиям, неоспоримо руководимым правилами, в широких центральных сферах права.

Таким образом, Харт отвергает как крайние и неудовлетворительные позиции и формализм, и нормативный скептицизм – «Сциллу и Харибду юридической теории»: «Они являются великими преувеличениями, полезными, когда они исправляют друг друга, но истина лежит между ними».

Концепция открытой структуры права, равно как и понятие права как единства первичных и вторичных правил, подверглись серьезной критике. Один из наиболее известных и последовательных крити-

ков, Рональд Дворкин, утверждает, что судьи никогда не решают по собственному усмотрению, поскольку они обязаны подчиняться принципам, являющимся наряду с нормами важной частью права. Дворкин говорит, что о решении по собственному усмотрению можно говорить в трех различных смыслах. В первом (слабом) смысле – просто чтобы показать, что стандарты, которые обязано соблюдать должностное лицо, по какой-то причине не могут быть применены автоматически и требуют от него рассудительности. Например, лейтенант приказывает сержанту отобрать пять наиболее опытных солдат для патрулирования. В этом случае стандарт «опытности» не может быть применен автоматически и требует определенного усмотрения со стороны сержанта.

Иногда понятие «решение по собственному усмотрению» употребляется в ином слабом смысле – чтобы сказать, что какое-то должностное лицо обладает окончательными полномочиями для принятия некоторого решения, и это решение не может быть отменено или изменено никаким другим должностным лицом. Так, некоторые решения в бейсболе, например, решение о том, достиг ли второй линии первым мяч или бегущий игрок, оставляется на усмотрение судьи второй площадки, если при этом имеется в виду, что даже главный судья не может отменить это решение, хотя бы он и был с ним не согласен.

Однако иногда мы используем понятие «решение по собственному усмотрению» для утверждения о том, что в каком-то вопросе должностное лицо просто не связано никакими стандартами, установленными тем или иным авторитетом. Например, судья на выставке собак по своему усмотрению оценивает сначала боксеров, а затем – эрдельтерьеров, если порядок их оценки заранее не был установлен.

Необходимо понимать, что решение по собственному усмотрению в сильном смысле не равнозначно неограниченной свободе и не исключает критики. Почти в любой ситуации, в которой действует человек, важное значение имеют определенные стандарты рациональности, справедливости и эффективности. Поэтому мы можем говорить, что судья, который по собственному усмотрению устанавливает порядок осмотра собак, совершает ошибку, когда сначала приглашает к осмотру боксеров, а потом эрдельтерьеров, хотя боксеров много, а эрдельтерьеров – всего три.

По мысли Дворкина, Харт полагает, что, когда судьи решают по собственному усмотрению, приводимые ими принципы следует трактовать с позиций второго подхода – как то, что судьи «считают за принцип» делать. При этом Харт упоминает и стандарты, которые судьи «особым образом используют».

Поэтому, как представляется Дворкину, позитивисты хотя бы иногда истолковывают понятие «решения по собственному усмотрению» в третьем, сильном смысле. Дворкин анализирует возражения, которые мог бы привести позитивист в опровержение того утверждения, что судьи обязаны в решениях следовать принципам.

Будет ошибкой со стороны позитивиста утверждать, что принципы не являются обязательными, поскольку, если судья пренебрежет принципом, он будет подвергнут обоснованной критике со стороны коллег. Если позитивист будет утверждать, что принципы обязательны, но они не могут обусловить какой-либо конкретный результат, то можно возразить, что принципы действуют не так. Они склоняют к определенному решению, но не окончательно, так что сохраняются в неизменном виде, даже если им не следуют. Однако *множество* принципов может предписывать результат, и судья обязан оценить относительный вес разных принципов и выбрать те, которые являются более весомыми.

Позитивист мог бы утверждать, что принципы нельзя отнести к праву, поскольку их авторитет, и более того, их весомость, по самой их природе являются спорными. Действительно, обычно мы не можем продемонстрировать авторитетность или весомость конкретного принципа таким же образом, как мы можем продемонстрировать, что норма имеет силу, отыскав ее, например, в постановлении Конгресса или в решении авторитетного суда. Однако принципы играют роль при вынесении решений, в особенности решений по «сложным делам», поэтому Дворкин считает, что модель Харта, исходящая из правила признания как критерия юридической действительности, дефектна, так как не может объяснить эту роль.

Дворкин утверждает, что если принципы не являются обязательными для судей, тогда и нормы не являются для них обязательными. Существует множество случаев, в которых нормы или прямо признаются недействительными, или претерпевают значительные изменения в ходе их применения. Поэтому позитивист должен при-

знать, что существуют обязательные для судей стандарты, которые определяют, в каких случаях судья может признать недействительной или изменить существующую норму, а в каких – нет.

При этом одни стандарты будут склонять судью к тому, чтобы изменить норму, другие же (например, принцип верховенства законодательной власти) – к тому, чтобы оставить ее неизменной. Если кто-то утверждает, что та или иная норма является обязательной, он имеет в виду, что эта норма недвусмысленно подкреплена принципами, которые в совокупности более весомы, нежели принципы, свидетельствующие в пользу ее изменения. В любом случае он рассматривает стандарты как относящиеся к праву в той же степени, что и нормы.

Главная причина, по которой позитивисты связывают право с нормами, заключается, по Дворкину, в том, что в течение долгого времени юридическое образование сводилось к изучению и анализу тех установленных норм, которые составляют «режущее лезвие» права. Если юрист представляет себе право как систему норм и тем не менее признает (как он и должен), что судьи изменяют старые нормы и вводят новые, то он естественным образом приходит к теории судебного усмотрения в сильном смысле. В других системах норм и правил, с которыми он знаком (например, в играх), правила представляют собой единственный авторитет, с которым согласуются решения официальных лиц, так что если бы главный арбитр мог изменить правило, он обладал бы правом решать по собственному усмотрению в отношении того, к чему применимо это правило. Любые принципы, на которые мог бы сослаться главный арбитр при изменении правил, выражали бы «характерные» для него предпочтения. Позитивисты, по мнению Дворкина, трактуют право как набор бейсбольных правил, пересматриваемых подобным образом.

Дворкин уверен, что судьи ни в одном случае не решают по собственному усмотрению в третьем (сильном) выделенном им смысле, поскольку при вынесении решений они действуют так, как требует от них их судейский долг. А долг определяется требованиями стандартов, чей относительный вес они обязаны учитывать.

Анализируя взгляды Дворкина, С. Н. Касаткин говорит о следующем критическом следствии из них для теории судебного усмотрения Харта. Вхождение принципов в состав права в качестве ключевого, системообразующего элемента обеспечивает полноту, беспро-

бельность права, (предзаданное) существование единственного правильного ответа на каждый юридический вопрос в системе. Подобная холистская трактовка, наоборот, не оставляет места для отстаиваемого Хартом судейского усмотрения. Не случайно идеалом судьи для Дворкина выступает придуманный им Геркулес, «воображаемый судья со сверхчеловеческой интеллектуальной силой и терпением, трактующий право как целостность», т.е. знающий все нормы и принципы и способный их правильно истолковать, соотнести и применить.

Позиция Харта, по мысли критика, означает юридическую произвольность судебной власти и ее решений, ее прямую конкуренцию с законодателем. Дворкин обращает внимание на недемократизм и несправедливость концепции Харта. Во-первых, осуществляющие правотворчество судьи не избираются, тогда как демократия предполагает наделение подобными полномочиями лишь выборных представителей народа. Во-вторых, судейское усмотрение реализует форму ретроспективного правотворчества или правотворчества *ex post facto*.

Харт отвечает на критику Дворкина в «Постскриптуме» к «Понятию права». С одной стороны, он признает принципы в качестве стандартов, составляющих правовую систему (поскольку не связывает правило исключительно с моделью «все или ничего», уподобляя его любому юридическому стандарту), и защищает идею «мягкого позитивизма»; с другой стороны, он действительно отстаивает судейское усмотрение и соответственно отсутствие в этих случаях у любой из сторон процесса заранее существующего юридического права на выигрыш дела.

В любом сложном деле, по мнению Харта, могут присутствовать различные принципы, поддерживающие конкурирующие аналогии, и судье часто приходится выбирать между ними, полагаясь, подобно добросовестному законодателю, на свое понимание того, что является наилучшим, а не на любой уже установленный порядок приоритетов, предписанных для него правом.

Парирует Харт и обвинения Дворкина в недемократизме и несправедливости его доктрины усмотрения и правотворчества. В частности, философ указывает, что судейское правотворчество в ситуации неурегулированности правового спора – это «необходимая цена за обход неудобства альтернативных методов регламентации, таких как обращение к законодательному органу. И эта цена может выглядеть

небольшой, если судьи ограничены в применении этих полномочий и не вправе формировать кодексы или проводить широкомасштабные реформы, но могут только создавать правила для решения частных вопросов, возникающих в рамках конкретных дел». Кроме того, «делегирование ограниченных законодательных полномочий исполнительной власти – известная черта современных демократий, и такое делегирование судебной власти не выглядит большей угрозой демократии. При обеих формах делегирования выборный законодательный орган будет иметь остаточный контроль и вправе отменить или внести поправку в любые правовые нормы более низкого порядка, которые он находит неприемлемыми».

Что касается упрека в несправедливости судебного усмотрения как правотворчества с обратной силой или *ex post facto*, то он, по мнению Харта, видится совершенно неуместным в сложных делах, которые не полностью урегулированы ясным установленным правом.

Американский правовед Лон Фуллер также критикует концепцию «центра» и «периферии». Он считает теорию интерпретации Харта несостоятельной, поскольку тот говорит о «твердом ядре» значения применительно к отдельным словам, тогда как судья имеет дело с установлением значения не отдельного слова, а предложения, абзаца или всего текста в целом. Даже в тех ситуациях, когда кажется, что все трудности в толковании сосредоточены вокруг одного слова, анализ Харта, как полагает Фуллер, не дает никакого объяснения того, что происходит на самом деле или должно происходить. Так, в примере с «транспортным средством» Харт говорит о том, что это понятие имеет основное значение, которое во всех контекстах недвусмысленно определяет круг объектов, охватываемых этим словом. Однако мы не сможем определить это значение без знания целей нормы. Понятно, что если целью является тишина в парке, то шумные средства следует исключить. Однако Фуллер спрашивает, что бы сказал профессор Харт, если бы группа местных патриотов решила возвести на пьедестал в парке грузовик, использовавшийся во время Второй мировой войны, в то время как другие граждане отнеслись бы к предполагаемому монументу как к уродству, поддерживая свою позицию нормой «запрета транспортных средств»? Будет ли данный грузовик в отличном состоянии попадать в область центра правовой нормы или он войдет в область полутени?

Фуллер приводит еще один пример, чтобы проиллюстрировать свою критику. Он предлагает нам представить, что, перелистывая статуты, мы обнаружили такое установление: «Тот, кто спит на железнодорожной станции, совершает проступок, наказуемый штрафом в размере пяти долларов». Нам не составит труда определить общую природу цели, преследуемой статутом. Нам, вероятно, сразу же придет в голову картина растрепанного бродяги, который в неприглядной манере растянулся на одной из скамеек, заставляя уставших пассажиров стоять и, слушая, как он сипло храпит, вдыхать алкогольные пары. Можно справедливо сказать, что эта картинка представляет «стандартное значение» статута.

Далее Фуллер предлагает читателю представить его в роли судьи, перед которым предстали два человека за нарушение этого статута. Один из них – пассажир, который ждал в 3 часа утра опаздывающий поезд. Когда его арестовали, он сидел на скамейке прямо, но полицейский услышал, что он тихо храпел. Второй – человек, который принес на станцию одеяло и подушку и явно устроился на ночь. Его, однако, арестовали прежде, чем он успел заснуть. Какой из этих случаев представляет собой «стандартное значение» слова «спать»? Пренебрежет ли судья идеалом верности праву, если оставит этот вопрос без внимания и решит оштрафовать второго человека, а первого отпустить, или если он проинтерпретирует слово «спать», использованное в данном статуте, примерно так: «устраиваться на скамейке или на полу для того, чтобы переночевать или как будто чтобы переночевать»?

Более того, Фуллер считает, что невозможно истолковать отдельные слова статута без знания цели статута:

«Представим, что мы встретили следующее незаконченное предложение: "Обо всех улучшениях следует незамедлительно сообщать...". Теория профессора Харта, как кажется, утверждает, что, даже если мы имеем только такой фрагмент, мы можем спокойно истолковать слово "улучшение" согласно его "стандартному значению", но при этом нам нужно знать оставшуюся часть предложения, прежде чем мы возьмемся за "проблемы полутени" со знанием дела».

При этом значение слова «улучшение» будет меняться в зависимости от указания, кому необходимо о них сообщать: старшей мед-

сестре или чиновнику из отдела городского планирования. Вряд ли можно утверждать, что эти два значения представляют собой что-то вроде дополнения в виде полутени к «стандартному значению» слова, поскольку они очень непохожи друг на друга.

