

## **Содержание:**

# **ВВЕДЕНИЕ**

Современная аналитическая юриспруденция является разновидностью новейшего юридического позитивизма, хотя в своих методологических и концептуальных характеристиках она восходит к работам Дж. Остина. С историко-философской точки зрения она предстает сегодня одним из видов юридико-методологического позитивизма, во многом сближающегося с юридическим позитивизмом Г. Кельзена, с модификациями юридического аналитического догматизма, юридической лингвистикой. В числе предшественников такого направления в юриспруденции обычно называют римских юристов, затем средневековых докторов юриспруденции.

Задачи такой догматической юриспруденции общеизвестны и не требуют развернутых обоснований, поскольку они всегда определялись потребностями повседневной жизни и были тесно связаны с юридической практикой. Именно для этого подхода более всего характерно восприятие права как некоторой совокупности норм, как упорядоченной системы законов и разных отраслей права.

В европейской правовой мысли в широком смысле различают два типа правопонимания: юридический позитивизм и естественно-правовую школу. Сторонники первого направления видят в праве совокупность норм, содержащихся в законах и иных нормативных актах, исходящих от государства и защищаемых от нарушения его властью, или, что во многом то же самое, принудительный порядок общественных отношений. Во всех своих разнообразных течениях позитивизм неизменно уклоняется от субстанционально-ценностного обоснования права, полагая такую задачу ненаучной и видя его основное отличительное свойство в обеспеченности государственным принуждением [9].

Естественно-правовая школа, напротив, стремится дать содержательное обоснование устанавливаемого правом порядка, то есть найти некоторое надпозитивное право, выступающее по отношению к праву позитивному в качестве критерия его правовой или неправовой оценки и оправдания.

Таким образом, позитивное право устанавливает нормы человеческого поведения исходя из отношений между правителями и подчиненными. Законы вводятся и

осуществляются властью, которой наделено государство, и в условиях демократии отражают желания большинства.

**Цель исследования** – изучить особенности юридического позитивизма.

Для достижения поставленной цели решаются следующие **задачи**:

1. Рассмотреть возникновение юридического позитивизма.
2. Охарактеризовать основные теории юридического позитивизма.
3. Рассмотреть юридический позитивизм в современном правопонимании.
4. Рассмотреть юридический позитивизм в России.

**Предмет исследования** - труды и научные разработки учёных - правоведов, положивших основу юридическому позитивизму.

Теоретико-методологической основой данного исследования являются учебная литература, статьи, монографии по теории государства и права. При написании работы были использованы методы: сравнение, группировка, анализ.

## **Глава 1. Возникновение юридического позитивизма и его сущность**

Юридический позитивизм - направление в юриспруденции, сторонники которого ограничивают задачи юридической науки изучением позитивного права. Во второй половине 19 века в странах Западной Европы развивающееся гражданское общество освобождалось от пережитков феодализма в экономике, политике, социальной структуре. Всеобщее равенство перед законом разрушало остатки сословного строя, делало чисто номинальными дворянские титулы. Теряли былое значение привилегии дворянства, духовенства, церкви. Права и свободы индивидов, поначалу выраженные в частном праве, вскоре потребовали публично-правовых гарантий, ограничивающих произвол государственной власти, ее вмешательство в частноправовые отношения. Развитие представительного государства в это время связано с расширением круга лиц, имеющих избирательные права, а также со становлением системы политических партий, участвующих в выборах и деятельности законодательных организаций. Весомую роль в политической жизни играли широкие демократические движения, такие как: за всеобщее избирательное право, в том числе для женщин, за социальные реформы и др.[9].

Значительные изменения происходили в экономике. От первоначального капитализма, основанного на индивидуальном предпринимательстве частных собственников, их конкуренции и бесплановом производстве, финансовых авантюрах и спекуляциях, общество постепенно переходило к капитализму, организованному в тресты, картели, акционерные общества.

В этот же период наемные рабочие создали организации, способные противостоять эгоизму предпринимателей. Во многих странах возникли профсоюзы.

Господствующие классы вынуждены были идти на уступки трудящимся. Под давлением рабочего класса и демократических движений во многих странах издаются законы о правах профсоюзов, о продолжительности рабочего дня, о социальном страховании и обеспечении, здравоохранении, народном образовании. В ряде стран были созданы политические партии, ставящие своей целью защиту интересов трудящихся.

Буржуазные политические, и правовые учения этого периода в основном продолжали развитие идей либерализма первой половины 19 века. Основной программной задачей этих учений было объяснение и оправдание процессов развития буржуазного общества при сохранении и совершенствовании таких его основ, как частная собственность, товарно-денежные отношения, формальное равенство субъектов права. Эта задача обуславливала контрастное противостояние буржуазной политико-правовой идеологии различным направлениям социализма и коммунизма, особенно революционным [23].

