

ФОРМИРОВАНИЕ АНАЛИТИЧЕСКОЙ ТРАДИЦИИ В СОВРЕМЕННОЙ ФИЛОСОФИИ ПРАВА

А. Б. ДИДИКИН

Институт философии и права СО РАН,
Новосибирский государственный университет
abdidikin@bk.ru

Anton Didikin (Institute of philosophy and law, Novosibirsk State University, Russia)

THE FORMATION OF ANALYTIC TRADITION IN THE CONTEMPORARY PHILOSOPHY OF LAW

ABSTRACT. The paper attempts to analyze the historical aspects of the formation of analytic tradition in the 20th century philosophy of law. We consider the ongoing discussions about the concept of law and their influence on the so called “linguistic turn” in modern legal thought as well as the problems of the conceptual grounds and the methodology in legal theory. The author suggests a new approach to the historical analysis of the external and internal factors that influence the development of the contemporary legal ideas and the conceptions in the philosophy of law.

KEYWORDS. Hart, Kelsen, analytic philosophy, legal rules, concept of law

Во второй половине XX века в философии права появилось специфическое направление философско-правовых исследований, которое характеризуется аналитическим подходом к обоснованию права как комплексного социального и политического института в нормативно-правовом и управленческом аспектах (Hart 1994, 239). Тем самым многие проблемы философии права существенно модифицируются и получают новую интерпретацию с позиции эмпирического уровня познания государственно-правовых явлений и в контексте анализа эмпирического содержания юридических конструкций, изучения языка и логики правовых норм. В этом смысле особенно актуальным становится исследование эволюции исторических форм правового позитивизма и специфики формирования и развития аналитической традиции в философии права XX века.

Становление и развитие аналитической философии права относится к 40–60 гг. XX в. и связано с появлением основных работ австрийского правоведа Ганса Кельзена, английского философа и правоведа Герберта Харта. Аналитический подход к проблеме правопонимания в этот период характеризуется различными

концепциями в рамках правового неопозитивизма (Г. Харт, Дж. Рэз), концептуального натурализма (Л. Фуллер, Р. Дворкин, Дж. Финнис) и правового реализма (Б. Лейтер). Специфика англо-саксонской правовой системы и ее отличия от правовых институтов романо-германской системы способствуют тому, что философское осмысление и критика идей Г. Харта образуют основное содержание и характер дискуссий в современной англо-американской философии права. В статье далее представлена реконструкция и философский анализ концептуально-методологических основ и основных теоретических положений аналитической философии права, интерпретация и оценка их значения для современной философии права, правоведения и правоприменительной деятельности.

Истоки аналитической традиции в философии права

Философские предпосылки и основания аналитической философско-правовой традиции образуют общие постулаты и методологические установки лингвистической философии (Л. Витгенштейн, Дж. Л. Остин, Г. Райл, С. Хэмшир). В этом смысле восприятие Г. Хартом философских идей «оксфордской школы» лингвистического анализа требует особого рассмотрения ввиду специфики философского осмысления правовых феноменов.

Основной проблемой для многих представителей философии права была проблема правопонимания, намерение дать общее определение феномена права, в котором учитывалось бы все многообразие конкретных правовых ситуаций и были обозначены границы правовой сферы (Оглезнев 2009, 81–89). Г. Харт отмечает, что подобные устремления неизбежно приводили к абсолютизации отдельных аспектов права и неясности, необоснованности исходных теоретических и методологических представлений правоведов (Hart 1994, 277). Однако определение понятия права имело практические последствия, поскольку критерием истинности и «юридической справедливости» фактически считалось адекватное подведение правового факта под общее правило или описание его с помощью общих терминов. В неопозитивистских правовых теориях (до Г. Харта) предпринимались попытки использования принципа верифицируемости правовых высказываний. Но фактически суть верификации в праве предполагала не эмпирическое подтверждение данными опыта и редукцию к «предложениям наблюдения», а только многократное сопоставление с нормами действующего законодательства. Правоприменение, однако, искажало установленное значение правовой нормы, что вносило момент «неопределенности» в толкование и концептуальное прояснение действительного функционирования и взаимодействия «права» и «закона». Этим, по-видимому, и обусловлена популярность философских идей «позднего» Л. Витгенштейна и их использование в философско-правовых исследованиях, в частности проблема «следования правилу» и разработка концепции «семейных сходств». Потребность в изучении повседневного «естественного» языка права и юридической практики становится общепризнанной (Hart 1994, 279–280). Поэтому отдельные авторы вслед за Вит-

генштейном отмечали, что верифицируемы не высказывания в структуре правил, а их наблюдаемые проявления в правоприменительной деятельности.