По мнению Фуллера, сущность проблемы интерпретации юридического текста заключается не в отдельных словах, а в цели и структуре. Он также полагает, что теории Харта в той мере, в какой она связана с судебной интерпретацией, присущи важные недостатки, которые имеют более глубокие корни и в конечном счете происходят из ошибочной теории о значении языка в общем. Профессор Харт, по наблюдению Фуллера, соглашается с тем, что может быть названо «указательной теорией языка», которая игнорирует или сводит к минимуму влияние на значения слов целей говорящего и структуры языка, тогда как оно является определяющим.

Взаимосвязь права и морали в теории Г. Л. А. Харта

Харт полемизирует с теми учеными, которые усматривают «необходимую» связь между правом и моралью. Иными словами, он предлагает свой ответ на вопрос о том, заслуживают ли названия права внутригосударственные правовые системы, имеющие в наличии полный комплект судов, полиции и законодательной власти, которые, однако, не в состоянии сообразоваться с определенными фундаментальными требованиями справедливости или нравственности.

Харт рассматривает понятие справедливости, поскольку из всех моральных ценностей справедливость теснее всего связана с правом. По его мнению, отличительные черты справедливости в ее связи с правом можно почти равноценно передать с помощью слов «честный» и «нечестный». Как правило, разговор о справедливости и честности возникает, когда речь идет не об индивидуальном поведении, а об обращении с *классом* индивидов, когда среди них не удается распределить какое-то бремя или благо. Поэтому то, что типично является честным или нечестным, – это *доля*. Другая ситуация – когда был нанесен какой-то ущерб и требуется возмещение или исправление. Следовательно, справедливость связана с отношениями равенства или неравенства между индивидами; ее обычно понимают как то, что поддерживает или восстанавливает *баланс*. Например, несправедливыми мы называем законы, запрещающие цветным людям использо-

вать общественные парки, а справедливыми – лишаящие какую-либо группу (богатых) привилегий в налогообложении. Когда закон запрещает одному человеку грабить другого или проявлять к нему насилие, даже при том, что его превосходящая сила или коварство позволяет ему сделать это безнаказанно, сильный и коварный ставится на один уровень со слабым и простоватым.

Харт утверждает, что существуют четыре кардинальные, связанные друг с другом, черты, которые служат для того, чтобы отличать нравственность от правовых и других форм социальных правил:

(i) *Важность*. Эта черта проявляется в том, что нравственные стандарты часто утверждаются ценой значительного принесения в жертву интересов индивида, в серьезных формах социального давления на нарушителя, а также используемых при обучении этим стандартам; во всеобщем признании того, что если бы нравственные стандарты не были общепринятыми, в жизни общества произошли бы далеко идущие неприятные изменения. Нравственные стандарты обеспечивают жизненные интересы, разделяемые в равной мере всеми (безопасность, упорядоченность общественной жизни и т.п.).

Сексуальная мораль, хотя ее нарушение и нестандартное поведение в этой сфере не наносят вреда обществу или другим людям, тем не менее воспринимается многими как важная часть общественной морали.

Несмотря на то что многие правила, установленные законом, разделяют с моралью эту общую черту, важность не является существенным требованием для всех предписаний закона, некоторые из которых могут быть устаревшими и недействующими.

(ii) *Иммунитет к сознательному изменению*. Тогда как юридические правила могут быть отменены или изменены сознательным актом, заявление вроде «С 1 января наступающего года будет аморальным делать то-то и то-то» звучит абсурдно. Иммунитет к сознательному изменению, хотя и отличает мораль от права, роднит ее с другими социальными нормами: модой, этикетом, традициями и т.п. Тем не менее введение или отмена новых законов может выступать в качестве одной из причин изменения или разложения некоторой традиции. Например, если законодательно запретить празднование Нового года и ввести ответственность за нарушение запрета, возможно, традиция в конце концов исчезнет.

(iii) *Добровольный характер нарушений морали.* Эта черта означает, что необходимым условием моральной ответственности является то, что индивид должен владеть определенным типом контроля над своим поведением. Если же такой контроль отсутствовал (т.е. индивид совершил аморальный поступок неумышленно), этот факт его извиняет, хотя и не оправдывает.

Напротив, правовая система может для определенных видов преступлений налагать «строгую ответственность» («*strict liability*») и делать ответственность всецело независимой от *mens rea* (вины). В англо-американском праве к преступлениям, предполагающим «строгую ответственность», относится, например, продажа алкоголя несовершеннолетним или лекарств по поддельным рецептам.

(iv) *Форма морального давления.* В морали типичная форма давления состоит в апелляции к уважению, которое должны внушать правила как вещи, важные сами по себе, и которые, как предполагается, разделяют все те, кому они адресованы. Считается, что увещевания вызовут в людях, к которым они обращаются, чувства стыда и вины. Конечно, отклонения от морального кодекса встречают различные формы общественной реакции, варьирующиеся от относительно неформального выражения презрения до разрыва социальных отношений и остракизма. В крайнем случае никто не застрахован и от угроз физического насилия, и от самого насилия. Но воззвания к совести являются наиболее характерными формами давления, что есть простое следствие общего принятия моральных правил. Стандарты, не поддерживаемые таким образом, не могли бы занимать в общественной и личной жизни то место, которое характерно для нравственных обязанностей.

Нравственность, по мнению Харта, включает в себя гораздо больше, нежели обязательства и обязанности, которые признаются в реальной практике социальной группы. Внутри нравственности отдельного общества наряду со структурой моральных обязанностей и долга существуют моральные *идеалы*. Их реализация воспринимается уже не как само собой разумеющееся подобно случаю долга, а как свершение, заслуживающее похвалы. Экстремальные типы тех, кто делает больше, чем требует их долг, – это герой и святой. На более

низкой ступени находятся члены общества, заслуживающие похвалы за моральные добродетели, которые они утверждают в повседневной жизни, такие как храбрость, милосердие, щедрость или терпение – качества, состоящие в способности и предрасположенности идти дальше того, что требует долг, заботясь об интересах других людей, или жертвовать личными интересами.

Некоторые моральные принципы и идеалы не только составляют основу индивидуальной морали, но и используются в моральной критике самого общества. Когда мы приступаем к исследованию нравственности, принятой в нашем или другом обществе, всегда возможно, что мы найдем многое, что подлежит критике: мораль может оказаться без нужды репрессивной, жестокой, суеверной или непросвещенной. Она может попираť человеческую свободу, особенно в вопросе обсуждения или исповедания религии или экспериментирования с различными образами жизни, даже когда тем самым обеспечиваются ничтожные блага для других. Такая общественная мораль может распространять свою защиту только на членов данного общества или даже на определенные классы, отдавая рабов или крепостных на милость их хозяев. В этом типе критики содержится предположение, что принятая общественная мораль удовлетворяет двум формальным условиям: рациональности и всеобщности. Поэтому в такой критике подразумевается, во-первых, что социальные установления не должны покоиться на убеждениях, ошибочность которых можно показать, и, во-вторых, что защита от ущерба, которую нравственность по определению предоставляет, требуя каких-то действий или воздержания от них, должна распространяться на всех тех, кто способен и желает сам соблюдать подобные ограничения.

Чтобы ответить на вопрос о том, существует ли необходимая связь между правом и моралью, Харт анализирует спор между естественным правом и юридическим позитивизмом. Доктрина естественного права рассматривается Хартом как имеющая в своей основе утверждение о том, что принципы и законы, регулирующие человеческое поведение, могут быть открыты человеческим разумом. Многие современные критики полагают, что такое утверждение основывалось просто на двусмысленности слова «закон», как в случае, когда Мон-

тескье в «Духе законов» наивно спрашивает, почему, когда неодушевленные вещи, такие как звезды, а также животные повинуются «закону их природы», человек так не делает, но впадает во грех. Это, как отмечали его критики, демонстрирует вечную путаницу между законами природы и законами, требующими от людей вести себя определенным образом. Первые открываются с помощью наблюдений и размышлений, последние же не могут быть открыты таким образом, поскольку это просто требования к поведению. Соответственно они могут нарушаться и вместе с тем оставаться законами, тогда как если вдруг звезды начинают вести себя вопреки научным законам, такие законы не нарушаются, но теряют право называться законами. В рамках теократических представлений отождествление двух типов законов было логичным, поскольку оба они считались предписанными Богом. Так, Блэкстоун утверждал, что единственная незначительная разница между законом гравитации и десятью заповедями заключалась в том, что люди были уникальными творениями, наделенными разумом и свободой воли и поэтому в отличие от вещей могли открыть божественные предписания и не повиноваться им. Однако Харт полагает, что типичные особенности естественного права логически не зависят от веры в божественного правителя, и что эта теория содержит некоторые элементарные истины, важные для понимания морали и права.

В основе естественно-правового способа мышления лежит молчаливое допущение, что должной целью деятельности человека является выживание, и основывается это на том простом факте, что большинство людей большую часть времени хотят продолжать существование. Действия, которые мы характеризуем как те, которые естественно хорошо производить, суть те, которые требуются для выживания; понятия потребностей людей, вреда, функций органов тела (например, что функцией сердца является перекачивание крови) основываются на том же простом факте. Конечно, если мы остановимся на этом, то получим очень ослабленную версию естественного права, так как для его классиков выживание было всего лишь низшим уровнем значительно более сложной и спорной идеи цели человека или его блага, которой определяется содержание естественного права.

Аристотель включал в это понятие бескорыстное культивирование интеллекта, Фома Аквинский – познание Бога, и обе эти ценности могут быть и были оспорены. Но другие мыслители, например, Гоббс или Юм, видели в цели выживания центральный элемент, придающий хороший эмпирический смысл терминологии естественного права. Так, Юм писал, что человек по своей природе не может выжить без ассоциации индивидов, и эта ассоциация невозможна там, где пренебрегают законами честности и справедливости.

Харт пишет, что цель выживания и приверженность ей предполагаются самими понятиями, употребляемыми в дискуссиях о естественном праве, поскольку нас волнуют социальные механизмы для продолжения существования, а не проблемы организации клуба самоубийц. Если это так, то есть некоторые правила поведения, которые должна иметь любая социальная организация для того, чтобы быть жизнеспособной. Такие признанные универсальные принципы поведения могут рассматриваться, по мысли Харта, как *минимальное содержание естественного права*, в противоположность более грандиозным и более спорным конструкциям, часто предлагавшимся под этим наименованием.

Харт рассматривает в виде пяти трюизмов наиболее бросающиеся в глаза характеристики природы человека, на которых основывается этот минимум.

(i) *Уязвимость людей*. Наиболее важными правилами морали и права, основанием для которых служит этот трюизм, являются те, что ограничивают применение насилия путем убийства или нанесения телесных повреждений. Фундаментальный характер таких правил может быть выявлен при помощи следующего вопроса: если бы этих правил не было, какой тогда смысл нам было бы иметь правила *любого* другого рода?

(ii) *Примерное равенство*. Люди отличаются друг от друга по своей физической силе, ловкости и еще более – интеллектуальным способностям. Тем не менее ни один индивид не настолько сильнее остальных, чтобы быть в состоянии, не прибегая к сотрудничеству, доминировать над остальными или подчинить их на более чем краткое время. Поэтому люди вынуждены устанавливать систему взаим-

ной сдержанности. Харт приводит в пример международную жизнь, где существует большое неравенство в силе между государствами. По его мнению, это является одним из факторов, которые придали международному праву характер, столь отличный от внутригосударственного, и ограничили степень, в которой оно способно действовать как организованная система принуждения.

(iii) *Ограниченный альтруизм.* Люди – не ангелы, никогда не подверженные искушению вредить другим, но и не дьяволы, готовые уничтожать, невзирая на то, чего это будет стоить им самим. Они – нечто среднее между двумя этими крайностями, и это делает систему взаимной сдержанности и необходимой, и возможной.

(iv) *Ограниченные ресурсы.* Тот факт, что еда, одежда и крыша над головой не имеются под рукой в неограниченном изобилии, а должны быть выращены, отвоеваны у природы или построены с трудом, делает необходимой какую-то минимальную форму института собственности и определенной формы власти, требующей эту собственность уважать. Помимо *статических* правил, охраняющих собственность от вторжения, необходимы также *динамические* правила, позволяющие людям передавать, менять или продавать произведенное ими, причем эти сделки предусматривают способность менять охват первоначальных прав и обязанностей. Поскольку ресурсы и альтруизм не являются безграничными, требуется установленная процедура для действий по связыванию самих себя обязательствами для того, чтобы создать минимум уверенности в будущем поведении других и обеспечить предсказуемость, необходимую для сотрудничества.

(v) *Ограниченное понимание и сила воли.* Необходимость правил, требующих уважения индивидов, собственности и обещаний, практически очевидна, и большинство людей готовы жертвовать своими ближайшими краткосрочными интересами, чего требует подчинение этим правилам. С другой стороны, такое понимание долгосрочных интересов не разделяется всеми людьми в равной степени. Каждый временами испытывает искушение отдать предпочтение собственным ближайшим интересам и поддался бы ему, если бы отсутствовала особая организация для обнаружения и наказания наруше-

ний. Обычно число тех, кто добровольно подчиняется правилам, намного превышает число нарушителей. Однако для этого большинства не было бы смысла в подчинении, если бы не было организации для принуждения тех, кто попытался бы пользоваться преимуществами системы, не подчиняясь при этом налагаемым ею обязанностям. Поэтому «санкции» требуются не в качестве нормального мотива для подчинения, а как гарантия, что те, кто подчинились добровольно, не станут жертвами тех, кто этого не сделал.