Новым для буржуазного государствоведения и правоведения было признание необходимости реформ, смягчающих остроту ряда социальных и политических антагонизмов. Новым стало также исследование представительного государства в связи со складывающейся системой партий, каждая из которых имела ясную программу, многочисленный и стабильный круг сторонников.

Общей методологической основой большинства буржуазных теорий оставался философский позитивизм. В нем обрел свое дополнительное обоснование и ранее возникший юридический позитивизм, сохранивший значение преобладающего направления в юриспруденции. Вместе с тем в политико-правовой идеологии наметилась и стала осуществляться уверенная тенденция перехода от чистого позитивизма к обобщениям, от фактологии и текстологии - к философии, социологии, историзму, психологии [14].

Господствующим направлением буржуазной юриспруденции оставался юридический позитивизм, получивший наиболее широкое обоснование в книге немецкого юриста Карла Бергбома.

Опираясь на философский позитивизм Огюста Конта, Бергбом выступает против «метаюридических» взглядов и идей, вносимых в юриспруденцию теорией естественного права, учением о «народном духе» исторической школы права, всеми теми доктринами, которые пытаются исследовать действующее, а предполагаемое или желательное право.

Согласно теории Бергбома наука должна изучать, а не оценивать или требовать; она должна иметь дело только с реальными предметами и исследовать их методом опыта. Соответственно теория права должна заниматься только объективно существующим правом, основанным на правотворческих фактах, т.е. законодательной деятельности государства.

Именно действующее, позитивное право обеспечивает порядок, гармонию и безопасность в государстве, создает прочный правопорядок, стоящий над гражданами, над властью, над государством [21].

Поскольку естественное право представляет собой не более чем предположение, нечто субъективное и фиктивное, оно, если его всерьез принимать за явление правового порядка, влечет за собой разрушение правопорядка и анархию. Нельзя решать возникающие на практике юридические дела исходя из естественно-правовой доктрины, делящей право на естественное и положительное. Единственное реальное право то, которое выражено в законе. Норма - альфа и омега права, его начало и конец, за пределами закона нет никакого другого права.

Вслед за французскими комментаторами Гражданского кодекса, Бергбом рассматривал право, как нечто логически законченное и беспробельное - праву присуща та же непроницаемость, что и физическому телу. Вся задача суда состоит в том, чтобы на основе логического толкования текста закона определить решение по данному делу.

Аналогичные идеи обосновывали французские юристы-позитивисты.

Вслед за предводителем английской аналитической школы Дж. Остином континентальный позитивизм видел источник права в суверенной власти, в государственной воле. Отсюда делались выводы о верховенстве закона, о подчинении судей закону. Юридический позитивизм довел до совершенства

разработку приемов толкования правовых норм, особенно приемов логических, грамматических, систематических.

Догма права, обоснованная юридическим позитивизмом, имеет первостепенное значение для правоприменительной деятельности, особенно в периоды относительно стабильного развития гражданского общества [9].

Развитие товарно-денежных отношений и товарообмена неизбежно порождает резкий рост числа договоров и соответственно споров, столкновений частнопредпринимательских интересов, требующих судебного рассмотрения и решения. Роль права как вполне определенного, установленного государством правила должного, обращенного в будущее, в этих условиях резко возрастает.

Вместе с тем существование кодифицированного или иным образом систематизированного права, соответствующего потребностям гражданского общества, породило необходимость в освобождении юридического мышления и юриспруденции от идеологии, этики, философии, политики, политэкономии, вносящих в практику реализации права «метаюридические» начала, относящиеся к области других наук. Формально-догматический метод, тщательно разработанный юридическим позитивизмом, лежит в основе законности правоприменительной практики [22].

И все же юридический позитивизм не создал подлинной теории права. Отказ от «оценочных суждений» и от философских подходов к праву выводил за пределы правоведения не только всю критику права, но и прогностический подход к самому праву, т.е. проблему его совершенствования и развития. Юридический позитивизм не мог дать ответа и на самый для него важный вопрос: как обеспечить законность правотворческой деятельности государства, если само оно сила, творящая право?

Вся теория юридического позитивизма базировалась на предположении, что государство является правовым, однако это предположение неоднократно опровергалось практикой, а к обоснованию правового государства могло вести лишь изучение «метаюридических» начал[22].

Вывод, сколь ни велика заслуга юридического позитивизма в обосновании законности и правопорядка, проблема прав человека была им отвергнута вместе с теорией естественного права, а сам человек в праве и правопорядке признавался лишь «физическим лицом», наделенным «субъективными правами», выводимыми из текстов законов, а не из природы самого человека.