Л. Витгенштейн указывает на парадокс процедуры следования правилу: «Ни один образ действий не мог бы определяться каким-то правилом, поскольку любой образ действий можно привести в соответствие с этим правилом» (Витгенштейн 1994, 163). Отсюда следует, что если любое поведение можно привести в соответствие с правилом, то любое действие можно *сделать* и противоречащим ему, то есть правило описывает определенную ситуацию «языковой игры» и в этом смысле имеет дескриптивное содержание. Для применения правила необходима его интерпретация, чтобы разграничить «правильные» и «неправильные» действия. Однако Витгенштейн показал, что интерпретация не устраняет проблемы, ибо одна формулировка правила фактически заменяется на другую (Dickson 2005). Кроме того, сложно распознать допущенные ошибки в следовании правилу, так как отсутствуют внешние санкции, налагаемые в случае нарушения действующих правил. Поэтому Витгенштейн отвергает возможность существования «индивидуального языка» и, следовательно, «индивидуального следования правилам», поскольку именно социальный контекст определяет практику употребления языка.¹ Тем самым возникает проблема применения общих правил к конкретным ситуациям. В частности, в правовом реализме делается акцент на юридических следствиях проблемы следования правилу. «Реалисты» полагают, что Витгенштейн указывал на неопределенность правил, в то время как определенность правовых правил необходима для оценки легитимности правовой системы и обеспечения режима «господства права» (М. Ташнет, Дж. Бойл). «Антиреалисты» же оспаривают возможность применения философских идей Витгенштейна к правовой сфере, считая, что его вывод касается многообразия употребления языковых выражений (А. Мармор и Б. Лангилл; см. Arulanantham 1998; Marmor 2001). В этом смысле для Г. Харта изучение правового явления предполагает анализ не только концептуальной структуры и регулирующего воздействия правовой нормы, но и специфики ее применения к реальному человеческому поведению.

Представления Г. Харта об аскриптивной форме правовых высказываний в немалой степени сформированы на основе концепции «перформативов» Дж. Л. Остина и «логического бихевиоризма» Г. Райла. В частности, Дж. Л. Остин утверждал, что помимо констативных высказываний, имеющих дескриптивное содержание, существуют перформативные высказывания, выражающие действия говорящего.² Тем самым перформативы не являются дескриптивными выражениями, не могут быть истинными или ложными высказываниями и

¹ Подробнее см. Грязнов 1989, 145–149; Ладов–Суровцев 2005, 151; Сокулер 1988, 131; Лебедев 1999.

² «Произнося перформативное высказывание, мы всегда осуществляем некоторый акт или, что то же самое, выполняем некоторое действие» (Остин 2004, 23). См. также Остин 1999, 19.

их произнесение совпадает с совершением действия. Используя идею Дж. Остина о том, что с помощью перформативов реализуются юридические акты, Г. Харт разрабатывает понятие «аскрипции» как специфической формы правовых высказываний, позволяющих выразить сущность социальных феноменов в языке юридических терминов. Поскольку указанное понятие «аскрипции» становится основой для построения Хартом правовой онтологии, он опирается также на аргументацию Г. Райла в пользу «логического бихевиоризма», согласно которому анализ ментальных состояний возможен через внешнее поведение субъекта (Райл 1999, 13; Пассмор 1998, 459). В этом смысле тезис Харта о необходимости разграничения «внешней» и «внутренней» точек зрения на правовые правила основан на эмпирических аргументах как результате анализа правового поведения субъектов права.

Однако отношение самого Г. Харта к бихевиористским концепциям в 50-е гг. в процессе создания собственной неопозитивистской философско-правовой теории было неоднозначным и изменчивым. Влияние Дж. Л. Остина и Г. Райла доминирует в ранних работах Г. Харта, где делается акцент на логических способах анализа условий существования объектов высказывания и на аскриптивных формах юридических высказываний, которые отождествлялись им с реальными действиями субъекта (Hart 1951, 212; 1951, 145–166; 1952, 62). Позднее Харт будет утверждать, что при анализе значений правовых терминов важно учитывать намерение говорящего и признание этого намерения другим субъектом коммуникации, а в случае неопределенности возможно применение общих «нелогических» правил, в частности принципов «естественного права» к правовым ситуациям.³

Мнения исследователей о философской позиции Г. Харта расходятся. Одни авторы полагают, что Хартом используется логический анализ нормативных правовых высказываний и «некогнитивистская» оценка правовых обязательств, когда основанием для действия становится суждение субъекта о возможности признания определенных фактов в качестве оснований такого действия (Hacker 1969, 343; Postema 1985, 573). Другие указывают на непоследовательность Харта в следовании Д. Юму, поскольку, разделяя «должное» (мораль) и «сущее» (право), он тем не менее «должное» выводит из «сущего» (Boos 2003, 4–5). Более обоснованной представляется точка зрения П. Дэйвиса о критике Хартом двух теорий человеческого поведения: «старой» теории (корреляция «действия» и «намерения» как ментального события) и «современной» теории (связь физических движений и последствий выбора способа поведения). В этом смысле в теории Г. Харта юридические действия *аскриптивны*, то есть физические движения становятся юридическим «действием», если субъект принимает или может принять за них ответственность. Однако очевидно, что не все действия подлежат юридической квалификации и не все юридические высказывания верифици-

³ В совместной с С. Хэмпширом статье 1958 г. Харт отмечает, что «определенность приходит в момент решения и действительно конституирует решение» как результат анализа причин, а не фактов (Hampshire–Hart 1958, 3).

руемы; в частности, «судейское усмотрение», «равенство» и т. д. не сводятся к описанию и интерпретации реального поведения. Однако естественное и равное право каждого быть свободным Г. Харт рассматривает в контексте способности людей к выбору, а не волевого поведения субъекта (Davis 1962, 93; Hart 1955, 175).