Эти пять трюизмов, по мысли Харта, выявляют ядро здравого смысла в доктрине естественного права и проливают свет на ряд традиционных для юриспруденции вопросов. Например, вопрос о том, должна ли каждая правовая система обеспечивать санкции, уже не будет предполагать необходимость выбора между двумя «неподходящими», по словам Харта, альтернативами: с одной стороны, утверждением, что этого требует «само» значение слова «право», и, с другой, – утверждением, что это «всего лишь факт», что большинство правовых систем действительно обеспечивают санкции. Точно так же позитивистский тезис о том, что «право может иметь любое содержание» предстает в несколько ином виде с учетом концепции минимального содержания естественного права. Своего рода *естественной необходимостью* в праве для того, чтобы оно служило минимальным целям существ, устроенных так, как люди, будут минимальные формы защиты личности, собственности и обещаний.

Признавая такого рода взаимосвязь между правом и моралью, Харт тем не менее оспаривает более широкое утверждение, согласно которому для того, чтобы признаваться юридически действительным, правовое установление должно обладать определенного рода моральной ценностью.

Он говорит, что защита и выгоды, обеспечиваемые системой взаимной сдержанности, лежащей в основе и права и морали, могут распространяться на очень различный круг лиц. Гекльберри Финн, когда его спросили о том, не причинил ли кому-нибудь вреда взрыв парового котла на корабле, ответил: «Нет, мэм. Убило ниггера». Замечание тетушки Салли: «Да, повезло, потому что иногда бывают человеческие жертвы» – в концентрированной форме выражает мораль,

часто преобладавшую среди человечества. В этом случае распространение на рабов той заботы о других, которая естественна между членами доминирующей группы, может (как Гек узнал на своем горьком опыте) рассматриваться как серьезное моральное преступление, влекущее за собой все последствия моральной вины. Нацистская Германия и Южная Африка – более близкие нам по времени примеры такого состояния морали. Из этого Харт делает вывод, что хотя общество для того чтобы быть жизнеспособным должно предложить *некоторым* из своих членов систему взаимной сдержанности, оно, к сожалению, не нуждается в том, чтобы предложить ее всем. Как только что отмечалось, без добровольного сотрудничества достаточного количества членов общества, тем самым создающего власть, принудительная сила закона и правительства не может быть установлена. Но принудительная сила может применяться только против преступников, которые, хотя им предоставлена защита правил, эгоистично нарушают их; а может – для покорения и удержания в подчиненном положении подвластной группы, чьи размеры по отношению к господствующей могут быть большими или малыми, в зависимости от средств принуждения, солидарности и дисциплины последней и беззащитности и неспособности организовать первую.

Следовательно, общество, имеющее право, состоит, в частности, из тех, кто смотрит на его правила с внутренней точки зрения как на принимаемые стандарты поведения, и из тех, кому эти правовые стандарты должны быть навязаны силой или угрозой силы, потому что они или преступники, или беззащитные жертвы системы. Правила воспринимаются последними лишь как возможный источник наказания. Соотношение между этими двумя группами определяется множеством различных факторов. Если система справедлива и действительно заботится о жизненных интересах всех, от кого требует повиновения, она может получить и сохранять приверженность большинства большую часть времени и соответственно будет стабильной. С другой стороны, она может быть узкой и исключаящей системой, действующей в интересах доминирующей группы и непрерывно становящейся все более репрессивной и нестабильной в связи с латентной угрозой социального взрыва.

Таким образом, шаг от простого общества, где первичные правила обязанности являются единственным средством социального контроля, к правовому миру с его централизованной законодательной системой, судами, официальными лицами и санкциями приносит внушительные приобретения, но определенной ценой. Приобретения – приспособляемость к изменениям, точность и эффективность; цена – риск того, что централизованная власть может так же успешно использоваться для угнетения множества тех, без чьей поддержки она способна обойтись, что не было возможным для более простого режима первичных правил. Исходя из этих соображений, Харт и ставит под сомнение утверждение о том, что право должно соответствовать морали в каком-то более далеко идущем отношении, нежели то, которое предполагается концепцией минимального содержания естественного права. Харт критически анализирует несколько утверждений о наличии необходимой связи между правом и моралью.

(i) *Власть и авторитет.* Харт не думает, что дихотомия «закона, базирующегося только на силе» и «закона, принятого как морально обязывающего» является исчерпывающей. Те, кто принимает систему добровольно, необязательно должны считать себя морально обязанными это делать, хотя система и будет наиболее стабильной в таком случае. Верность системе может основываться на множестве различных соображений: расчете относительно долгосрочных интересов, бескорыстной заинтересованности в благе других, неотрефлексированном унаследованном или традиционном отношении или всего лишь желании поступать так, как другие. Те, кто принимает авторитет правовой системы, смотрят на нее с внутренней точки зрения и выражают свое понимание ее требований во внутренних утверждениях, сформулированных на нормативном языке, общем для права и морали: «я (ты) обязан», «я (ты) должен», «у меня (у них) есть обязанность» и т.п. Но тем самым они не обязаны принимать *моральное* суждение о том, что исполнять предписанное законом морально правильно.

(ii) *Влияние морали на право.* Право любого современного государства демонстрирует в тысячах проявлений влияние и общепринятой морали, и более широких моральных идеалов. Так, сфера подле-

жащих выполнению контрактов может быть ограничена ссылками на концепции нравственности и честности; строгость наказания за административные правонарушения и преступления может быть изменена так, чтобы соответствовать господствующим представлениям о моральной ответственности, и т.п. Харт признает существование этой связи и говорит о том, что ни один позитивист не может ее отрицать.

(iii) *Интерпретация*. Судьи часто в своем выборе руководствуются той посылкой, что цель правил, которые они интерпретируют, разумна и что правила не предназначены для того, чтобы творить несправедливость или оскорблять установившиеся моральные принципы. Решения судей, особенно в вопросах высокого конституционного значения, часто включают в себя выбор между моральными ценностями. Однако неверно, с точки зрения Харта, представлять данный факт как свидетельство *необходимой* связи между правом и моралью, поскольку часто свобода интерпретации приводила к нарушению, а не к соблюдению закона. Не случайно напоминания о том, что такие элементы *должны* руководить решением, исходили в основном от критиков, находивших, что судебское правотворчество часто бывает слепым по отношению к социальным ценностям, «автоматическим» или недостаточно обоснованным.

(iv) *Критика права*. Иногда высказывание о том, что существует необходимая связь между правом и моралью представляет собой не более чем утверждение, что *хорошая* правовая система должна в некоторых отношениях соответствовать требованиям справедливости и морали. Данное утверждение не является тавтологией, поскольку действительно в критике права могут быть разногласия в отношении как должных моральных стандартов, так и требуемых аспектов соответствия. Означает ли мораль, которой право должно соответствовать, общепринятую мораль той группы, чье это право, даже если эта мораль основывается на предрассудках или лишает своих благ и защиты рабов или подчиненные классы? Или мораль означает просвещенные стандарты в том смысле, что они основываются на рациональных представлениях о фактах и рассматривают всех людей как имеющих право на равное внимание и уважение?

Обычно то, что правовая система должна рассматривать всех людей в пределах своего действия как имеющих право на равные свободы и защиту, является общепринятым как формулировка идеала, даже если практика от него и отклоняется. Тем не менее это не должно затемнять тот факт, что внутригосударственные правовые системы долго существовали, несмотря на то, что попирали эти принципы справедливости.

(v) *Принципы легальности и справедливости.* Иногда говорят, что различие хорошей правовой системы, соответствующей в некоторых отношениях принципам морали и справедливости, и правовой системы, им не соответствующей, является ошибочным, поскольку некоторый минимум справедливости с необходимостью реализуется тогда, когда поведение людей управляется общими правилами, публично провозглашенными и применяемыми в судах. По мнению Харта, такая простейшая форма справедливости, как справедливость в применении закона, состоит не более чем в принятии всерьез идеи о том, что к множеству различных лиц должно применяться то же самое общее правило, не искаженное предрассудком, заинтересованностью или капризом. Для обеспечения этой справедливости разработаны особые процессуальные стандарты. То есть в самой по себе идее применения общего правила есть, по крайней мере, зачатки справедливости. Для того чтобы социальный контроль посредством таких правил мог осуществляться, эти правила должны быть доступны пониманию, быть такими, чтобы большинство было в состоянии им подчиняться, и в целом не должны быть ретроспективными, хотя в исключительных случаях такое может быть. Лон Фуллер предложил называть эти аспекты контроля с помощью правил «внутренней моралью права», наличие которой, по его мнению, недвусмысленно свидетельствует о необходимой связи между правом и моралью. Харт принимает тезис о существовании в праве такой «внутренней морали», однако полагает, что она совместима с очень большой несправедливостью.

(vi) *Юридическая действительность и сопротивление праву.* Если юридический позитивизм не отрицает наличия тех связей между правом и моралью, которые были обсуждены, то в чем тогда смысл

его «великих боевых кличей»: «Существование закона – это одно; его достоинства или недостатки – другое» (Остин); «Закон государства есть не идеал, но нечто реально существующее... Это не то, что должно быть, но то, что есть» (Грей); «Правовые нормы могут иметь любое содержание» (Кельзен)?

Как объясняет Харт, то, чему эти мыслители прежде всего старались способствовать, была ясность и честность при формулировании теоретических и моральных проблем, поднимаемых в связи с существованием отдельных законов, которые с моральной точки зрения чудовищно несправедливы, но были приняты в должном виде, ясны по значению и удовлетворяли всем признанным критериям действительности в правовой системе. Позитивисты полагают, что в случае с такими законами мы должны сказать: «Это закон, но он слишком чудовищный для того, чтобы исполнять его или подчиняться ему».

Харт размышляет о том, как быть, когда после революций или иных больших потрясений суды в какой-то правовой системе должны выразить свое отношение к крайним моральным несправедливостям, совершенным в правовой форме частными или официальными лицами при прежнем режиме. Их наказание может казаться социально желательным, но обеспечить его откровенно ретроактивным законодательством, делающим преступным то, что разрешалось или даже требовалось законами предыдущего режима, может быть нелегким делом. Аргументация естественного права в этом случае состояла в том, что аморальные законы прежнего режима должны быть признаны не обладающими качеством закона и недействительными. Должны ли быть наказаны доносчики, которые в личных целях отправляли других в тюрьму за нарушение чудовищных статутов, принятых при нацистском режиме? Возможно ли было вынести им приговор в судах послевоенной Германии на том основании, что эти статуты нарушали естественное право и поэтому были юридически ничтожны, так что тюремное заключение за нарушение этих статутов было на самом деле противозаконным, и способствовать ему само по себе было преступлением?

Харт рассматривает вопрос о том, какого понимания права следует в этом случае придерживаться: более широкого, которое вклю-

чало бы в себя несправедливые законы, соответствующие формальным критериям действительности, или более узкого, исключаящего из «права» такие оскорбляющие нравственность правила. По мнению Харта, ничто в научном изучении права не приобретается путем принятия более узкой концепции. Если мы примем широкое понимание права, говорит Харт, мы сможем в рамках его найти место для изучения любых особенностей морально чудовищных законов и общественной реакции на них. Изучение употребления права включает в себя изучение и злоупотреблений.

До тех пор пока часть людей может объединяться ради достижения господства над другими, те или иные формы закона будут использоваться в качестве одного из средств для этого. Порочные люди будут принимать порочные правила, которые другие будут применять. Для того чтобы сделать людей более проникательными в противостоянии злоупотреблениям официальной властью, наиболее необходимо, чтобы они сохраняли чувство того, что удостоверение чего-либо как юридически действительного не дает окончательного ответа на вопрос о повинении и что требования официальной власти должны в окончательном итоге подвергаться проверке с точки зрения морали. Такая способность будет выше среди тех, кто привык думать, что законы могут быть крайне несправедливыми, чем среди тех, кто думает, что ничто несправедливое не может иметь статуса закона.

Что касается дилеммы, стоявшей перед судами в постнацистской Германии, то наказание доносчиков и тех, кто воспользовался несправедливыми законами, по мнению Харта, нарушит принцип *nulla poena sine lege* (нет наказания без закона). Если посягательства на этот принцип должны осуществляться для того, чтобы предотвратить большее зло, чем жертвование этим принципом, жизненно необходимо, чтобы затрагиваемые вопросы были ясно обозначены. Случаи ретроактивного наказания не должны преподноситься как обычное наказание за незаконное в то время деяние. Позитивистская доктрина, считает Харт, по крайней мере никак не пытается замаскировать выбор между одним и другим злом, который в крайних обстоятельствах, возможно, придется делать.