На началах юридического позитивизма строились также концепции ряда либеральных государствоведов, анализирующих и комментирующих институты публичного права на основе формально-догматической методологии [9]. Характерным представителем этого направления был французский государствовед Адемар Эсмен (1848-1913). Эсмен - представитель юридической школы государствоведения, суть которой сводится к выведению государства из конституции формально-правовыми способами, к отождествлению государства с правопорядком, с системой государственно-правовых норм, к принципиальному отрыву государствоведения от социологии. Эсмен утверждал, что конституционное право и социология имеют различные области знания, у каждой из них есть свой предмет и свои методы исследования. Соответственно этому Эсмен дает абстрактное определение государства: «Государство есть юридическое олицетворение нации; оно является субъектом и воплощением общественной власти». Обращая внимание на формально-правовую сторону, Эсмен утверждал, что современное представительное государство, где провозглашено равенство всех перед законом, служит не какому-либо одному классу или сословию, а всему обществу. Эсмен писал, что национальный суверенитет наилучшее свое выражение находит в представительном и парламентском правлении, которое может осуществляться как при республике, так и при конституционной монархии. Обосновывая верховенство парламента как законодательной власти, Эсмен высказывался против его полновластия. Поэтому он выступал за двухпалатную систему, утверждая, что формирование верхней палаты на основе менее демократической избирательной системы, чем нижней, позволит «разумно сочетать дух прогресса и дух традиции и консерватизма».

Сообразно теории разделения властей Эсмен писал об ответственности исполнительной власти перед парламентом. Новым в теории либерализма стало обоснование складывающейся системы партий. Наилучшим условием функционирования парламентского правления или, как он его называл, правления кабинета Эсмен считал «образование двух больших партий - одной консервативной, другой прогрессистской, предназначенных поочередно сменять одна другую во власти». Новым для либерализма было и открытое одобрение растущего аппарата исполнительной власти, который Эсмен называл настоящим оплотом безопасности гражданского общества[23].

Эсмен, как и другие либералы, придавал очень большое значение индивидуальным правам, к которым относил равенство, понимаемое как одинаковая правоспособность и одинаковое распределение общественных обязанностей,

личную свободу - неприкосновенность личности и собственности, свободу труда и промышленности, «моральные свободы» (совести, собраний, печати и т.д.) [23].  
Вслед за Констаном Эсмен утверждал, что эти индивидуальные права ограничивают права государства, но не требуют от него никаких положительных услуг, никаких жертв в пользу граждан. Поэтому он против провозглашения права на материальное обеспечение, права на образование, права на труд и других прав, возлагающих на государство позитивные обязанности.

Существование индивидуальных прав, по Эсмену, является условием свободного развития способностей индивидуума; эти права, подчеркивал Эсмен, имеют особую ценность как гарантии интересов меньшинства от возможности притеснений со стороны большинства в новейших демократиях, где провозглашен народный суверенитет.

Как и либералы первой половины 19 в., Эсмен утверждал, что огромное большинство граждан, не имеющее образования и досуга, неспособно производить оценку законов или законопроектов, которые были бы переданы на их рассмотрение; а потому он в принципе отвергал непосредственную демократию со всеми ее проявлениями. Волю нации формируют только депутаты представительных собраний. Коль скоро это - воля нации в целом, а не сумма воль избирательных округов, Эсмен выступал, против какой бы то ни было зависимости депутатов от избирателей. Эсмен признает всеобщее избирательное право, которое было завоевано демократическими силами в ряде стран. Но это всеобщее избирательное право, по Эсмену, не должно быть действительно всеобщим. Ссылаясь на то, что политические права представляют собой особую социальную функцию, осуществление которой может быть доверено только «способным», Эсмен был против предоставления избирательных прав женщинам, за ценз оседлости, высокий возрастной ценз [23].

Поскольку изыскания теоретиков юридической школы не шли дальше изучения системы государственно-правовых норм, оставалась неясность не только в теоретическом вопросе о социальном происхождении таких норм, но и в чисто практической проблеме изменения конституций. Если государство создает право, то существуют ли вообще формальные препятствия для формального же пересмотра тем же самым государством норм, образующих само это государство? Выход Эсмен искал в концепции учредительной власти, созываемой специально для пересмотра конституции или внесения в нее изменений; далее этого рассуждения, мало соответствующего реальной истории буржуазных конституций, юридический позитивизм, примененный к государствоведению, не шел [22].

Аналогичных взглядов на государство как на «юридическую организацию народа» придерживались германский государствовед Пауль Лабанд и другие либеральные позитивисты, сводившие государствоведение к комментированию действующих конституций и практики их осуществления.

Таким образом, правовой или юридический позитивизм – концепция, суть которой состоит в признании в качестве основных источников права лишь нормы позитивного права.

## **Глава 2. Основные теории юридического позитивизма**

### **2.1. Позитивистская теория Дж. Остина**

Развитие юридического позитивизма обычно относят к первой половине прошлого века и связывают его с творчеством английского правоведа Джона Остина (1790–1859), который в 20-х гг. 19 в. возглавил первую кафедру юриспруденции в Лондонском университете. Здесь же в цикле своих лекций под названием «Определение предмета юриспруденции» он развил утилитаристский тезис своего знаменитого соотечественника И. Бентама о том, что право – это «повеление суверена», и снабдил его развернутым обоснованием [25].