«Чистая теория права» (нормативизм) Г. Кельзена

«Чистая теория права» (нормативизм) австрийского правоведа Ганса Кельзена также имеет методологическое значение для формирования аналитической традиции в современной философии права. Фактически у Кельзена сформулированы исходные постулаты и философские аргументы в пользу признания феномена права и нормативного порядка системой определенных правил. Однако в отечественной научной литературе нормативизм, или «чистая теория права» Г. Кельзена остается малоизученным явлением, несмотря на попытки «критического» рассмотрения данной концепции в советский период.⁴

Реконструкция и анализ содержания «чистой теории права» предполагает разграничение онтологического, гносеологического и правового аспектов. Г. Кельзен синтезирует идеи неокантианства Марбургской школы (Г. Коген) о логической интерпретации кантовской «вещи самой по себе», неопозитивизма и правового позитивизма XIX века.⁵ Поэтому для его теории характерны дуализм «должного» и «сущего»; применение «чистого» юридического метода, свободного от политико-идеологических и аксиологических влияний; «монизм» правовой теории за счет признания нормативного единства существующего правопорядка; представление о государстве как персонификации правопорядка; логическая иерархия норм в правовой системе во главе с «основной нормой» в международном праве.

«Чистота» и правовых понятий, и юридического метода обеспечивается, по мнению Кельзена, тем, что право принадлежит сфере «должного», а значит, правовое мышление имеет дело лишь с долженствованием, выраженным в содержании правовой нормы (Kelsen 1925; *Чистое учение о праве*, 12). В области онтологии Кельзен рассматривает соотношение сфер бытия и долженствования и существование права в «царстве природы» и в поведении человека. Фактически он предвосхищает положения аналитической философии права об интерпретации любого правового явления через его отражение в языке правовых конструкций и человеческих действиях. В этом смысле правовое значение поведения как объективный смысл действий отличает их от природных явле-

⁴ См. Филимонова 1950; Пиголкин 1958; Иваненко 1966; Нерсесянц 1983, 605–609 и др.

⁵ В этом смысле представляется необоснованной характеристика Г. Кельзена как «логического позитивиста» Венского кружка без анализа неокантианской составляющей нормативизма (Золкин 2005, 63).

ний, подчиненных закону причинности.⁶ Поскольку норма представляет собой объективное значение поведения, а не эмпирический факт, она характеризует «объективное содержание представлений, но не само представление и не результат представлений». И как отмечает Кельзен, «норма функционирует в качестве схемы истолкования» (Wilk 1941, 165; Jansen 1937, 207). Соответственно результат нормативного толкования – суждения, наделяющие правовым значением акты поведения. Но здесь возникает дуализм норм и реальных событий, поскольку «содержание реальных событий согласуется с содержанием некоей нормы, которая признается действительной», но в то же время сама норма создается актом, имеющим правовое значение в силу действия других норм. Чем же определяется содержание правовых норм? Долженствованием, которое конституирует нормативный порядок, но не только в значении «может», но и в смысле «имеет право», то есть правовая норма и предписывает, и позволяет, может содержать как дозволения, так и запреты, что уже напоминает разграничение видов норм (или «первичных» и «вторичных» правил у Г. Харта). Правовой акт выражается через жесты, символы, устную речь, письменные документы. А долженствование придает правовому акту смысл. И потому связующим звеном между нормой (долженствованием) и бытием (актом воли) является «действие». Тем самым Кельзен вкладывает в понятие «бытия» гегелевскую идею о бытии права как наличном акте свободной воли. Таким образом, формы правового бытия образуют «действующие» правовые нормы, а содержание правового бытия составляет поведение субъектов (действие, бездействие), которых нормы права наделяют правовым статусом и приписывают юридические свойства их действиям. Впоследствии у Г. Харта данное положение интерпретируется как «аскриптивная форма» правовых правил.

Однако следующим шагом Кельзена становится преодоление онтологического дуализма сфер бытия и долженствования. Сознание постигает разницу между бытием и долженствованием таким образом, что содержанием долженствования является вовсе не «должное», а веления морального и правового порядка как совокупности волевых актов, предшествующих познанию. Здесь дуализм сохраняется, так как существование нормы отличается от существования природных явлений и волевых актов: норма «действительна» в правоприменении. Но Кельзен отмечает, что дуализма нет, ибо «нечто» таково, каким оно должно быть. «Нечто» в одном случае «есть» и соответствует «чему-то», что в другом случае «должно быть».⁷ В этом смысле необоснованны мнения

⁶ В теории Кельзена природе свойственна причинность, а общество – это порядок человеческого поведения, поэтому причинности в правовой сфере нет (См. Kelsen 1950). Тем самым объектом юриспруденции в отличие от естествознания становится не реальность, а ценности, которые описываются действующими в обществе правовыми нормами (Kelsen 1951, 648).

⁷ «Из того, что нечто есть, не может следовать, что нечто должно быть» (Кельзен 1999, 144).

отдельных авторов о том, что «нормы долженствования» Кельзена «не имеют дела с реальными процессами» (Желтова 1977, 36). Действительностью норм является фактическое поведение на основе этих норм. А содержание бытия характеризуется взаимной направленностью долженствования на бытие и нормы на фактическое поведение, что означает равенство содержаний бытия и долженствования, но не их тождество. Разница «в модусе: бытие в одном случае, долженствование – в другом» (*Чистое учение о праве*, 15). Поэтому долженствование образует субъективный смысл акта воли, но при совпадении нормативного предписания и реального поведения норма приобретает объективный смысл в случае восприятия такого совпадения двумя и более лицами. В этом и состоит отличие, например, требований должностного лица от требований грабителя (пример Кельзена, обсуждаемый в теории Г. Харта). Таким образом, дуализм бытия и долженствования имеет не онтологический, а логический характер.