Позиция Харта о разграничении права и морали тесно связана с его теорией судебного процесса и концепциями центра и полутени. Харт не согласен с теми учеными, которые усматривают необходимую связь права и морали в том, что при интерпретации правовой нормы в неясных случаях судья должен обращаться к различным стандартам, таким как моральные требования или цели социальной политики, и давать толкование нормы в свете этих стандартов. Харт полагает, что те широкие стандарты, к которым обращается судья, не обязательно могут иметь моральное содержание. Так, при Гитлере люди часто осуждались за критику режима, и выбор приговора должен был направляться исключительно соображениями о том, что нужно для эффективного поддержания тирании государства, т.е. тем, что вполне можно рассмотреть как рациональный стандарт.

Кроме того, Харт вообще не согласен с тем, что различные цели, стандарты и политику следует называть «правом» наряду с нормами. По его мнению, жесткое ядро устойчивого значения выступает правом в каком-то центральном главном смысле; необходимость же в привлечении более широких стандартов и целей возникает лишь, когда мы достигаем области полутени. Включать цели и политику в состав права – то же самое, что отрицать существование жесткого ядра и относить все юридические вопросы к области полутени. Это, в свою очередь, будет означать, что нормы права вообще не являются чем-то, что ограничивает судебные решения, как и полагали представители юридического реализма. Не следует, по мнению Харта, закрывать глаза на то, что нормы имеют авторитет, и что дело в чистом виде может подпадать под норму или прецедент.

Воззрения Харта на вопросы соотношения права и морали подверглись суровой критике со стороны профессора Гарвардской школы права Лона Фуллера. По мнению Фуллера, позитивисты, по-разному определяя право, не учитывают главного: того, что право – это не просто некоторая данность опыта, а нечто, требующее приложения человеческих усилий.

Фуллер отвергает идеи Харта об «имморальной моральности», утверждая, что порочные цели не могут иметь столько же последовательности и внутренней логики, сколько благие. Кроме того, судья,

пытающийся в своем решении достичь порочной цели, не будет апеллировать к широким принципам, а, вероятнее всего, будет оправдывать свое решение следованием букве закона.

Фуллер полагает, что утверждение Харта, согласно которому право основывается не на принуждении, а на «фундаментальных принятых в обществе нормах, устанавливающих основные законодательные процедуры», само страдает от внутреннего противоречия. Фундаментальные нормы конституции являются не юридическими, а моральными нормами, поскольку получают свою силу от общего признания, которое в конечном счете покоится на представлении о том, что они правильны и необходимы.

Фуллер полагает, что реализация идеала верности праву нуждается в планировании, а позитивизм отказывается это делать. Фуллер приводит в пример создание писаной конституции для страны, только что оправившейся от периода насилия и беспорядка, в которой разорваны все нити правопреимства с предыдущими правительствами. Очевидно, что без какой-либо помощи такая конституция не сможет обрести правовой характер; она не сможет стать законом только потому, что так написано в ней самой. Успех работы по принятию конституции зависит от всеобщего одобрения, и чтобы обеспечить это одобрение, все должны верить, что сама конституция необходима, правильна и справедлива. Положения конституции, следовательно, должны быть простыми и понятными, но не только в смысле значений слов и предложений, но и в смысле целей... Мы должны считать, что наша конституция устанавливает основную процедурную схему будущих действий правительства в принятии и отправлении законов... Насколько это возможно, субстанциальные цели должны достигаться процедурно, согласно принципу, по которому люди, принужденные действовать последовательно, будут в большинстве случаев поступать правильно.

По мнению Фуллера, эти соображения повсеместно игнорировались в конституциях, появившихся после Второй мировой войны. Вполне обычно для этих конституций включение в них множества экономических и политических мер того типа, который обыкновенно связывают со статутным правом. Фуллер подозревает, что причина их

включения – это страх того, что они не смогут пережить превратности обычного осуществления парламентской власти. Так, различные точки зрения, которые сами по себе свойственны законотворческому процессу, помещаются в документ, делающий возможным право как таковое. Очевидно, что эта процедура таит серьезные опасности для будущей реализации идеала верности праву.

Позитивизм, считает Фуллер, отказывается рассматривать важнейшие проблемы подобного рода из-за того, что придерживается жесткого разграничения «права, как оно есть» и «права, каким оно должно быть», включая в область юридического исследования лишь первое.

Фуллер полагает, что нет необходимости в разграничении концепций порядка и хорошего порядка, поскольку идея порядка сама по себе предполагает наличие своей собственной имплицитной моральности. Так, правитель, постоянно забывающий о своих собственных распоряжениях, поощряющий их нарушение и наказывающий за следование им, не способен установить какой-либо порядок на подвластной ему территории.

Именно пренебрежение анализом требований моральности порядка, по мнению Фуллера, приводит Харта к тому, что... он относится к праву как к данности, проецирующей в человеческий опыт, а не как к объекту человеческих стремлений. Когда мы понимаем, что сам по себе порядок есть то, ради чего необходимо работать, становится ясно, что существование правовой системы, даже плохой или порочной, – это всегда дело степени. Когда мы признаем этот простой факт ежедневного правового опыта, становится невозможным отбросить проблемы, на которые указывает опыт нацистского режима простым утверждением: «Во времена нацистов право было, хотя и плохое». Вместо этого нам следует задать вопрос о том, какая часть правовой системы пережила полную деградацию и извращение всех форм социального порядка, произошедшие во время правления нацистов, и какой моральный смысл имела эта искаженная система для сознательного гражданина, который был вынужден при ней жить.

Фуллер также полагает, что возникновение многих проблем, свойственных любой правовой системе и принявших катастрофиче-

скую форму в нацистской Германии, было бы невозможно в стране, где и просто право, и хорошее право рассматриваются в виде результата совместных человеческих усилий, нуждающегося в постоянном обновлении, и где юристы все еще заинтересованы в вопросе «Что есть хорошее право?» не меньше, чем в вопросе «Что есть право?».

В том, что касается восстановления правового порядка в постнацистской Германии, Фуллер не разделяет точку зрения Харта, согласно которой суды были не вправе признавать недействительными гитлеровские законы, использовавшиеся доносчиками, чтобы избавиться от неудобных им людей. Харт полагает, что суды должны были дожидаться ретроактивного закона вместо того, чтобы по своему усмотрению отказывать в правовом статусе морально порочным законам, которые, однако, удовлетворяли всем иным формальным требованиям, предъявляемым к законодательным актам.

Фуллер говорит о том, что нацистские законы не просто преследовали аморальные цели; это были акты крайне низкого качества. Так, нередко гитлеровцы прибегали к ретроспективному законодательству (как после «ночи длинных ножей», когда задним числом законный статус был придан «ликвидации» более чем 70 нацистов); многие акты носили тайный характер, причем тайные распоряжения могли как угодно корректировать нормы публично провозглашенного закона. Даже устный приказ Гитлера о том, чтобы тысячи заключенных концентрационных лагерей были преданы смерти, был в то же время административным указанием и признанием всего содеянного «законным».

Когда правовые формы становились неудобными, нацисты всегда полагали уместным попросту полностью их обойти и «действовать уличной группой». Суды, в которых господствовали нацисты, всегда были готовы пойти против любого статута, даже изданного самими нацистами, если так им было удобно или если они боялись, что традиционная юридическая интерпретация может повлечь недовольство «свыше». Что касается дел доносчиков, то их жертвы осуждались на основании законов, формулировки которых никак не отражали действий, вменявшихся им в вину; нарушался и порядок применения, предусмотренный самими законами. Фуллер пишет:

«Для меня нет ничего шокирующего в мысли о том, что диктатура, которая укрывается за показным блеском правовой формы, может настолько отдалиться от моральности порядка, от внутренней моральности права как такового, что она прекратит быть правовой системой. Когда система, именующая себя правом, основана на отсутствии всякого почтения со стороны судей к юридической терминологии, которую они намерены применять, когда для этой системы становится обычным разрешение правовых несоответствий, даже самых серьезных, с помощью законов, имеющих обратную силу, когда ей только нужно обратиться к террористическим вылазкам на улицах, которым никто не дерзает противостоять, чтобы ослабить эти и без того слабые пути мнимой законности, – когда диктатура обретает все эти признаки, мне не сложно, по меньшей мере, отказать ей в названии "право"».

Фуллер выдвигает требование «целеположенной интерпретации права». В статуте или норме общего права или явно, или благодаря отношению к другим нормам есть то, что может быть названо структурной целостностью. Именно это мы имеем в виду, когда говорим о «цели статута», хотя мы и знаем, что цели есть только у людей, а не у слов, положенных на бумагу. В пределах этой структуры верность праву не только позволяет, но требует от судьи исполнения творческой роли, но в то же время она не позволяет ему выходить за ее пределы.

Целеположенная интерпретация влечет немало трудностей, и Фуллер предполагает, что Харт и другие позитивисты отвергают ее, поскольку видят в ней угрозу свободе и достоинству человека. Фуллер иллюстрирует эти опасения на примере:

«Допустим, что я являюсь человеком без религиозных убеждений, живущим в сообществе, которому присуща истовая протестантская вера. Статут этого сообщества запрещает мне играть в гольф по воскресеньям. Я считаю этот статут неудобством и следую его требованиям безо всякой охоты. Но неудобство, которое я чувствую, не слишком отличается от того, которое я мог бы испытать, если бы игра в гольф по воскресеньям была разрешена, а от-

сутствие электроснабжения не позволило бы мне поехать на трамвае, на котором я обычно добираюсь до поля.

Насколько сложнее становится вся ситуация, если статут обязывает меня посещать церковь или, что еще хуже, стоять на коленях и читать молитвы! Здесь я могу почувствовать прямое оскорбление моей человеческой целостности. Между тем цель каждого из статутов может заключаться в увеличении числа прихожан. Здесь даже можно увидеть разницу в том, что первый акт преследует эту цель скрыто и косвенно, а второй – открыто и прямо. И все же, конечно, это случай, в котором скрытость имеет свои достоинства, а честность – свою высокую цену в виде человеческого достоинства.

Теперь я уверен: позитивизм страшится того, что чересчур определенная и вольная интерпретация с точки зрения цели может приравнять первый случай ко второму. Если это и есть существенное значение, которое лежит в основе позитивистской философии, то эта философия имеет дело с реальными проблемами, каким бы неподходящим ни показался ее ответ на эту проблему».

Главной заслугой Харта Фуллер считает то, что тот устраняет из позитивистской философии претензию на этическую нейтральность, которая до сих пор препятствовала дискуссии по важнейшим практическим вопросам.

Международное право в теории Г. Л. А. Харта

Хотя в отношении международного права и принято использовать термин «право», все же такое словоупотребление порождает сомнения среди теоретиков в связи с отсутствием международной законодательной власти, судов с принудительной юрисдикцией и централизованных санкций. Отсутствие этих институтов означает, что правила для государств напоминают простую форму социальной структуры первичных правил.

Сомнения по поводу международного права возникают из его противопоставления внутригосударственному праву, которое рассматривается как ясный, стандартный пример того, что такое право.

Часто те, кто сомневается в правовом характере международного права, задают вопрос в такой форме: «Как международное право может быть обязывающим?» Сомнения в этом вызывает отсутствие централизованных санкций. Харт полагает, что приводить такие доводы значит молчаливо признавать анализ обязанности, содержащийся в командной теории права, отождествляющей обязанности с вероятностью претерпевания санкций или наказаний за неподчинение.

Но можно не прибегать к предсказательной теории, а просто спросить: если правила, запрещающие свободное использование насилия, и санкции, их поддерживающие, действуют во внутригосударственном праве, не являются ли такие правила и санкции равным образом необходимыми в случае с международным правом?

Харт полагает, что в сообществах индивидов, приблизительно равных по физической силе и уязвимости, санкции необходимы и возможны. Среди индивидов возможности нанесения ущерба другим столь велики, а шансы избежать последствий столь значительны, что никакие простые естественные удерживающие факторы не достаточны, чтобы ограничить тех, кто не желает подчиняться закону. Вследствие факта приблизительного равенства и очевидных преимуществ подчинения системе ограничения никакое собрание преступников, вероятно, не превзойдет по силе тех, кто будет добровольно сотрудничать по поддержанию этой системы ограничений. В таких обстоятельствах санкции успешно могут использоваться против преступников при относительно малом риске: их угроза многое добавит к тому, чем являются естественные удерживающие факторы.

Однако агрессия между государствами не похожа на агрессию между индивидами. Использование насилия между государствами должно быть публичным, и хотя не существует международной полицейской силы, маловероятно, что раздор между агрессором и его жертвой останется их частным делом. Начать войну даже для сильной державы – значит пойти на большой риск в отношении последствий, которые редко предсказуемы с обоснованной уверенностью. С другой стороны, из-за неравенства государств не может быть устойчивой уверенности в том, что соединенная мощь тех, кто стоит на стороне

международного порядка, обязательно превзойдет силы агрессора. Следовательно, организация и использование санкций сопряжены с огромным риском, и угроза их мало что добавляет к естественным сдерживающим факторам. На фоне этих совершенно других фактов международное право развивается в форме, совершенно отличной от формы внутригосударственного права. Тем не менее существует общее давление, направленное на соответствие нормам международного права, и полагается, что их нарушение оправдывает не только требования компенсации, но и репрессалии и контрмеры.