Посмертно опубликованный труд Остина «Лекции о юриспруденции, или философии позитивного закона» вышел с примечаниями видного английского философа-позитивиста Дж. Ст. Милля. Таким образом, в трудах английского правоведа совместились методологические приемы исследования современного ему утилитаризма и позитивизма, для которых был характерным акцент на эмпирических особенностях права, т.е. права как факта. Эмпирическое познание права предполагалось осуществлять на основе чисто юридических критериев, обособленных от моральных оценок права, а также от социально-политических его характеристик, столь присущих естественно-правовой традиции обсуждения проблематики права и правоведения.

Из этого отрывка следует, что Дж. Остин рассматривает право исключительно как позитивное право - нормы, установленные сувереном. Причем не столь важно,



является ли суверен лицом или органом, что говорит о его индифферентности по отношению к вопросу о справедливой форме правления. Для него достаточным основанием легитимности права на принуждение является привычка большинства к повиновению. Согласно Остину, правовые нормы следует рассматривать исключительно как свод приказов и императивов, исходящих от высшей власти, которая с целью побудить людей к исполнению последних может прибегать к угрозе и устрашению, и это заставляет людей привычно повиноваться. За этим скрывается негативное психологическое учение, согласно которому человек всегда стремится избежать неудовольствия.

В отличие от Т. Гоббса, который также настаивает на теории императивов, но при этом ограничивает ее моментом правового полномочия, то есть законы высшей власти лишь тогда обладают качеством права, когда эта власть уполномочена принимать правовые нормы, Остин (как и Бентам) изолирует власть от понятия уполномочивания, таким образом, власть замыкается и приобретает черты теоретико-правового волюнтаризма. Правда, Дж. Остин готов был признать, что в некотором роде народ - источник суверенной власти, но из этого тезиса он отнюдь не делает вывода, что народ предпочитает существующее правительство всякому другому, потому что в таком утверждении не учитываются те беды, которые пришлось бы пережить при смене суверена. Не пользы, а больше бед.

В этом случае у теории императивов трудности возникают с нормами обычного права, которые составляли немаловажную часть позитивного права. Нормы обычного права применялись всегда там, где кодифицированное право имело пробелы, оставляя возможности различного толкования, и где имело место устойчивое и единообразное отправление права, которое, по твердому убеждению всех затронутых лиц, является правильным. Нормы обычного права все затронутые лица признают добровольно. Здесь законодатель, прибегая к общим формулам типа «верой и правдой», «коварство», «добрые нравы», и «аморальность», апеллирует к определенным установкам, отличным от простых привычек социального поведения, и эти установки вовлекаются в процесс интерпретации тех или иных конфликтных ситуаций, позволяя рассмотреть отдельный случай в его индивидуальности.

Дж. Остин как сторонник кодифицированного права считал, что судебные прецеденты имеют ряд существенных недостатков [25].

Во-первых, относительная недоступность и неизвестность норм, созданных судьями.

Во-вторых, непредсказуемость того, будет ли такая норма использоваться в будущих делах.

В-третьих, нормы судебного законодательства являются *ex post facto*.

В-четвертых, такие нормы создаются в спешке (неблагоприятные условия).

В-пятых, судебным нормам недостает всесторонности и обширности. Такие свойства судебного прецедента, по мнению Дж. Остина, вряд ли могут способствовать главной цели - стабильности общественного порядка и прогнозируемости действий агентов общественных отношений. Однако Англия - государство с традиционно сложившейся системой общего права, и этот факт невозможно было обойти в теории, он требовал объяснения.

Как позитивист в этом вопросе Остин стоял перед выбором двух возможных альтернатив, ни одна из которых не могла быть принята: либо допустить, что позитивное право не целиком состоит из веления суверена, либо предположить, что судьи не творят никакого права.

Теория императивов пыталась разрешить эту дилемму при помощи понятия делегирования. Согласно Дж. Остину, нормы, вырабатываемые судьями, являются подразумеваемыми велениями суверена, сами судьи - «политическими министрами» высшей власти, а их полномочие творить право делегировано с молчаливого согласия суверена [25].

Таким образом, судебное право обладает лишь субсидиарной компетенцией, оно лишь дополняет закон, заполняет пробелы в праве, но, ни в коем случае не творит право. Суверен может в любой момент исключить судебное решение из сферы закона, лишив силы. Абсолютный суверен, если не в состоянии создать обычное право, то в состоянии его отменить. Если источник обычного права независим от абсолютного суверена, то обычное право юридически зависимо от воли суверена.