Гносеологический и правовой аспекты теории Г. Кельзена составляет концепция логической иерархии (ступеней) норм в правовой системе. При этом нормативное единство правопорядка достигается на основе субординации правовых норм. Что же обеспечивает субординацию? Вслед за Г. Когеном и его идеей «государства как формы права» Кельзен считает, что государство не принадлежит эмпирической реальности, а соответствует определенному правопорядку, персонифицируя его, то есть помимо субординации нормативное единство правопорядка обеспечивается предположением о существовании «основной нормы». Здесь используется гипотетико-дедуктивный метод, поскольку «основная норма» априорна, но имеет прообраз в социальной сфере в виде реально действующих правовых норм. «Основная норма» – это допущение, обосновывающее «объективную действительность нормы, которая к чему-то обязывает».⁸ Но в отличие от априорного категорического императива И. Канта у «основной нормы» отсутствует определенность, то есть неясно ее происхождение, природа, содержание и носитель. Данная норма – вершина и основа динамики правопорядка, а ее теоретико-познавательная функция превращает ее в трансцендентально-логическую категорию. Кельзен рассматривает представление о естественном правопорядке, в котором нормы «естественного права» логически восходят к единому принципу и нижестоящие нормы дедуцируются из вышестоящих. В то же время в позитивном правопорядке содержание нижестоящих норм не заложено имплицитно в содержании «основной нормы» и любая социальная норма может стать правовой, если введена с соблюдением процедур (Мицайков 1999, 57). Таким образом, динамика правопорядка у Кельзена – воспроизведение правом самого себя от общих норм к индивидуальным нормам» в правоприменении (судебные решения).

⁸ «Основную норму – как ее описывает правоведение – можно назвать трансцендентально-логическим условием истолкования» (там же, 155).

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

Возникают противоречия и в правоприменительной практике. Ведь дедуктивный вывод из «основной нормы» при принятии судебного решения ведет к тому, что судебное решение противоречит другим нормам. А индуктивное обобщение от конкретных обстоятельств судебного дела к «основной норме» влечет необходимость ее пересмотра из-за многообразия фактических ситуаций. Кроме того, «чистая теория права» неполна, ибо не учитывает, в частности, «революции» в правопорядке и возможность смены правовых систем, расхождение правовой практики с нормами Конституции и соотношение норм Конституции с «обычным правом», которое находится вне иерархии норм.

Впоследствии в теории Г. Харта будет показано, что «чистая теория права» Кельзена не решает проблемы неопределенности, статичности и неэффективности правовых норм, так как в его логической иерархии нормы не подлежат быстрому изменению в связи с изменчивой практикой. Неясно содержание многих норм. И ничего не говорится о нормах, не зависящих от поведения, а конституирующих его (особенно в отношении должностных лиц). Однако «чистое учение о праве» Кельзена фактически определило предметную область и методологические основания аналитической философии права.

Аналитический подход Г. Харта к философско-правовой проблематике

В неопозитивизме Г. Харта представлена попытка пересмотра оснований и исходных предпосылок философско-правового знания. Ведь понятие права включает в себя не только определение его сущностных свойств как социального, политического и культурного феномена, но и обоснование самостоятельности существования правовых явлений и их отличий от иных явлений социальной действительности. Поэтому природа права может быть рассмотрена в контексте эмпирических либо метафизических оснований структуры правовой реальности. В этом смысле в неопозитивистской теории Г. Харта сформулированы три проблемы, характерные для аналитического подхода к пониманию природы права: (1) соотношение правового и неправового принуждения; (2) взаимодействие моральных и правовых предписаний; (3) понятие и онтологический статус правил в структуре правовой реальности.

(1) Г. Харт ссылается на эмпирический аргумент о том, что под воздействием правовых норм определенные виды человеческого поведения превращают-

ся из произвольного в обязательное (Hart 1994, 6). Однако представления о «правовых обязанностях» в философии права различны. В доктрине Дж. Остина «обязанности» характеризуются наличием правовых отношений, связанных с исполнением приказов суверена. Здесь невозможно разграничение правового и неправового принуждения. Если вооруженный грабитель *приказывает* жертве отдать кошелек под угрозой расправы, то жертва *обязана* подчиниться. В теории Г. Харта источником обязанностей становится система правовых правил, в которой даже уголовно-правовые нормы не соответствуют полностью принудительным приказам, ибо введены на основе общеизвестных легальных процедур, являются общеобязательными и распространяются на множество лиц (Johnson 1975, 318).

(2) Моральные предписания также являются одним из регуляторов человеческого поведения, состоят из правил и содержат запреты или ограничения. И в этом смысле правомерен вопрос о наличии в правовых нормах морального содержания. Ведь правовая система любого государства часто воспроизводит фундаментальные моральные представления, особенно в уголовном праве. Кроме того, в теориях «естественного права» праву нередко приписывается функция восстановления справедливости в обществе, а также обсуждается вопрос о справедливости самих законов. Таким образом, сходства и различия в правовых и моральных положениях подчеркивают трудности разграничения правовой и нравственной сфер.

(3) Поскольку проблема сущности права исследуется на эмпирическом уровне и предполагает анализ права как совокупности юридических правил, возникают вопросы о понятии и классификации правовых правил, их отличиях от обычаев и «обыкновений» в поведении людей, соотношении принудительных и моральных требований в структуре правовых правил (Hart 1994, 240).