Иногда сомнения в обязывающем характере международного права основываются на концепции «суверенитета». Многие не могут понять, как государство, являющееся суверенным, может быть также «связано» международным правом или иметь обязанности в соответствии с ним. Харт считает это возражение более сильным, чем то, что основано на факте отсутствия санкций в международном праве. Санкции в тот или иной момент времени могут появиться, однако аргумент суверенитета базируется на радикальной несовместимости в концепции государства, одновременно суверенного и являющегося субъектом права.

В рассуждении такого типа понятие суверенитета прилагается не к законодательной власти или какому-то иному элементу *внутри* государства, а к самому государству. Когда слово «суверен» появляется в юриспруденции, есть тенденция связывать с ним идею лица над законом, чье слово – закон для его подданных. Однако Харт считает, что это представление имеет мало общего с действительностью. Слово «государство» не есть имя некоторой персоны или вещи, по сути или «по природе» своей находящейся вне закона; это способ отсылки к двум фактам: во-первых, что население на определенной территории живет при той форме организованной власти, которая обеспечивается правовой системой с характерными для нее структурой законодательного органа, судами и первичными правилами; во-вторых, что эта власть обладает не ясно определенной степенью независимости.

Дело в том, что государства очень сильно отличаются друг от друга по степени независимости. Так, Великобритания или Италия

обладают очень большой степенью независимости и от правового, и от фактического контроля со стороны каких-либо властей или лиц вне их границ и выступают как «суверенные государства» в международном праве. Государства, являющиеся членами федерального союза, такого как Соединенные Штаты, подчинены во многих отношениях авторитету и контролю федерального правительства и конституции. Однако независимость, которую сохраняют даже эти штаты, велика по сравнению с положением, к примеру английского графства, по отношению к которому слово «государство» вовсе не используется. Территория графства подчинена тем же законам и правительству, что и вся остальная страна.

Между этими крайностями существует множество различных типов и степеней зависимости территориальных единиц, обладающих организованным правительством: различные колонии, протектораты, сюзеренитеты, подмандатные территории, конфедерации и т.д. В большинстве случаев зависимость одной единицы от другой выражается в правовых формах, так что закон на территории зависимой единицы будет зависеть от законотворческой деятельности в другой единице, от которой зависит первая. В некоторых случаях правовая система зависимой территории может не отражать этой зависимости. Это возможно, когда она лишь формально независима, а на самом деле через марионеток управляется извне. Ограничивающий фактор может быть не властью или авторитетом другой такой единицы, а международной властью, влияющей на единицы, которые одинаково независимы друг от друга. Полезно рассмотреть весь спектр возможностей просто потому, что осознание их существования – шаг по направлению к ответу на утверждение, что поскольку государства суверенны, они «не могут» быть подчинены международному праву или могут быть связаны лишь некоторой специфической формой международного права. Суверенное государство – это государство, не являющееся объектом определенных форм контроля, и его суверенность – это та область поведения, в которой оно автономно. Если в действительности среди государств существует та или иная форма международной власти, то сюзеренитет государств присутствует лишь в той

мере, в какой это позволяют правила; и мы можем знать, в какой мере те или иные государства суверенны, когда мы знаем, каковы эти правила, точно так же, как мы можем знать, свободен ли англичанин или американец и какова степень его свободы только тогда, когда мы знаем, каково английское или американское право.

Под влиянием не критичного использования идеи суверенитета многие убеждены, что в каждой национальной правовой системе *должен* быть суверенный законодатель, не подчиненный никаким правовым ограничениям, а также что международное право *должно* быть определенного характера, поскольку государства суверенны и не подлежат правовым ограничениям, кроме как ими самими установленным. В любом случае убежденность в необходимом существовании неограниченного правом суверена предreshает вопрос, на который можно ответить, единственно лишь изучив действительные факты.

Харт рассматривает теории международного права, известные как «волюнтаристские» или теории «самоограничения». Эти теории пытаются примирить абсолютный суверенитет государств с существованием обязывающих правил международного права, трактуя все международные обязанности как самоналагаемые, подобно обязательствам, которые возникают из обещания. Такие теории в международном праве являются двойниками теорий общественного договора в политической науке. Последние искали объяснения тому факту, что индивиды, «по природе» свободные и независимые, связаны, однако, внутригосударственным правом, трактуя обязанность повиноваться закону как возникшую из договора, который связанные им индивиды заключили друг с другом и в некоторых случаях со своими правителями. Харт рассматривает тройкий аргумент против волюнтаристских теорий международного права.

Во-первых, эти теории не могут полностью объяснить, каким образом известно, что государства «могут» быть связаны лишь самоналагаемыми обязательствами и почему мы должны принять этот взгляд перед любым исследованием действительного характера международного права.

Во-вторых, последовательностью отличаются лишь те крайние формы теории, в которых договорные обязательства государств толкуются как простые декларации их предполагаемого будущего поведения, и неосуществление их не рассматривается как нарушение какого-либо обязательства. Если же теория признает, что государство связано обязательством, которое оно на себя приняло, то этот взгляд не согласуется с идеей о самоналагаемом характере обязательств, поскольку правило о том, что договоры должны соблюдаться, должно уже существовать вне зависимости от любого соглашения, заключенного государством или данного им обещания.

В-третьих, хотя действующее международное право является в очень большой степени договорным, однако существуют и исключения из этого правила. Одно из таких исключений – случай нового государства, которое, образовавшись, становится связанным общими обязанностями международного права. Второй случай – когда государство, присоединяющее территорию или осуществляющее другое изменение, попадает в первый раз в сферу действия обязанностей, налагаемых теми правилами, которые оно до этого не имело возможности ни соблюдать, ни нарушать и на которые не было случая дать или не дать согласие. Если государство, первоначально не имевшее доступа к морю, присоединяет морскую территорию, этого достаточно, чтобы сделать его подчиненным всем правилам международного права, относящимся к территориальным водам и открытому морю.

Иногда международное право называют моралью, как это делал Остин, однако Харт не согласен с такой классификацией. Он говорит о том, что в аргументах, часто технических, которые государства обращают друг к другу в спорных делах международного права, преобладают не апелляции к совести, а ссылки на договоры, прецеденты и юридические труды. Конечно, некоторые правила международного права сходны с нормами нравственности, как, например привилегии дипломатических посланников, действующие в сфере международного «взаимоуважения». Однако чаще всего правила международного права, как и внутригосударственного, индифферентны к морали.

Норма права может быть лишь одним из огромного числа возможных правил, любое из которых работало бы в равной степени хорошо. Ничего нравственного нет в вождении по правой стороне дороги вместо левой или же в том, что завещание действительно, если оно совершено в присутствии двух свидетелей, а не одного. Внимание к формам и деталям, доведенное до крайности, принесло праву упреки в «формализме» и «легализме»; однако Харт напоминает, что эти пороки являются преувеличениями некоторых отличительных свойств права. Международное право, в частности, устанавливает количество дней, которое судно воюющей стороны может оставаться в нейтральном порту для заправки и ремонта; ширину территориальных вод и методы, которые должны использоваться для их измерения. Правила морали не могут принадлежать к такому типу правил. Харт считает, что в природе или функциях международного права нет ничего, что было бы несовместимо с идеей о том, что международно-правовые правила могут быть объектом законодательного изменения; отсутствие законодательного органа можно воспринимать просто как дефект, который однажды исправят. В то же время понятие законодательной власти, вводящей или отменяющей нравственные правила, абсурдно.

Разумеется, государства *могут* рассматривать некоторый курс поведения, требуемый международным правом, как морально обязательный и действовать по этой причине. Но это ни в коем случае не *должно* иметь место как условие существования международного права. Мотивы для добровольной поддержки системы правил могут быть крайне разнообразны.

Харт не поддерживает тех, кто проводит аналогии между правом внутригосударственным и международным и находит в последнем подобие законодательства, санкций или нормы признания. За такую норму часто выдается принцип *pacta sunt servanda* или же принцип эстоппель, согласно которому «государствам следует поступать так, как они обычно поступают». Харт считает, что современное международное право скорее подобно структуре первичных правил, не образующих системы и действующих просто в силу того, что большинство их признает в качестве действующих. Возможно, сегодня

международное право находится на стадии перехода к принятию этой или других форм, которые подвели бы его ближе в структуре к внутригосударственной системе. Но пока эта стадия не достигнута, и поэтому аналогии с внутригосударственным правом могут проводиться не по форме, а по функциям и содержанию.

Современные исследователи вносят некоторые коррективы в трактовку Хартом международного права. Так, С. Н. Касаткин отмечает, что:

1. С того времени, когда Харт работал над своей теорией, в международном праве произошли существенные изменения, выразившиеся, в частности, в формировании разветвленной системы наднациональных стандартов и связанных с ними гарантий и санкций, развитии системы международных организаций и властных инстанций с правотворческими полномочиями, судебных органов с императивной юрисдикцией и т.п. Все это дает основания для соответствующей правки его понятийных квалификаций.

2. В качестве образца в рассуждениях Хартом берется внутригосударственное право, по отношению к которому оцениваются все остальные случаи правового, включая международное право, которому в этом плане не хватает тех или иных институциональных характеристик. Однако подобный выбор философа – в том числе в свете притязаний на общий характер создаваемой теории – остается по большому счету непроясненным, давая повод рассматривать международное право как «недоправо».

3. Внутригосударственное право реконструируется автором в первую очередь на материалах уголовного и гражданского (частного) права без широкого обращения к конституционной (и в целом публично-правовой) регламентации. Между тем присущие последней черты – касающиеся установления базовых принципов/критериев правопорядка, системы санкций и ответственности, действия судебной юрисдикции и прочее – гораздо ближе международному праву, что тем самым ослабляет аргументы Харта, связанные с различием международного и внутригосударственного права.

ПЛАН СЕМИНАРСКИХ ЗАНЯТИЙ

Тема 1. Г. Л. А. Харт и методология философско-лингвистического анализа

Цели занятия: 1) углубление понимания студентами методологии философско-лингвистического анализа; 2) формирование у студентов навыков философско-лингвистического анализа юридических понятий.

Тип занятия: семинар в форме развернутой беседы с элементами комментированного чтения и практической работы.

Литература, рекомендуемая для подготовки к семинару:

1. Харт Г. Л. А. Приписывание ответственности и прав / пер. с англ. В. В. Оглезнева ; под ред. В. А. Суровцева // Оглезнев В. В. Г. Л. А. Харт и формирование аналитической философии права. Томск : Изд-во Томского ун-та, 2012. С. 159 – 184.

2. Харт Г. Л. А. Определение и теория в юриспруденции // Правоведение. 2008. № 5. С. 6 – 32.

3. Харт Г. Л. А. Аналитическая юриспруденция в середине XX века: ответ профессору Боденхаймеру // Правоведение. 2013. № 4. С. 156 – 177.

4. Золкин, А. Л. Эволюция лингвистической доктрины аналитической философии и аналитическая школа права // История государства и права. 2005. № 2. С. 52 – 55.

5. Афонасин Е. В., Дидикин А. Б. Философия права : учеб. пособие / Новосиб. гос. ун-т. Новосибирск, 2006. Тема 4.

6. Фуллер Л. Л. Позитивизм и верность праву: Ответ профессору Харту // Правоведение. 2005. № 6. С. 124 – 159.

Вопросы для обсуждения в ходе развернутой беседы:

1. Аскриптивный и отменяемый характер правовых понятий.
2. Критика Харту традиционного способа определения правовых понятий.

3. Особенности аналитико-лингвистического способа прояснения юридических терминов.

4. Преимущества аналитической юриспруденции как научной и учебной дисциплины.

Фрагмент для комментированного чтения:

Харт Г. Л. А. Определение и теория в юриспруденции (извлечение)

Давайте посмотрим, что предполагает использование традиционного метода определения, каковы пределы его эффективности и почему он может вводить нас в заблуждение. Это, конечно, простейшая, а также наиболее удовлетворяющая нас форма определения, поскольку она предоставляет набор слов, способных заменить определяемое слово всегда, когда бы оно ни использовалось; она дает нам понятный синоним или перевод для слова, которое приводит нас в замешательство. Это в наибольшей степени приемлемо там, где слова имеют прямую функцию означивания того или иного вида вещи, качества, человека, процесса или события, ибо здесь мы не озадачены или не пребываем в замешательстве относительно общих свойств исследуемого нами предмета, но просим определения, просто чтобы поместить внутри данного известного общего вида или класса некоторый особенный подчиненный вид или класс¹. Таким образом, поскольку мы не находимся в недоумении относительно общих понятий мебели или животных, мы можем взять такое слово, как «стул» или «кот», и дать принцип его использования, сначала специфицируя общий класс, к которому то, что оно привычно описывает, принадлежит, и затем переходя к определению отличительных особенностей, которые выделяют его среди других видов того же общего рода. И, конечно, если мы не озадачены общим понятием корпоративной организации, но только желаем знать, как один вид (скажем, коллегия)

¹ Причина, побудившая Бентама отвергнуть общий метод определения юридических терминов, состояла в том, что «среди подобных абстрактных терминов мы вскоре приходим к таким, для которых отсутствует более общая родовая категория. Определение *per genus et differentiam* в случае его применения к указанным терминам не может обеспечить никакого продвижения вперед... Оно также недостаточно для того, чтобы определить предлог или союз... «через» – это... «потому что – это... и так далее» (*Bentham J. A Fragment on Government. Ch. V. Note 6. § 7 – 8*).