По логике теории императивов ответственность судей за исполнение законов возникает из страха претерпевания наказания. Судьи обязаны подчиняться порядку, и могут быть наказаны в случае непослушания. Но такие санкции в европейском праве не только «отыскать нелегко», их просто нет. Суд учреждается для применения юридических норм, но если он их не применяет или как-нибудь иначе нарушает свои обязанности, это не влечет для него никаких негативных последствий. Для позитивистов это явилось камнем преткновения - объяснить ответственность судей, исходя из теории императивов, то есть каким образом не

подтвержденные санкциями судьи могут быть связаны законом. Ответственность судей, возможно, было бы объяснить, если бы допускалось, что делегирование права на вынесение судебных решений исходит не от суверена, а от общества, но в таком случае требовалось бы допустить положения общественно-договорной теории, принципа разделения властей, следовательно, необходимость республиканской формы правления, а ответственность судей распространялась бы не только на исполнение законов, но и на соблюдение справедливости. Подобное толкование судебного права, возможно, при допущении, что обязанность судей выражена не угрозой наказания, «...а апелляцией к совести, к морали, которая обязывает соблюдать правопорядок». Но это допущение неприемлемо для Дж. Остина, поскольку логически отождествляет юридическую и моральную ответственность.

Судебное право представляет определенную теоретическую трудность, как для юридического позитивизма, так и для естественно-правовой доктрины. Достаточно трудно обосновать независимость и беспристрастность судьи, исходя из базовых положений этих теорий. В первом случае судья зависим от законодателя, следовательно, можно допустить, что в случае неисполнения закона суверен может, по крайней мере, отстранить судью от должности. Судья такой же министр, как и все другие. Во втором случае существует опасность зависимости судьи от «общественных предпочтений». «Общественные предпочтения» возвращают вопрос морали к общественному мнению, к тому, что морально оправдано большинством. Независимость судьи во втором случае обеспечивается, если моральные нормы не содержат никакого конечного содержания, а представляют собой строго формальный принцип - судить беспристрастно и объективно. Толкование морали в формальном смысле означает признание существования в обществе представления о добре и зле, и неважно, что именно считается добром и что - злом.

Юридический позитивизм делает ставку на норму права и его цель – обоснование права формально обоснованных правил, обязательность которых не зависит от их содержания. Главное - норма должна соответствовать формальному критерию - исходить от суверена. Формальный признак закона есть его позитивный критерий, и других критериев не требуется. Формально корректный закон, исходящий от полномочного органа или лица, не может быть несправедливым законом. Плохой закон - это все же право, а не бесправие. Человек «должен» следовать нормам поведения под угрозой наказания, и это «должное» морально-этически индифферентно.

В формально-юридическом смысле норма действительна, если она издана компетентным органом с соблюдением установленной процедуры и по содержанию не противоречит вышестоящим нормативным актам. Компетентность органа основывается на воле большинства и «привычке меньшинства к повиновению». Данное положение юридического позитивизма роднит его с социологическим направлением в правовой науке. Позитивизм ограничивает свою аргументацию принуждения социальным фактором – «большинство», «меньшинство» и не ставит задачу дистрибутивной аргументации, когда принуждение приносит выгоды больше всем, а не какой-либо одной группе. Что касается процедурной справедливости, то формальные требования к закону выражаются в следующих правилах:

- нормы должны быть достаточно понятными, изложенными в ясных и точных терминах;
- нормы должны быть доступны для тех, кому они адресованы;
- нормы логически не должны противоречить друг другу, в случае противоречия не применяется ни одна из них;
- нормы должны быть выполнимыми.

При соблюдении этих правил закон будет соответствовать формальным требованиям и налагать юридическую обязанность, даже если морально он будет осуждаться.

Однако, теорию Дж. Остина нельзя отнести к чисто «законническим» теориям, отрицающим какую-либо меру нравственности в законе. Дж. Остин осознает, что для того, чтобы обосновать иерархический характер правовой системы, необходима мера нравственного, поскольку мораль - это и есть иерархия, мораль не может быть нейтральной к юридическим фактам. Для этого он использует старое средневековое понятие – «божественное право». Как позитивиста оно нисколько его не смущает. Он нисколько не боится «метафизики» божественного права, поскольку оно «...не противоречит формальному пониманию права в качестве приказа суверена» (Бога).

Таким образом, Дж. Остин допускает, что правовая система содержит высшие нормативные принципы, содержанием которых являются нравственные истины. Эти принципы позволяют удерживать иерархический порядок норм, и в случае коллизии принципов с нормами победу одерживают первые. Дж. Остин выступал

только против социологического понимания морали, или, другими словами, «социологического естественного права».

## **2.2. Неопозитивистская концепция права Г. Харта**

Правовая теория Харта развита в русле аналитической юриспруденции, которая восходит к теории Остина.

Отходя от определения права Остином как «приказа суверена», Харт вместе с тем критикует и естественноправовые теории и характеризует естественноправовое положение о том, что «несправедливое право - это неправо», как парадокс, преувеличение или «просто ошибка». Подобное утверждение, замечает он, равносильно такому же ошибочному утверждению, что «законы - это не право». В этих суждениях Харта как раз весьма отчетливо проявляется легистская суть его неопозитивистской концепции правопонимания.