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

го высказывания, а также на «моральную нейтральность» многих составов преступлений в уголовном законодательстве (Hart 1968, 181; Hall 1966, 18). Другой аргумент неопозитивистов о том, что моральные суждения в отличие от суждений о фактах не подлежат рациональному обоснованию с целью эмпирического подтверждения.

Однако специфика принципа разграничения права и морали у Г. Харта проявляется в его рассуждениях об онтологическом статусе и природе моральных, естественных и позитивных прав. Главный его тезис состоит в том, что индивид обладает только одним естественным правом, не связанным с волевым поведением человека, – это «равное право каждого быть свободным» (Hart 1955, 175). Оно включает в себя право воздерживаться от всего, что связано с внешними ограничениями или принуждением, а также право на свободу любых действий, не требующих принуждения и не наносящих вред другим. Таким образом, это «естественное право» не является абсолютным и неограниченным. Г. Харт допускает существование моральных прав, которые первоначально имеют связь с юридическими правами, поскольку свобода лица в определенной степени ограничена правовыми нормами (Hart 1955, 177). Данное положение подтверждается и при разделении Хартом «общих» и «специальных» прав. Специальные права и корреспондирующие им обязанности возникают в рамках конкретных правоотношений, и их появление зависит не от морального качества совершаемых действий, а от волевого соглашения сторон. Они отличаются от общих (моральных) прав, выполняющих защитную функцию против необоснованного ограничения свободы индивида. По мнению Харта, наличие общих прав (например, «я имею право на свободу мысли и слова») дает моральное обоснование «должному» поведению других лиц. В данном случае моральное обоснование основывается не на конкретных действиях, а на естественном праве каждого на свободу. В этом смысле неверны утверждения отдельных авторов (Р. Л. Саймон) об игнорировании Хартом вопроса о моральных правах и спецификации обладателей этих прав (Simon 1970, 237; Summers 1962, 498–499). В неопозитивистской теории Г. Харта впоследствии будет показано, что право имеет минимальное моральное содержание, которое и выражается в наличии у индивида естественного права и общих прав.⁹

Следующий постулат аналитики связан с пересмотром классического позитивистского представления о праве как «логически замкнутой системе, в которой корректные юридические решения могут быть дедуцированы с помощью логических средств из общих правовых правил» независимо от социальных целей, ценностей и политики (Hart 1958, 18). Для аналитического подхода Харта характерно соотнесение содержания анализируемых правовых высказываний с реальным поведением участников правовых отношений. Он стремится

⁹ В «Постскрипуме» Харт предлагает новую версию «включающего» (inclusive) позитивизма, в которой правила признания как критерии действительности правовой системы содержат и моральные предписания (см. Kar 2005, 42).

преодолеть крайности «правового реализма» (право – совокупность правоотношений) и «правового концептуализма» (выявление подлинного значения юридических конструкций). Поэтому главной задачей здесь становится определение условий истинности правовых высказываний. Например, утверждение «X имеет право», по мнению Харта, истинно, если удовлетворяет следующим условиям: (1) имеется правовая система; (2) в соответствии с правовыми правилами другое лицо Y «имеет обязанность» действовать или воздержаться от действий; (3) корреспонденция прав X обязанностям Y и наоборот при выборе ими поведения. Соответственно утверждение «X имеет право» используется при принятии правового решения в конкретном случае, который подпадает под действие правил (Hall 1966, 25). Таким образом, осмысление специфики формулировки проблем и методологического подхода позволяет более адекватно оценить содержание концепции «первичных» и «вторичных» правил в теории Харта.

Важнейшим следствием влияния лингвистической философии (Дж. Л. Остин, Г. Райл) на формирование правового неопозитивизма является попытка философского осмысления Г. Хартом онтологических предпосылок философско-правовой теории. При этом сохраняется основной тезис правового позитивизма о том, что природа права зависит от социальных фактов. В одной из своих ранних работ Г. Харт утверждает, что существует особый вид языковых выражений, основная функция которых состоит не в описании конкретных ситуаций, а в *выражении* правовых требований и в юридической квалификации событий, состояний и действий, придающей природным и социальным явлениям юридическое значение. Тем самым философский анализ человеческого поведения в правовой сфере осуществляется с помощью *аскриптивных* высказываний, которые выражают юридические акты, возлагают ответственность за действия и в широком смысле приписывают юридическое значение эмпирическим фактам.¹⁰ Фактически Г. Харт переинтерпретирует проблему «следования правилу» Л. Витгенштейна: приведение в соответствие с правовым правилом означает «приписывание» юридического смысла определенным действиям, что характеризует конструктивно-прагматическую сторону юридической деятельности. Но наша гипотеза заключается в том, что понятие «аскрипции» становится основанием неопозитивистской интерпретации социальной реальности, задает структуру правовой онтологии в теории Г. Харта.

При анализе специфики судебной деятельности Харт прежде всего указывает на невозможность применения к юридическим утверждениям дескриптивной модели языка и их проверки на «истинность / ложность». Поскольку решающая стадия юридического процесса – принятие судебного решения, его функция состоит не только в определении истинности фактов («Смит поло-

¹⁰ Впервые эта идея высказана Г. Хартом в докладе на заседании Аристотелевского общества, материалы которого были опубликованы в «The Proceedings of Aristotelian Society» в 1949 г. и переизданы в сборнике работ правоведа: Hart 1951.