отличается от другого (скажем, общества с ограниченной ответственностью), мы можем прекрасно использовать эту форму определения единичных слов. Но именно потому, что указанный метод приемлем на данном уровне исследования, он не может помочь, когда наши затруднения глубже. Ибо, если наш вопрос возникает в связи с тем, что мы озадачены относительно общей категории, к которой нечто принадлежит, и того, как некоторый общий тип выражения связан с фактом (как это происходит с основополагающими правовыми понятиями), а не просто относительно места внутри категории, тогда до тех пор, пока недоумение не прояснено, эта форма определения в лучшем случае ничего не объясняет, а в худшем – вводит в глубокое заблуждение. Она ничего не объясняет, потому что способ определения, предназначенный для того, чтобы расположить некоторый подчиненный вид в рамках некоторой известной категории, не может разъяснить свойства категории аномального характера; и она вводит в заблуждение, потому что будет предполагать, что то, что в действительности является аномальной категорией, в конечном счете есть лишь некоторая разновидность чего-то известного... .

Как тогда нам следует определять подобные термины? Если определение есть предоставление синонима, который не будет равным образом вводить нас в замешательство, тогда эти слова определены быть не могут. Но, думаю, существует метод объяснения достаточно общего применения, который мы, если желаем, можем назвать определением. Бентам и ряд других авторов его практиковали, но не проповедовали. Однако прежде чем применять данный метод к слишком сложным правовым случаям, я должен проиллюстрировать его на простом примере игры. Возьмите понятие взятки при игре в карты. Кто-то спрашивает: «Что такое взятка?», – и вы отвечаете: «Я объясню: у вас идет игра и среди ее правил есть одно, предусматривающее, что когда каждый из игроков сделал ход, то положивший самую высокую карту зарабатывает очко; в этих обстоятельствах говорят, что этот игрок ”взял взятку”». Это естественное объяснение не приняло форму определения отдельного слова «взятка»: для него не было пред-

ложено синонима. Вместо этого мы использовали суждение, в котором слово «взятка» играет характерную для себя роль и объясняется, во-первых, посредством спецификации условий, при которых все суждение истинно, и, во-вторых, посредством того, как данное слово употребляется в ходе осуществления вывода на основании правил в конкретном случае.

Если мы вернемся назад к Бентаму, то обнаружим, что, когда его объяснение правовых понятий действительно что-либо проясняет, как это бывает очень часто, оно соответствует описанному методу, хотя и без достаточной строгости. Тем не менее любопытно, что его наставления несколько отличны от наших: взять слово, например, «субъективное право», «обязанность» или «государство»; включить его в суждение, такое как «Вы имеете право», где оно играет характерную для себя роль, а затем найти его *перевод* в то, что можно назвать фактуальными терминами¹. Такой подход он называет методом парафразы: давая фразу за фразой, а не слово за словом. Теперь этот метод применим ко многим случаям и позволяет многое прояснить; но вместе с тем он искажает большое число правовых понятий, как то же «субъективное право» или «обязанность», чья характерная роль реализуется не в утверждениях факта, но в юридических выводах. Парафраз последних в фактуальных терминах невозможен, и когда Бентам предлагает такой парафраз, он не получается вовсе.

Но чаще всего и во многом к нашей выгоде он не требует парафразы: для объяснения этих слов он делает замечания другого рода — замечания, такие как «То, что Вы имеете право заставить меня сделать что-либо, есть то, за невыполнение чего я согласно праву обязан быть наказан по требованию, сделанному от вашего лица»² или «Чтобы знать, как истолковать субъективное право, обратите свой взор к действию, которое в рассматриваемых обстоятельствах будет нару-

¹ В действительности он предъявлял еще более строгое требование, в соответствии с которым подобные переводы следует осуществлять в терминах, рассчитанных на то, чтобы вызывать образы «реальных вещей» или «ощущений». Это согласовывалось с формой эмпиризма Бентама, но полезность метода парафразов (который тождествен современному «определению в употреблении») от этого требования не зависит.

² *Bentham J. A Fragment on Government. Ch. V. Note 6. § 7 – 8.*

шением этого права; объективное право создает субъективное право посредством запрещения этого действия»¹. Эти замечания, несмотря на изъяны, указывают верный путь. Они не являются парафразами, но специфицируют некоторые из условий, необходимых для истинности суждения формы «Вы имеете право». Бентам показывает нам то, как эти условия включают существование права, налагающего обязанности на какое-либо другое лицо; и, более того, то, что должна быть норма, которая предусматривает, что за нарушением обязанности должна следовать санкция, если вы или кто-то от вашего имени делает такой выбор. У данного подхода есть множество достоинств. Отказываясь отождествлять значение выражения «субъективное право» с каким-либо психическим или физическим фактом, он верно оставляет здесь открытым вопрос о том, есть ли при любом данном случае у человека право действительно иметь какое-либо ожидание или возможность; таким образом, данный подход позволяет нам рассматривать ожидания или возможности людей как то, что обычно у них есть, если имеется система прав, и как часть того, что система прав обычно предназначена гарантировать. Некоторые из усовершенствований, которые следует внести в разработки Бентама, очевидны. Вместо того, чтобы характеризовать право с точки зрения наказания, многие делали бы это с точки зрения средств юридической защиты. Но я предпочел бы показать особое положение того, у кого есть право, упоминая не средства защиты, но открытый ему выбор относительно того, должна ли быть выполнена соответствующая обязанность или нет. Ибо, думаю, именно для норм, предоставляющих права (в отличие от тех, которые только налагают обязанности), характерно, что обязательство выполнить соответствующую обязанность поставлено объективным правом в зависимости от выбора индивида, о котором говорят, что у него есть право, или выбора какого-либо лица, уполномоченного действовать от его имени.

Поэтому в качестве объяснения выражения «субъективное юридическое право» я буду предлагать следующее:

¹ *Bentham J. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. Ch. XVI. Para 25.*

(1) Утверждение формы «*X* имеет право» истинно, если удовлетворяются следующие условия:

(a) Имеется действующая правовая система.

(b) В соответствии с нормой или нормами этой системы некий другой человек *Y* в произошедших событиях обязан совершить некоторое действие или воздержаться от его совершения.

(c) Эта обязанность поставлена правом в зависимость от выбора или *X*, или какого-либо другого человека, уполномоченного действовать от его имени, так что *Y* обязан совершить некоторое действие или воздержаться от его совершения либо только если в этом состоит выбор *X* (или какого-либо другого человека), либо в качестве альтернативы только до тех пор, пока *X* (или такой человек) не выберет обратное.

(2) Утверждение формы «*X* имеет право» используется для того, чтобы сделать юридический вывод в конкретном случае, подпадающем под соответствующие нормы.

Чтобы объяснить, что такое общество с ограниченной ответственностью, мы должны обратиться к соответствующим правовым нормам, которые определяют условия, при которых характеризующее его суждение, как, например «ООО "Смит и К°" должна Уайту 10 фунтов», истинно. Затем мы должны показать, каким образом наименование общества с ограниченной ответственностью действует в качестве элемента юридического вывода, используемого для того, чтобы применять и особые нормы права корпораций, и также нормы, которые первоначально были выработаны для индивидов (такие как предписания договорного права). Конечно, необходимо будет подчеркнуть, что при особых условиях, определенных специальными нормами, иные правовые положения применяются к поведению индивидов в корне отличным, хотя все еще схожим, образом от того, как эти же положения применяются к индивидам помимо таких особых условий. Это можно было бы выразить, переформулировав известный принцип нашего права корпораций «Компания есть сущность, отлич-

ная от ее членов» следующим образом: «Наименование общества с ограниченной ответственностью используется в юридических выводах, которые применяют правовые нормы в особых обстоятельствах отличным, хотя все еще схожим, образом от того, как подобные нормы применяются к индивидам помимо таких обстоятельств». Такая формулировка показала бы, что нам приходится иметь дело не с аномальными или вымышленными сущностями, но с новым или расширенным, хотя и аналогичным, использованием правовых норм и связанных с ними выражений.

Задание для письменной контрольной работы студентов:

Пользуясь методом философско-лингвистического анализа, предложите собственное объяснение одной из следующих категорий: «юридическое лицо», «обязанность», «государство», «законодательство», «юрисдикция», «договор», «санкция» или иной правовой категории по вашему усмотрению.

Тема 2. Критика воззрений классиков юридического позитивизма

Цель занятия: ознакомление студентов с основными направлениями критики Г. Л. А. Хартом позитивистских представлений Джона Остина и Ганса Кельзена.

Тип занятия: семинар в форме обсуждения докладов с элементами пресс-конференции. Несколько студентов готовят доклады по заранее объявленным темам. Каждый из тех, кто не выступает с докладом, обязан задать по одному вопросу всем докладчикам.

Литература, рекомендуемая для подготовки к семинару:

1. Харт Г. Л. А. Понятие права / пер. с англ. ; под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб. : Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2007. Гл. 2, 3, 4.

2. Афонасин Е. В., Дидикин А. Б. Философия права : учеб. пособие / Новосиб. гос. ун-т. Новосибирск, 2006. Темы 2, 3, 4.

3. Моисеев С. В. Философия права : курс лекций. 2-е изд., испр. и доп. Новосибирск : Сиб. унив. изд-во, 2004. С. 21 – 31.

Темы докладов

1. Сходство и отличия права и принуждающих приказов.
2. Многообразие законов по содержанию и аргументы в пользу фундаментального единства правил.
3. Аргументы «сферы применения» и «способов происхождения» юридических правил.
4. Критика остиновой трактовки суверена.

Тема 3. Понятие права

Цель занятия: усвоение студентами центральных идей концепции права как единства первичных и вторичных правил

Тип занятия: семинар в форме развернутой беседы с элементами комментированного чтения и контрольной работы.

Литература, рекомендуемая для подготовки к семинару:

1. Харт Г. Л. А. Понятие права / пер. с англ. ; под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб. : Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2007. Гл. 5, 6.
2. Афонасин Е. В., Дидикин А. Б. Философия права : учеб. пособие / Новосиб. гос. ун-т. Новосибирск, 2006. Тема 4.
3. Моисеев С. В. Философия права : курс лекций. 2-е изд., испр. и доп. Новосибирск : Сиб. унив. изд-во, 2004. С. 31 – 42.

Вопросы для обсуждения в ходе развернутой беседы:

1. Идея обязательства. Внутренний и внешний аспекты правил.
2. Дефекты простой социальной структуры, основанной на первичных правилах.
3. Правила признания, изменения и суда.
4. Правило признания и юридическая действительность.
5. Патология правовой системы.

Фрагмент для комментированного чтения:

Харт Г. Л. А. Понятие права (извлечение)

Можно представить себе общество, в котором не было бы законодателей, судов и официальных лиц любого типа. Существует множество исследований примитивных обществ, в которых не только доказывается, что такая возможность действительно реализовалась, но и подробно описывается жизнь сообщества, социальный контроль в котором осуществляется исключительно благодаря всеобщему признанию группой стандартных для нее норм поведения, подобных тем, которые мы охарактеризовали как правила обязательства. Социальная структура подобного рода нередко называется «обычной» (*основывающейся на обычаях*), однако мы не будем использовать этот термин, так как он предполагает, что правила, установленные обычаем, очень древние и поддерживаются при помощи меньшего давления со стороны общества, нежели другие правила. Для того чтобы избежать этих допущений, назовем такую социальную структуру структурой, основанной на первичных правилах обязательства. Если общество живет исключительно по таким первичным правилам, то, учитывая некоторые очевидные банальности о природе человека и мира, в котором мы живем, должны будут выполняться несколько очевидных условий. Одним из таких условий будет то, что эти правила обязательно должны будут включать в себя определенные ограничения на применение насилия, а также наказания за кражу и обман, так как подобные действия должны подавляться, если люди желают сосуществовать друг с другом. И действительно, правила подобного рода приняты во всех известных нам примитивных обществах. Кроме того, существуют и другие правила, налагающие на отдельных членов сообщества позитивные обязанности, предписывающие выполнение определенных действий, вносящих вклад в общественную жизнь. Во-вторых, хотя в таком сообществе может существовать напряженность между теми, кто принимает эти правила, и теми, кто отвергает их и подчиняется только в силу давления со стороны социума и из страха перед возможным наказанием за их неисполнение, ясно, что эти последние

должны составлять меньшинство. Ведь сообщество людей примерно равных по физической силе не сможет стабильно существовать, если те, кто противится правилам, не будут ощущать достаточно сильного давления со стороны общества. И это также подтверждается исследованиями примитивных обществ, в которых при наличии определенного числа инакомыслящих и злодеев большинство живет по правилам, воспринимаемым с внутренней точки зрения.