В своем учении о праве Харт исходит из того, что минимальной целью социальной жизни людей является выживание. С этим, согласно Харту, и связано наличие разумных оснований к тому, что право и мораль должны содержать определенные нормы поведения. Такие разумные и необходимые нормы, как защита личности, собственности и обещаний, как само собой разумеющиеся истины содержат в себе не только смысловое ядро естественноправовой доктрины, но, кроме того, они имеют также решающее значение для понимания права и морали и объясняют, почему чисто формальная дефиниция права и морали, которая не учитывает определенное содержание или социальные потребности, оказывается столь неудовлетворительной [26].

Но наряду с признанием такого генетического родства права и морали и единства их фундаментальных норм, Харт говорит об их различии: незащищенность этих норм, их нарушения требуют перехода от исключительно моральных к организованным, правовым формам контроля за поведением людей. Право от морали, таким образом, отличается принудительной санкцией. Эти санкции, поясняет Харт, требуются не потому, что без них вообще не было бы мотивов к правопослушанию: они нужны как гарантия того, чтобы интересы тех, кто будет добровольно соблюдать право, не были бы принесены в жертву тем, кто не будет соблюдать нормы без принуждения. Без системы принудительных санкций нормопослушание было бы связано с риском быть обманутым. Перед лицом такой опасности разум требует, чтобы добровольная совместная деятельность людей

осуществлялась в рамках принудительного порядка.

Юридический позитивизм по своей структуре, согласно Харту, состоит из норм, которые он делит на первичные и вторичные.

Первичные правовые нормы - это нормы обязывания. Они возлагают обязанности без учета воли соответствующих лиц. Они связаны с угрозой санкции, которая как мотив должна удерживать от запрещенного поведения.

Вторичные правовые нормы предоставляют частную или публичную власть. Нормы, предоставляющие частную власть, дают частным лицам способность самим строить свои правовые связи с другими с помощью договоров, завещаний и т.д. Нормы, предоставляющие публичную власть, определяют деятельность в сфере законодательства, правосудия, управления. Вторичные нормы не требуют от адресатов вести себя определенным образом, а дают возможность отдельным лицам при определенных условиях создавать права и обязанности [26].

Если бы, говорит Харт, в духе мыслимого эксперимента, правовая система состояла бы лишь из первичных норм, она страдала бы такими недостатками, как неопределенность, статичность (из-за отсутствия возможности приспособлять нормы к изменяющимся обстоятельствам), недейственность ее социального давления (из-за отсутствия инстанции, которая могла бы окончательно и авторитетно решить, будет, или нет определенным действием нарушена какая-то норма).

Эти недостатки можно преодолеть, по Харту, с помощью вторичных норм, которые действуют как нормы о нормах. Так, средством против неопределенности является введение нормы признания, которая определяет, как должна быть создана норма, чтобы она могла быть нормой системы права. Такой нормой признания в простейшем случае может быть авторитетно установленный реестр первичных правил с указанием условий, при которых действуют другие нормы. Средством против статичности правовой системы служит введение норм изменения, которые уполномочивают индивидов или группы вводить в правовую систему новые нормы и отменять старые. Недейственность системы из первичных норм преодолевается с помощью норм решения, которые придают определенным инстанциям полномочия авторитетно устанавливать, нарушена ли какая-то первичная норма или нет.

В сложных правовых системах правило признания - это не какое-то одно правило, содержащее критерии для действия первичных правил, а целый ряд правил признания, образующих сложную иерархию (из норм конституции и

законодательства). Правило признания, которое дает критерии для действия всех других правил системы, Харт называет «последним правилом». Оно дает высший критерий для действия правил системы [26].

В отличие от умозрительно-гипотетической «основной нормы» Кельзена «последнее правило» Харта носит фактический характер и само является действующим правовым правилом.

Соединение первичных и вторичных норм дает правовую систему. Для существования правовой системы, резюмирует Харт, необходимо и достаточно два минимальных условия: во-первых, правила поведения, действительность которых установлена последним и высшим критерием системы, должны соблюдаться всеми, а во-вторых, правила признания для критериев правовой действительности, правила изменения и правила решения должны действительно восприниматься служащими в качестве всеобщего публичного стандарта официального поведения.

В хартовском структурном толковании права отчетливо присутствует ряд неопозитивистских идей и установок кельзеновского нормативизма.

Так, вуалируя этатистские корни неопозитивистского правопонимания, Кельзен считал характерную для старого позитивизма трактовку права как продукта, установления государственной власти «социологическим» подходом, от которого надо очистить правоведение. Согласно «юридическому» подходу, право как система норм долженствования у самого Кельзена получает свою действительность не от государства, а от «основной нормы» [7].

Подобной логики и схемы придерживается по сути дела и Харт, в концепции которого право как система норм тоже получает свою действительность не от государства, а от некоей фундаментальной нормы - последнего, высшего правила.

Таким образом, с точки зрения существа правопонимания принципиальное значение имеет то, что объединяет старых и новых позитивистов: и те, и другие под правом (в его отличии от неправа, например, от морали), которое они по-разному описывают, имеют в виду одно и то же - приказ суверена, властную принудительность.