жил яд в кофе своей жены, в результате она умерла»), но и в приписывании правовых последствий к этим фактам («Смит виновен в убийстве, приговором назначено наказание и порядок его исполнения»).¹¹ Если к юридической деятельности относится лишь правовая квалификация поведения, то неясно, каким образом факты поддерживают или опровергают юридические выводы. Г. Харт характеризует судебное решение как смесь эмпирических фактов и правовых норм. Однако он критикует модель дескриптивных правовых утверждений, поскольку задача судьи более сложная, нежели, например, простое согласование фактов с необходимыми и достаточными условиями заключения договора, сформулированными в законах. При определении юридической действительности договора функция судьи состоит не в установлении правильной интерпретации фактов, а в *признании* существования такого договора через квалификацию действий сторон, исполняющих обязательство. И «договор существует во вневременном смысле слова “есть” применительно к юридическим решениям» (Hart 1951, 155), то есть судья не делает дедуктивных умозаключений, поскольку из эмпирических фактов юридические решения не выводятся. Таким образом, *аскриптивность* – первая онтологическая предпосылка. В неопозитивистской интерпретации правовой реальности механизм «аскрипции» – универсальное средство познания: эмпирическим фактам *приписывается* аскриптивная форма и они становятся нормативными фактами, что позволяет разграничить правовую сферу от иных сфер природы и общества. Далее нормативные факты воплощаются в структуре правовых норм (законы, прецеденты) и приобретают статус юридических фактов как основания возникновения, изменения или прекращения правовых отношений. Характерен пример Г. Харта о различных значениях утверждения «он писал завещание». Это может быть описание реальных действий лица (эмпирический факт), совершение юридического акта (нормативный факт), либо при соблюдении необходимых условий (наличие гражданства, свидетелей, подписи на завещании, а также зарегистрированного факта смерти наследодателя) – юридический факт как основание возникновения наследственного правоотношения.

Однако главным недостатком представлений Г. Харта является абсолютизация им аскриптивности в правовой сфере. Один из критиков Дж. Холл отмечает, что аскрипции всегда предшествует установление компетенции должностного лица и юридически значимых фактов (Hall 1966, 20). Другие авторы (Дж. Питчер) указывают на выражения, которые не приписывают ответственности именно потому, что не все действия подлежат ответственности (Pitcher 1960, 226–231). Тем не менее, и такие выражения могут приписывать действиям юридическое значение. Кроме того, Харт игнорирует другие стадии уголовного и гражданского процесса. Принятию судебного решения (приговора) в

¹¹ Таким образом, в теории Г. Харта приписать «намерение» действию означает устранить любую возможность «непреднамеренности» поступка, на что указывают отдельные авторы (см. Stern 1959, 98–99; Boden 1959).

уголовном процессе предшествует стадия «судебного следствия», а в гражданском процессе – исследование и оценка доказательств в рамках судебного разбирательства. В структуре судебного решения помимо резолютивной части не менее важны описательная и мотивировочная части, где судьей определяются факты, имеющие значение для дела.¹² Таким образом, для правовых высказываний характерна не только аскриптивная форма, но и дескриптивное содержание (Бегиашвили 1965, 90–97).

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

Концепция «первичных» и «вторичных» правил

В теории Харта используется позитивистское понятие «регулярности» как результат индуктивного обобщения эмпирических данных. И в этом случае различие правомерного и неправомерного можно обнаружить при анализе «внешнего» и «внутреннего» аспектов правил. «Внутренний» аспект – это позитивное или негативное восприятие «правил» субъектом в качестве образца поведения и соответственно соблюдение и несоблюдение правовых предписаний (Singer 1963, 202–203; Golding 1985, 441; Lyons 1984, 114).

Несоблюдение правил грабителем влечет применение санкций в виде уголовной ответственности за грабеж или разбой. А соблюдение того или иного правила предполагает исполнение обязательств, например, условий договора. Более важен «внешний» аспект, позволяющий идентифицировать наличие определенных «правовых правил». В этом смысле поведение людей может включать «регулярное» соблюдение правила, негативных реакций и «привычные» отклонения от «правил», либо только факт признания определенных правил в качестве некоего стандарта «должного» поведения. Таким образом, «правила» мыслятся и описываются как предписания, налагающие обязательства в том случае, если существует настоятельное общее требование им соответствовать, подкрепленное давлением со стороны социума против тех, кто не соблюдает их, или пытается это сделать» (Hart 1994, 89). В зависимости от последствий

¹² В английском гражданском процессе также существуют подобные процедуры и стадии, несмотря на то, что процессуальные нормы разрознены и содержатся в различных парламентских статутах (Законы о гражданском судопроизводстве (1997), о Верховном суде (1981), о судах графств (1984), о доказательствах (1968, 1972, 1995), о юридической помощи (1988)), а также в специфических Правилах гражданского судопроизводства (1998), Правилах Верховного суда (1965) и Правилах судов графств (1981).

могут быть разделены моральные предписания (словесное осуждение, призывы к чувству стыда и раскаяния) и правовые правила (санкции, иное давление со стороны общества). Поэтому необоснованны мнения отдельных авторов (Р. Бернштейн) о наличии правил, не налагающих обязательств даже в условиях социального давления (Bernstein 1964, 563–566). Правило не содержит предписаний, если оно не предполагает обязанности их соблюдения и каких-либо санкций за несоблюдение.