Для наших целей более важным является следующее соображение. Ясно, что только небольшое сообщество, связанное узами родства, близостью мировоззрений и верований и помещенное в стабильную среду, может успешно существовать под управлением подобного рода неофициальных правил. При других обстоятельствах такая простейшая форма контроля неизбежно окажется недостаточной, и для исправления ее недостатков потребуются дополнительные меры. Прежде всего, правила, по которым живет эта группа, не образуют системы, представляя собой всего лишь набор определенных стандартов, отдельно не идентифицируемых и не связанных друг с другом ничем, кроме, разумеется, того обстоятельства, что все они признаются определенной группой людей. В этом отношении они напоминают наши правила этикета. Поэтому каждый раз, когда возникает сомнение относительно того, в чем конкретно состоит то или иное правило, мы не будем иметь возможности прибегнуть к стандартизированной процедуре, позволяющей развеять это сомнение, такой как обращение к авторитетному тексту или официальному лицу, чьи заявления по данному поводу обладают авторитетом. Ведь ясно, что такая процедура и признание решения авторитетного текста или персоны предполагают существование правил, отличных по природе от тех правил обязательства и обязанности, которые, согласно нашей гипотезе, существуют в данном обществе. Этот дефект простой социальной структуры, основанной лишь на первичных правилах, мы назовем *неопределенностью*.

Вторым дефектом является *статичность* этих правил. Единственным приемлемым способом изменения правил для такого общества является процесс медленной трансформации, при котором определенные правила поведения сначала считаются возможными, затем

обычными или типичными и только затем необходимыми, и, напротив, процесс упадка того или иного правила состоит в том, что сначала за его нарушение сурово наказывают, затем к нарушениям начинают относиться более терпимо и, наконец, перестают их замечать. В подобном обществе не существует механизма сознательной адаптации правил к изменяющимся обстоятельствам путем уничтожения старых правил или введения новых, так как подобная процедура возможна только при наличии правил, отличных от тех правил первичных обязательств, по которым живет данное общество. В крайнем случае, эти правила могут быть статичными в более решительном смысле. И этот гипотетический случай, возможно, никогда не реализуемый в действительности, следует также учесть, так как средства для его преодоления суть нечто очень характерное для права. Предположим, что в нашем обществе не только не существует способа сознательного изменения общего правила, но и обязанности, которые следуют из него в конкретных случаях, не могут быть изменены или модифицированы на основе сознательного выбора того или иного частного лица. Каждый член общества в этом случае будет обязан выполнять определенные действия и воздерживаться от совершения определенных поступков. Во многих случаях в результате надлежащего исполнения подобных обязательств одни лица будут получать выгоду от действия других. Однако, если существуют только первичные правила обязательств, они не смогут освободить своих должников от исполнения должного или же передать выгоды от исполнения этих обязательств в пользу других лиц. Ведь для того чтобы освободить должника от исполнения обязательства или же уступить право требования другому лицу, необходимо создать изменения в изначальных первичных правилах обязательств, для чего потребуются правила, отличные от этих первичных правил.

Третьим дефектом такой простейшей формы социальной жизни является *неэффективность* того распыленного социального давления, благодаря которому поддерживается исполнение правил. Споры о том, нарушено ли в данном случае правило или нет, неизбежно возникнут и, за исключением очень маленьких и сплоченных обществ,

будут продолжаться до тех пор, пока не появится орган, имеющий право окончательно и авторитетно установить факт нарушения. Отсутствие подобной ясности и авторитетности в установлении факта нарушения следует отличать от другой слабости этой системы. Речь идет о том, что наказание за нарушение правила и другие формы социального давления, которые предполагают физическое воздействие или применение силы, также в данном случае не организованы и остаются во власти заинтересованных лиц или общества в целом. Очевидно, что потеря времени в процессе неорганизованных усилий группы поймать и наказать нарушителей, равно как и бесконечная вендетта в ситуации отсутствия официальной монополии на исполнение «санкций», могут породить значительные проблемы. История права учит нас, однако, что отсутствие официальных органов для авторитетного выявления самого факта нарушения правила является более значительным дефектом. Именно поэтому во многих обществах именно эта проблема решалась намного раньше других.

Исправление указанных трех дефектов этой простейшей формы социальной жизни возможно, если к *первичным* правилам обязательства добавятся *вторичные* правила, имеющие другую природу. Исправление каждого из этих дефектов можно рассматривать как последовательные шаги на пути от доправового к правовому миру. Каждый из этих шагов вносит в социальную жизнь элементы того, что свойственно именно праву, а исправление всех трех указанных дефектов является достаточным условием для того, чтобы исходный режим первичных правил превратился в настоящую правовую систему. Рассмотрим последовательно эти шаги и покажем, почему право может лучше всего быть охарактеризовано именно как единство первичных правил обязательства и вторичных правил подобного рода. Однако сначала отметим одно обстоятельство общего характера. Хотя исправление этих дефектов предполагает введение правил, отличных друг от друга и от тех первичных правил обязательств, которые они дополняют, они имеют много общих характеристик и связаны друг с другом различными способами. Так, обо всех этих новых правилах

можно сказать, что они находятся на уровне, отличном от первичных правил, кроме того, все они являются высказываниями *о первичных правилах*. Иными словами, если первичные правила касаются действий, которые то или иное лицо должно совершать или нет, вторичные правила касаются только самих первичных правил. Они уточняют, как первичные правила должны удостоверяться, вводиться, удаляться, изменяться, а также как должен устанавливаться факт их нарушения.

Вопросы для письменной контрольной работы:

Вариант 1

1. Что утверждает предсказательная теория юридической обязанности и какие возражения против этой теории выдвигает Харт?
2. В чем состоит дефект неопределенности простой социальной структуры, основанной на первичных правилах?
3. Каким образом дефект неопределенности устраняется в более развитой правовой системе?
4. В чем, с точки зрения Харта, заключается различие между утверждениями о юридической действительности правила и об эффективности данного правила либо правовой системы в целом?
5. Какие трудности, по мнению Харта, вызывает статус правила, используемого в последней инстанции для определения права?
6. Как Харт описывает разновидности патологии правовой системы, когда такая патология связана с революцией или вражеской оккупацией?

Вариант 2

1. Как разграничение внутреннего и внешнего аспектов правил помогает Харту объяснить понятие юридической обязанности?
2. В чем суть дефектов статичности и неэффективности социальной структуры, основанной на первичных правилах?
3. Что в более развитой правовой системе позволяет устранить дефекты статичности и неэффективности?

4. В каком смысле Харт говорит об окончательном характере правила признания и о наивысшем из критериев, по которым оценивается юридическая действительность правил системы?

5. Как Харт проясняет утверждение о том, что правовая система существует в данной стране или в данной социальной группе?

6. Как Харт описывает разновидности патологии правовой системы, возникающие вследствие освобождения страны от колониальной зависимости?

Тема 4. Концепция открытой структуры права

Цель занятия: формирование у студентов представления о концепции «открытой структуры права», ее сильных и слабых сторонах.

Тип занятия: семинар в форме диспута, в котором участвуют студенты двух групп. Студенты из одной группы готовят доклады, а студенты из второй группы выступают их оппонентами. Докладчики, оппоненты и темы для обсуждения определяются заранее.

Литература, рекомендуемая для подготовки к семинару:

1. Харт Г. Л. А. Понятие права / пер. с англ. ; под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб. : Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2007. Гл. 7.

2. Афонасин Е. В., Дидикин А. Б. Философия права : учеб. пособие / Новосиб. гос. ун-т. Новосибирск, 2006. Темы 4, 7.

3. Касаткин С. Н. Доктрина судейского усмотрения в концепции Герберта Л. А. Харта // Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : Статті учасників Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 3 – 5 грудня 2010 року). Львів : Галицький друкар, 2010. С. 261 – 278.

4. Дворкин Р. О правах всерьез / пер. с англ. ; ред. Л. Б. Макеева. М. : РОССПЭН, 2004. С. 57 – 68, 105 – 108.

5. Фуллер Л. Л. Позитивизм и верность праву: Ответ профессору Харту // Правоведение. 2005. № 6. С. 124 – 159.

Темы докладов и содокладов для диспута:

№ п/п	Тема доклада	Тема содоклада оппонента
1	Концепция «открытой структуры права» Г. Харта: обоснование и преимущества	Концепция «права как целостности» Рональда Дворкина и критика идеи «открытой структуры права»
2	Философия правового реализма и ее вклад в науку юриспруденции	Критика идей правового реализма Г. Хартом с позиций юридического позитивизма
3	Концепции «центра» и «полутени» в теории интерпретации права Г. Л. А. Харта	Критика теории интерпретации Харта Лоном Фуллером

Тема 5. Взаимосвязь права и морали в теории Г. Л. А. Харта

Цель занятия: ознакомление студентов с дискуссией о взаимосвязи права и морали в юриспруденции второй половины XX века, а также о позиции Г. Л. А. Харта в этой дискуссии.

Тип занятия: развернутая беседа с элементами диспута, включающая упражнения на самостоятельность мышления.

Литература, рекомендуемая для подготовки к семинару:

1. Харт Г. Л. А. Понятие права / пер. с англ. ; под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб. : Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2007. Гл. 8, 9.

2. Афонасин Е. В., Дидикин А. Б. Философия права : учеб. пособие / Новосиб. гос. ун-т. Новосибирск, 2006. Тема 5.

3. Моисеев С. В. Философия права : курс лекций. 2-е изд., испр. и доп. Новосибирск : Сиб. унив. изд-во, 2004. С. 168 – 179.

4. Харт Г. Л. А. Позитивизм и разграничение права и морали // Правоведение. 2005. № 5. С. 102 – 136.

5. Фуллер Л. Л. Позитивизм и верность праву: Ответ профессору Харту // Правоведение. 2005. № 6. С. 124 – 159.

Вопросы для обсуждения в ходе развернутой беседы:

1. Принципы справедливости по Харту.
2. Сходство и различие моральных и правовых требований.

3. Конвенциональная и «просвещенная» мораль.
4. Концепция «минимального содержания естественного права».
5. Существует ли необходимая связь между правом и моралью?
6. Вправе ли общество использовать закон для проведения в жизнь требований морали (на основе полемики между Г. Л. А. Хартом и Лордом П. Девлином)?

Темы доклада и содоклада для диспута:

Тема доклада	Тема содоклада оппонента
Не существует необходимой связи между правом и моралью, за исключением той, что может быть выражена с помощью концепции «минимального содержания естественного права»	Целеполагающая интерпретация и идеал верности праву в концепции Лона Фуллера

Упражнения на самостоятельность мышления:

Для выполнения упражнений формируются команды в составе трех-четырех студентов, каждой из которых выдается отрывок из работы того или иного мыслителя и предлагается определить, кому принадлежит данный отрывок, и дать его интерпретацию.

Отрывки для анализа:

1. ...Радбрух, исходя из той легкости, с которой нацистский режим использовал в своих интересах следование праву как таковому, – иначе говоря, как он полагал, тому, что выражено в «позитивистском» девизе словами «закон есть закон» (*Gesetz als Gesetz*), – а также из неудачи, постигшей немецких юристов, выступавших против возложения на них обязанности совершать гнусные преступления во имя закона, заключил, что «позитивизм» (здесь этот термин употребляется в значении, подразумевающем отделение права, какое оно есть, от права, каким оно должно быть) немало способствовал всем явившимся ужасам. Подобные рассуждения привели его к идеям, заключающимся в том, что фундаментальные принципы гуманистической морали были частью самой идеи *Recht'a*, или законности, и в том, что ни один

позитивный законодательный акт или статут, как бы четко он ни был сформулирован и как бы четко он ни соответствовал формальным критериям состоятельности соответствующей правовой системы, на деле не может быть состоятельным, если он противоречит основным принципам морали. Полное понимание идей Радбруха невозможно без постижения нюансов немецкого слова *Recht*. Между тем вполне очевидно, что его идеи предполагают обязанность каждого юриста и судьи отказаться от применения закона, нарушающего основные принципы, не просто как от аморального или ошибочного, а как от не носящего правовой характер, а также что подобный закон, которому на этом основании не достает признаков закона, не должен приниматься во внимание ни одним индивидом, определяющим свою правовую позицию в отдельно взятой ситуации... .

Нельзя не симпатизировать жаркому призыву Радбруха к тому, чтобы немецкое правосознание открылось требованиям морали, а также его сожалениям по поводу того, что подобный ход вещей слишком маловероятен в случае с немецкой традицией. С другой стороны, взгляд, предполагающий, что отсутствие всякой чувствительности по отношению к морали и благоговение перед государственной властью среди людей, подобных немцам, явилось следствием общего мнения о том, что право останется правом даже в случае его расхождения с минимальными требованиями морали, таит в себе необычайную наивность. Страшные примеры истории поставили перед нами вопрос о том, почему акцент на фразе «закон есть закон» и отделении права от морали приобрел порочный характер в Германии. Однако во многих других странах он, как это было и в случае с утилитаристами, прекрасно сочетался с самыми просвещенными позициями. При этом в точке зрения Радбруха на проблемы, порождающие существование морально несправедливых законов, противоречащих морали, кроется нечто более тревожное, чем простая наивность. Судя по его доводам, слова о том, что немецкий юрист сумел постичь лишь одну сторону духовного послания либерализма, с которым он так стремился подходить к правовым вопросам, не покажутся вам слишком резкими. Ведь все слова Радбруха на самом деле являются следствием огромной переоценки значимости того простого факта, что какое-либо положение

может быть наделено характером состоятельной правовой нормы, словно она, некогда провозглашенная, была ответом на заключительный моральный вопрос: «Должны ли данной норме подчиняться?» Конечно, настоящим либеральным ответом на вопрос о любом порочном использовании фразы «право есть право» или на вопрос о различии между правом и моралью будет такой ответ: «Все это очень хорошо, но вопрос не решает. Право – не мораль; нельзя позволить ему занять ее место».