### **Глава 3. Юридический позитивизм в современном правопонимании**

Позитивизм соответствует силовой парадигме осмысления социальных явлений, включая право и государство, и включает в себе элемент апологии существующего политического господства и законодательства.

В силу такой позитивистско-прагматической ориентированности легистская юриспруденция занята уяснением и рассмотрением двух основных эмпирических фактов:

- выявлением, классификацией и систематизацией самих форм этих принудительно-обязательных установлений официальной власти, т.е. так называемых формальных источников действующего права;

- выяснением позиции законодателя, т.е. нормативно-регулятивного содержания соответствующих приказаний власти как источников действующего права [21].

Юридический позитивизм, во всех его вариантах отождествляя право и закон, отрывает закон как правовое явление от его правовой сущности, отрицает объективные правовые свойства, качества, характеристики закона, трактует его как продукт воли и произвола устанавливающей закон власти [20]. Отсюда следует, что специфика права неизбежно сводится при таком правопонимании к принудительному характеру по отношению к личности и обществу в целом. Принудительность трактуется не как следствие каких-либо объективных свойств и требований права, а как исходный правообразующий и правоопределяющий фактор, как силовой и насильственный первоисточник права. Согласно юридическому позитивизму истина о праве дана в законе, выражающем волю, позицию и мнение законодателя. Одним из серьезных недостатков этой концепции является её предельный субъективизм, так как искомое истинное знание о праве носит характер мнения, хотя и официально-властного. По логике такого правопонимания, одна только власть, создающая право, действительно знает, что такое право и чем оно отличается от не права. Наука же в лучшем случае может адекватно постигнуть и выразить это воплощенное в действующем праве властно-приказное мнение.

Позитивисты возвели одну из форм положительного права - закон, законодательное установление или законодательную норму - на степень универсальной юридической категории. Закон является важнейшим моментом юридической жизни особенно там, где монополизировано правотворчество. При такой монополизации считается даже единственно правильным, чтобы закон или установленная в известном порядке норма являлись единственным источником



права. Если фактические условия выдвигают какие-либо другие источники, то режим монополии может их признать только постольку, поскольку они признаны и допущены законодательной нормой [14].

Так условно признается, например, обычное право, поскольку оно не противоречит закону и разрешено законом. Если на основании этой практики монополии попытаться построить некоторое теоретическое обобщение, то ясно, что оно выльется приблизительно в следующую форму: установленная норма есть высшее, наиболее объективное юридическое понятие.

Действующее право невозможно оценить с какой бы то ни было позиции, хотя проблема произвола законодателя позитивистами не решается. Определяя право, представители позитивной школы подступают с «чисто» научных позиций - как организованного по формальному признаку государственного принуждения. Для позитивистов, где нет государственной власти, нет и права [19].

Позитивисты, отождествляя понятия «право» и «закон», упорно не желают обозначать законодательство его собственным именем. Таковое они называют «позитивным правом». Однако, переименование законодательства в «позитивное право» не отменяет бесспорный факт того, что право и законодательство - разносущностные социальные феномены. Соответственно правоведение остается не идентичным законоведению [9].

Отождествление права и закона кардинально изменяет представление о механизме соционормативного регулирования. Установленное законом предписание становится первопричиной и мерилom социального поведения [20]. Таким образом, государственная власть, а не общество задают систему координат развития и функционирования социальной действительности. Следовательно, через право государственная власть устанавливает тотальный контроль над обществом регламентируя все стороны его функционирования. В этом случае все большая детализация и конкретизация через подзаконные акты единичных и частных случаев создаёт громоздкую и малоэффективную, с позиции общества, правовую систему. Право не отражает интересы общества вследствие чего, противопоставляет себя иным социальным нормам. Отказ от системности как признака соционормативного регулирования приводит к хаосу взаимоотношений власти и общества, а также отношений складывающихся внутри общества. Результатом такого регулирования является политика геноцида против собственного народа, гражданская война, социальные катаклизмы. Гибель общества неминуемо приведет к гибели государства [19]. Опыт исторического

развития ряда государств, в том числе и России, по данному пути привел к необходимости переосмысления самой парадигмы общественного развития.

Очень интересным, с позиций данной теории, выступает соотношение права и морали, права и религиозных норм. Позитивисты подчеркивают независимость права от морали и справедливости. Кельзен писал, что закон не может быть хорошим или плохим, он может быть только действующим [7]. Ещё более кардинальной точки зрения придерживался один из основателей позитивизма в Англии Дж. Остин, который выносил нравственную оценку права за рамки юридической теории.

В данной концепции, право рассматривается как первичный по сравнению с нравственностью регулятор общественных отношений.