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

По мнению большинства исследователей, в теории Харта роль «суверена» выполняют вторичные правила, которые являются условием существования правовой системы, то есть при отсутствии таких правил действующие образцы поведения, обыкновения и обычаи не образуют систему, несмотря на то, что являются «источниками права» в древнем обществе. Для Харта вторичные правила – это не основание для дедуктивного вывода и «развертывания» исходных понятий в правовую систему (Дж. Остин), а социальный факт, имеющий эмпирическую природу и подлежащий верификации (Грязин, 1983, 119 и 1988, 176; Туманов 1971, 201). В этом смысле понятие «суверена» не имеет правового значения, ибо любое действие государственного органа и его должностных лиц должно быть согласовано с «вторичными правилами», а не с волей всевластного лица. Поэтому методологически некорректными следует назвать критические вопросы профессора В. А. Туманова в отношении теории Г. Харта. «Чем первичные нормы отличаются от субъективных прав и обязанностей?» Тем, что они – основание их возникновения. «Какими факторами обуславливаются первичные нормы, пока нет вторичных, и почему вторичные нормы вообще появляются?» (Туманов 1971, 201). В древнем обществе первичные правила обусловлены наличием регулярного поведения с соблюдением правил, освященных авторитетом, например, вождя племени. Затем появление государства и его властных структур поставлено в рамки вторичных правил, конституирующих полномочия чиновников и изменяющих первичные прави-

ла. Разумеется, без использования исторического материала такие соображения носят гипотетический характер.

Таким образом, второй уровень правовой системы составляют три вида вторичных правил – «правила признания», «правила изменения», «правила принятия правовых решений». «Правила изменения» позволяют вводить, изменять или отменять первичные правила, а тем самым наделять или лишать правового значения определенные виды социальных отношений и поведение людей. Кроме того, «правила изменения» конституируют органы государства и внесударственные структуры («местное самоуправление»), наделяют полномочиями конкретных должностных лиц. В этом случае существование правил в правовой системе приобретает динамический характер, что устраняет проблему статичности первичных правил. «Правила принятия правовых решений» позволяют судьям и иным должностным лицам выявлять факты нарушения законов, разрешать споры в соответствии с общеизвестными процедурами, что устраняет проблему неэффективности первичных правил. Но критерием «юридической действительности» являются «правила признания», придающие системность и согласованность правовому регулированию. Поэтому справедливо утверждение И. Н. Грязина (1983, 119), что «речь идет именно об отношении соответствия, а не о выводимости одних норм из других». В данном случае «когерентизм» Харта направлен на устранение проблем «логической дедукции» в иерархии норм Г. Кельзена и «априоризма» теорий «естественного права».

«Правила признания» имеют эмпирический, а не гипотетический характер, как «основная норма». Кроме того, у Кельзена «основная норма» статична и сводится к принципу повиновения Конституции (Hart 1994, 100). Харт указывает на множественность правил признания и на тот факт, что в Великобритании неписаные «конституционные соглашения» ввиду фактического соблюдения и установления критериев действительности других писаных и неписаных правил являются такими окончательными правилами и наивысшим критерием «законности» законов.

Но предположим, что правила принятия решений *изменены* не в соответствии с правилами изменения. Является ли новое правило частью единой правовой системы? Отдельные авторы полагают, что в этом случае нарушено единство системы правил, в противном случае требуется некое «третьичное» правило для сохранения подобного единства. Однако предположение о «третьичном» правиле означает, что система правил имеет множество уровней (Gerber 1972, 102–105; Venditt 1974, 422–423). В данном случае главным критерием единства в теории Харта должно быть правило признания (а не правило изменения). Кроме того, «уровень» правил принятия решений и правил изменения должен быть один и тот же, чтобы устранить возможные противоречия между нормативными актами различной юридической силы.