2. Давайте оставим в стороне, по крайней мере, более грубые обличительные речи и обратимся с таким спокойствием, на которое мы только способны, к вопросу о том, мог ли юридический позитивизм, каким он практиковался и проповедовался в Германии, иметь (или даже имел) какую-либо причинную связь с приходом Гитлера к власти. Следует вспомнить, что в течение 75 лет, предшествовавших нацистскому режиму, позитивистская философия достигла в Германии такого положения, которого она не достигала ни в одной другой стране. Остин возносил хвалу немецкому ученому, сумевшему заключить международное право в рамки привносящего всюду ясность позитивизма. Грей с удовольствием отмечал, что более «талантливые» немецкие юристы его времени «отрицали всё *“nicht positivisches Recht”* [непозитивное право (нем.). – Прим. пер.]», и цитировал Бергбома в качестве примера. Это показательный пример, поскольку Бергбом был ученым, в чьих амбициях было сделать немецкий позитивизм достойным своих собственных устремлений. На свое горе, Бергбом обнаружил остаточные следы естественно-правового мышления в сочинениях, которые претендуют на то, чтобы считаться позитивистскими. В частности, его расстраивали частые обращения к некоторым представлениям, например, что право обязано своей эффективностью осознаваемой моральной потребности в порядке или что стремление к правопорядку лежит в природе человека и т. д. Бергбом провозгласил так и не реализованную программу по устранению из позитивистского мышления последних миазмов болота естественно права. Для немецких юристов в целом было свойственно расценивать англо-американское общее право как беспорядочный и лишенный какого-либо объединяющего принципа конгломерат пра-

ва и морали. Позитивизм был единственной теорией права, которая могла претендовать на то, чтобы быть «научной» в век науки. Несогласные с такой позицией характеризовались позитивистами наиболее страшным для современного человека эпитетом «наивный». В итоге к 1927 г. можно было услышать следующее: «Быть уличенным в следовании теориям естественного права – общественный позор»... .

Немецкий юридический позитивизм не только исключил из правовой науки всякую значимость моральных целей права, он также был безразличен к тому, что я назвал внутренней моральностью права как такового. Немецкий юрист, следовательно, был странным образом готов принять как право то, что само себя так называло, было издано за счет государства и, казалось, пришло «*von oben herab*» [дословно: «сверху вниз» (нем.). – Прим. пер.].

В свете этих соображений я не могу увидеть ни абсурда, ни искажения в том предположении, что взгляды, преобладавшие в немецкой юридической профессии, были полезными для нацистов. Гитлер пришел к власти не в результате насильственной революции. Прежде чем стать Лидером, он был Канцлером. Эксплуатация правовых форм началась осторожно, но становилась все более дерзкой по мере консолидации власти. Первые атаки на установленный порядок обрушивались на те оплоты, которые, если они вообще кем-то защищались, защищались юристами, в том числе судьями. Эти оплоты пали практически без борьбы.

Тема 6. Международное право в теории Г. Л. А. Харта

Цель занятия: ознакомление студентов с представлениями Г. Л. А. Харта о международном праве.

Тип занятия: семинар в форме развернутой беседы с элементами письменной контрольной работы (эссе).

Литература, рекомендуемая для подготовки к семинару:

1. Харт Г. Л. А. Понятие права / пер. с англ. ; под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб. : Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2007. Гл. 10.

2. Афонасин Е. В., Дидикин А. Б. Философия права : учеб. пособие / Новосиб. гос. ун-т. Новосибирск, 2006. Тема 4.

3. Касаткин С. Н. Проект определения правовых понятий и концептуальный статус международного права: доктрина Герберта Харта // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия «Право». 2013. № 2. С. 27 – 35.

Вопросы для обсуждения в ходе развернутой беседы:

1. В чем состоят источники сомнений в юридическом характере международного права и как Г. Харт проясняет эти сомнения?

2. Каким образом Харт разграничивает международное право и мораль?

3. Какие аналогии между внутригосударственным и международным правом Г. Харт считает допустимыми?

4. Какие критические замечания в отношении взглядов Харта на международное право высказывают современные исследователи?

Темы для эссе:

1. Сохраняет ли актуальность теория Г. Л. А. Харта в условиях развития международного права во второй половине XX века?

2. Как концепция «центра и полутени» влияет на трактовку Г. Л. А. Хартом международного права?

3. Является ли международное право правом или позитивной моралью?

4. Как обеспечить системность в международном праве в отсутствие единого правила признания?

5. В чем заключается сходство и различие конституционного права и международного?

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Наука о праве второй половины XX в. предоставила нам целый спектр интересных и оригинальных концепций, равно как и познакомила с плеядой блестящих теоретиков, таких как Рональд Дворкин, Лон Фуллер, Гарольд Берман, Джон Финнис, Ричард Познер, Джон Ролз, Роберто Унгер и ряд других исследователей, каждого из которых можно без преувеличения назвать основоположником собственного направления в теории права. Значение творчества некоторых из этих теоретиков выходит далеко за пределы сферы юриспруденции. Имя Герберта Харта стоит несколько особняком в этом ряду, поскольку многие перечисленные ученые строили свои теории, отталкиваясь от его идей, а подчас – в жесткой полемике с ними. Харт – центральная фигура современного юридического позитивизма – теоретического направления, которое все еще остается господствующим в науке о праве, – значительно изменил позитивистскую теорию, привнеся в нее лингвистический анализ, идею вторичных правил и концепцию минимального содержания естественного права. Эти изменения сделали позитивистскую юриспруденцию гораздо более сложной и современной; и если не дающей, то, по крайней мере, пытающейся дать ответы на фундаментальные вопросы юридической науки и практики в свете сегодняшнего дня.

Вместе с тем Харт опирается на серьезную традицию философско-правовой мысли, обращаясь к Аристотелю, Бентamu, Остину, Холмсу, реалистам и Кельзену за отправными посылками для своего анализа.

Изучение творчества Харта, с одной стороны, позволяет систематически понять значительную часть предшествующей ему теоретической традиции, с другой – создает фундамент для осмысления теорий, родившихся из критики воззрений Харта или в развитие его идей. Можно, пожалуй, сказать, что изучение работ Харта является ключом к пониманию того, что происходило в юридической науке на протяжении XIX и XX столетий. Поэтому автор надеется, что знакомство с настоящим изданием поможет студентам не только составить представление о творчестве Г. Л. А. Харта, но и послужит стимулом для дальнейшего изучения ими современной теории права.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. Kelly, John M. A Short History of Western Legal Theory / M. John Kelly. – Oxford : Clarendon Press, 1992. – 466 с.
2. Waldron, Jeremy. Positivism and Legality: Hart's Equivocal Response to Fuller. Symposium: The Hart-Fuller Debate at Fifty / Jeremy Waldron // New York University Law Review. – 2008. – Vol. 83. – P. 1135 – 1169.
3. Дворкин, Р. О правах всерьез : пер. с англ. / Р. Дворкин ; ред. Л. Б. Макеева. – М. : РОССПЭН, 2004. – 392 с. – ISBN 5-8243-0569-2.
4. Золкин, А. Л. Эволюция лингвистической доктрины аналитической философии и аналитическая школа права / А. Л. Золкин // История государства и права. – 2005. – № 2. – С. 52 – 55.
5. Касаткин, С. Н. Доктрина судейского усмотрения в концепции Герберта Л. А. Харта / С. Н. Касаткин // Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : Статті учасників Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 3 – 5 грудня 2010 року). – Львів : Галицький друкар, 2010. – С. 261 – 278.
6. Касаткин, С. Н. Основные идеи «Постскриптума» Герберта Л. А. Харта / С. Н. Касаткин // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия «Право». – 2008. – № 1. – С. 3 – 27.
7. Касаткин, С. Н. Основной труд Герберта Л. А. Харта / С. Н. Касаткин // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия «Право». – 2007. – № 2. – С. 5 – 15.
8. Оглезнев, В. В. Г. Л. А. Харт и формирование аналитической философии права / В. В. Оглезнев. – Томск : Изд-во Том. ун-та, 2012. – 216 с. – ISBN 978-5-7511-2117-4.
9. Оглезнев, В. В. Переосмысление и новая интерпретация дискуссий между Г. Л. А. Хартом и Л. Л. Фуллером и их значение для аналитической философии права / В. В. Оглезнев // Вестник Томского государственного университета. – 2010. – № 330 (январь). – С. 55 – 59.
10. Решетняк, С. Р. Моральный контекст в концепции права Г. Л. А. Харта: опыт анализа / С. Р. Решетняк // Вестник Ставропольского государственного университета. – 2010/70. – С. 84 – 88.
11. Харт, Г. Л. А. Аналитическая юриспруденция в середине XX века: ответ профессору Боденхаймеру / Г. Л. А. Харт // Правоведение. – 2013. – № 4. – С. 156 – 177.
12. Харт, Г. Л. А. Приписывание ответственности и прав // Оглезнев В. В. Г. Л. А. Харт и формирование аналитической философии права. – Томск : Изд-во Том. ун-та, 2012. – С. 159 – 202.

РЕКОМЕНДАТЕЛЬНЫЙ БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. **Афонасин, Е. В.** Философия права : учеб. пособие / Е. В. Афонасин, А. Б. Дидикин ; Новосиб. гос. ун-т. – Новосибирск : Изд-во Новосиб. ун-та, 2006. – 92 с. – ISBN 5-94356-430-6.
2. **Касаткин, С. Н.** Проект определения правовых понятий и концептуальный статус международного права: доктрина Герберта Харта / С. Н. Касаткин // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия «Право». – 2013. – № 2. – С. 27.
3. **Моисеев, С. В.** Философия права : курс лекций / С. В. Моисеев. – 2-е изд., испр. и доп. – Новосибирск : Сиб. унив. изд-во, 2004. – 262 с. – (Университетская серия). – ISBN 5-94087-300-6.
4. **Фуллер, Лон Л.** Мораль права / Лон Л. Фуллер ; пер. с англ. Т. Даниловой под ред. А. Куряева. – М. : ИРИСЭН, 2007. – 308 с. – ISBN 978-5-91066-011-8.
5. **Фуллер, Лон Л.** Позитивизм и верность праву: Ответ профессору Харту // Лон Л. Фуллер ; пер. с англ. В. В. Архипова под ред. И. В. Мироновой, Н. С. Лосева ; науч. рук. И. Ю. Козлихин // Правоведение. – 2005. – № 6. – С. 124.
6. **Харт, Г. Л. А.** Определение и теория в юриспруденции / Г. Л. А. Харт ; пер. с англ. С. Н. Касаткина // Правоведение. – 2008. – № 5. – С. 6.
7. **Харт, Г. Л. А.** Позитивизм и разграничение права и морали / Г. Л. А. Харт ; пер. с англ. В. В. Архипова под ред. И. В. Мироновой, Н. С. Лосева // Правоведение. – 2005. – № 5. – С. 104.
8. **Харт, Г. Л. А.** Понятие права / Г. Л. А. Харт ; пер. с англ. Е. В. Афонасина, М. В. Бабака, А. Б. Дидикина и С. В. Моисеева под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. – СПб. : Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2007. – 302 с. – ISBN 978-5-288-04211-9.

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	3
Г. Л. А. Харт: жизнь и творчество	5
Джон М. Келли. Понятие права (из книги «Краткая история западной теории права»)	6
<i>Лекция. ТЕОРИЯ ПРАВА Г. Л. А. ХАРТА</i>	15
ПЛАН СЕМИНАРСКИХ ЗАНЯТИЙ	68
<i>Тема 1. Г. Л. А. Харт и методология философско-лингвистического анализа</i>	68
<i>Тема 2. Критика воззрений классиков юридического позитивизма</i>	74
<i>Тема 3. Понятие права</i>	75
<i>Тема 4. Концепция открытой структуры права</i>	81
<i>Тема 5. Взаимосвязь права и морали в теории Г. Л. А. Харта</i>	82
<i>Тема 6. Международное право в теории Г. Л. А. Харта</i>	86
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	88
БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК	89
РЕКОМЕНДАТЕЛЬНЫЙ БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК	90

Учебное издание

БАЖЕНОВА Елена Альбертовна

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА Г. Л. А. ХАРТА

Учебное пособие

Редактор А. А. Амирсейидова
Технический редактор С. Ш. Абдуллаева
Корректор Е. С. Глазкова
Компьютерная верстка Е. А. Герасиной

Подписано в печать 22.09.16.
Формат 60×84/16. Усл. печ. л. 5,35. Тираж 60 экз.

Заказ

Издательство

Владимирского государственного университета
имени Александра Григорьевича и Николая Григорьевича Столетовых.
600000, Владимир, ул. Горького, 87.