Библиография

- Бегиашвили А. Ф. (1965) *Современная английская лингвистическая философия* (Тбилиси)
- Ветютнев Ю. Ю. (2005) «О правопонимании Рональда Дворкина», *Журнал российского права* 10
- Витгенштейн Л. (1994) *Философские работы* (Москва)
- Грязин И. Н. (1983) *Текст права. Опыт методологического анализа конкурирующих теорий* (Таллинн)
- Грязин И. Н. (1988) «Аналитическая философия права», *Современная аналитическая философия*. Вып. 1. Сборник обзоров и рефератов (Москва)
- Грязнов А. Ф. (1989) «Скептический парадокс» и пути его преодоления», *Вопросы философии* 12
- Желтова В. П. (1977) *Философия и буржуазное правосознание* (Москва)
- Золкин А. Л. (2005) «Аналитическая школа права и аналитическая философия», «Черные дыры» в российском законодательстве 2
- Иваненко О. Ф. (1966) *Правовая идеология американской буржуазии* (Казань)
- Кельзен Г. (1999) «Динамический аспект права», *Конституция и власть: сравнительно-исторические исследования*. Проблемно-тематический сборник (Москва)
- Козлихин И. Ю. (1993) «Процессуальная концепция права Л. Фуллера», *Правоведение* 2
- Ладов В. А., Суровцев В. А. (2005) «Витгенштейн, Крипке и “следование правилу”», Крипке С. А. *Витгенштейн о правилах и индивидуальном языке* (Томск)
- Лебедев М. (1999) «Проблема следования правилу в философии математики Л. Витгенштейна», *Стили и методы математического мышления* (Санкт-Петербург)
- Мицайков М. (1999) «Иерархия в праве», *Вестник МГУ. Серия 11 «Право»*, 6
- Моисеев С. В. (2003) *Философия права* (Новосибирск)
- Нерсесянц В. С., ред. (1983) *История политических и правовых учений* (Москва)
- Оглезнев В. В. (2009) «Истоки современной аналитической философии права», *Вестник ТГУ. Серия «Философия, социология, политология»*, 4
- Остин Дж. Л. (1999) «Как совершать действия при помощи слов?», Остин Дж. *Избранное* (Москва)
- Остин Дж. Л. (2004) «Перформативы-констативы», *Философия языка*. Ред. Дж. Р. Серл (Москва)
- Пассмор Дж. (1998) *Сто лет философии* (Москва)
- Пиголкин А. С. (1958) «Буржуазные теории права на службе реакции и произвола», *Правоведение* 3, 48–58
- Райл Г. (1999) *Понятие сознания* (Москва)
- Сокулер З. А. (1988) «Проблема “следования правилу” в творчестве Л. Витгенштейна и ее интерпретации», *Современная аналитическая философия*. Вып. 1 (Москва)
- Туманов В. А. (1971) *Буржуазная правовая идеология. К критике учений о праве* (Москва)
- Филимонова Е. П. (1950) *Реакционная сущность правовой концепции Кельзена*. Автореф. дисс. (Москва)
- Чистое учение о праве Ганса Кельзена* (1987) Сборник переводов. Вып. 1 (Москва)
- Харт Г. Л. А. (2007) *Понятие права*, пер. с англ. под ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева (Санкт-Петербург)
- Arulanantham A. T. (1998) «Breaking the Rules? Wittgenstein and Legal Realism», *Yale Law Journal* 107
- Benditt Th. M. (1974) «On “Levels of Rules” and Hart’s Concept of Law», *Mind* 83

- Bernstein R. J. (1964) «Professor Hart on Rules of Obligation», *Mind* 73
- Boden M. (1959) «In Reply to Hart and Hampshire», *Mind* 68
- Boos E. J. (2003) «The misapplication of the “Is-Ought” distinction and the role of justice in Hart’s legal theory», *Sokoine University Law, Vytautas Magnus University* 10
- Davis P. E. (1962) «“Action” and “Cause of Action”», *Mind* 71
- Dickson J. (2005) «Interpretation and Coherence in Legal reasoning», *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (www.plato.stanford.edu)
- Gerber D. (1972) «Levels of Rules and Hart’s Concept of Law», *Mind* 81
- Golding M. P. (1985) «“H. L. A. Hart” by Neil Mac Cormick», *The Journal of Philosophy* 82
- Hacker P. (1969) «Definition in Jurisprudence», *The Philosophical Quarterly* 19
- Hall J. (1966) «Analytic philosophy and jurisprudence», *Ethics* 77
- Hampshire S., Hart H. L. A. (1958) «Decision, intention and certainty», *Mind* 67
- Hart H. L. A. (1951) «A Logician’s Fairy Tale», *The Philosophical Review* 60
- Hart H. L. A. (1951) «The Ascription of Responsibility and Rights», *Essays on Logic and Language* 7, 145–166
- Hart H. L. A. (1968) *Punishment and Responsibility* (Oxford)
- Hart H. L. A. (1994) *Concept of law. Second edition* (Oxford)
- Hart H. L. A. (1952) «Signs and words», *The Philosophical Quarterly* 2
- Hart H. L. A. (1958) «Positivism and separation of law and morals», см. пер. Харт Г. Л. А. (2005) «Позитивизм и разграничение права и морали (пер. с англ. В. В. Архипова)», *Правоведение* 5, 102–137
- Hart H. L. A. (1955) «Are there any natural rights?», *The Philosophical Review* 64
- Jansen H. (1937) «Kelsen’s Theory of Law», *The American Political Science Review* 31
- Johnson C. D. (1975) «Moral and Legal Obligation», *The Journal of Philosophy* 72
- Kar R. B. (2005) «Hart’s Unpublished Response to Exclusive Legal Positivism», *Loyola Law School. Legal Studies Research* 16
- Kelsen H. (1925) *Algemeine Staatslehre* (Berlin)
- Kelsen H. (1950) «Causality and Imputation», *Ethics* 61
- Kelsen H. (1951) «Science and Politics», *The American Political Science Review* 45
- Lyons D. (1984) «H. L. A. Hart» by N. Mac Cormick // *The Philosophical Review* 93
- Marmor A. (2001) The Nature of Law, *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (www.plato.stanford.edu)
- Pitcher G. (1960) «Hart on Action and Responsibility», *The Philosophical Review* 69
- Postema G. (1985) «Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory by H. Hart», *The Philosophical Review* 94
- Simon R. L. (1970) «Is Hart’s Natural right a human right?», *Ethics* 80
- Singer M. G. (1963) «Hart’s Concept of Law», *The Journal of Philosophy* 60
- Stern K. Mr. (1959) «Hampshire and Professor Hart on Intention: A Note», *Mind* 68
- Summers R. S. (1962) «H. Hart on Justice», *The Journal of Philosophy* 59
- Wilk K. (1941) «Law and State as Pure Ideas: Critical notes on the basic concepts of Kelsen’s Legal Philosophy», *Ethics* 51