Таким образом, любая политическая сила, олицетворяющая на данный момент государственную власть, может ввести новые нравственные императивы для всех социальных слоев населения. Однако, ценностные ориентации, складываясь на протяжении длительного исторического периода, отражают объективные факторы развития данного общества и не подчиняются политической воле элит. Противопоставление права и морали приводит к «парализации» социального регулирования: то, что правильно с позиции морали - запрещено правом, а то, что законно - не укладывается в рамки возможного поведения для личности, воспитанной в системе определенных нравственных ценностей. Для государственной власти право не может быть аморальным, но являясь таковым для общества, оно становится рычагом, тормозящим его поступательное развитие.

## **Глава 4. Юридический позитивизм в современной России**

В России на протяжении веков формировался принципиально иной тип правовой культуры - не индивидуалистические права человека выдвигались на первый план, а права в единстве с обязанностями и ответственностью. Поэтому начавшееся в 19 в. приобщение российской юриспруденции к западной правовой традиции вылилось в восприятие, прежде всего позитивистских концепций, которые и

сегодня доминируют в отечественной теории права[20]. Между тем действующая Конституция РФ провозглашает и обосновывает другой тип правопонимания - идеологию естественных и неотчуждаемых прав человека, которые признаются существующими объективно, имеющими дозаконотворческий и внезаконотворческий характер (неоктроированными), очерчивающими сферу индивидуальной свободы и тем самым ограничивающими государственную власть. Основные права и свободы человека непосредственно входят в правовую систему страны, независимо от их закрепления в позитивном праве (законах и иных официальных актах), более того, имеют в ней приоритетное значение. Поэтому право перестает быть продуктом властного произвола. Его источник кроется не в государственной воле или социальной практике, а в естественных и неотчуждаемых правах и свободах человека, конкретизацией которых оно является. Причем именно права человека выступают целью и оправданием существования государства, призванного обеспечивать надлежащие гарантии их осуществления и защиты. Именно такое понимание права - основа современной западной юридической науки и практики. Представляется, что именно из него должна исходить и отечественная теория права. Однако на деле соответствующие положения Конституции РФ (ст. 2, 17, 18, 55 и др.) так и не получили должного теоретического осмысления. Большинство российских теоретиков права и государства игнорируют принципы идеологии естественных и неотчуждаемых прав человека, зафиксированные в Конституции [27]. Одновременно предпринимаются и откровенные попытки лишить живого содержания, дезавуировать содержание конституционных норм.

Так, в научнопрактическом комментарии к Конституции РФ для обоснования приоритета внутренних правовых актов по отношению к общепризнанным принципам и нормам международного права отмечается, что положение ч. 1 ст. 17 Конституции «имеет характер общей политической декларации» и «не определяет иерархическое положение соответствующих принципов и норм в российской правовой системе» [27]. Н. Колдаева утверждает, что ст. 2 Конституции («Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина - обязанность государства») «несет лишь идеологическую нагрузку и не является правовой нормой» [6]. По мнению академика В. Кудрявцева, принципы правовой государственности, закрепленные в Конституции, предполагают лишь связанность государства им же самим созданными юридическими нормами [8]. Н. Марченко ориентирует студентов на то, «что в правотворческой и правоприменительной деятельности государственных органов России и других стран доминирующими являются идеи единства,

неделимости права и закона; между правом и законом не проводится никакого различия» [14]. О. Мартышин считает едва ли не самым негативным явлением в юридической науке за последнее десятилетие утверждение приоритета прав личности, которые, по его мнению, на самом деле находятся в одном ряду с благом народа, интересами государства и т.п. ценностями. Обосновывать обратное, ставить права человека выше прав всего общества или его части, считает он, значит оправдывать необузданный эгоизм и индивидуализм. При этом ст. 2 Конституции, из которой сторонники данного «общественно опасного тезиса» выводят признание приоритета прав человека, Мартышин определяет как имеющую лишь «лозунговый характер», «неудачный текст, лишенный юридической определенности» [13].

Большинство работ по теории права и государства представляют собой скрытый или явный отказ от идеологии естественных и неотчуждаемых прав человека и демонстрируют возврат к прежнему советскому типу правопонимания, характерной чертой которого, в частности, являлось и восприятие Конституции как набора ни к чему не обязывающих деклараций [27]. В Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с настоящей Конституцией. Показательно, что более двух столетий назад в Европе подобным образом оценивали принятие французской Декларации прав человека и гражданина: Политики и историки тщательно взвешивали его значение и нередко приходили к выводу, что именно оно содействовало наступлению той анархии, которая водворилась во Франции после взятия Бастилии. Доказывали, что отвлеченные формулы «Декларации» допускают самое разнообразное толкование, и что поэтому они опасны. Утверждали, что она лишена реального политического содержания и живого понимания деятельности государства. Говорили, что бессодержательный пафос ее смутил умы, затуманил спокойное суждение, разжег страсти, убил чувство долга [19].

Устойчивость позитивистского правопонимания в современной России закономерна. При нормальном развитии общественных процессов представления о естественном и неотчуждаемом характере прав человека обосновываются мыслителями и признаются государством лишь после того, как приобретают характер социально-политических притязаний. Именно так было в Западной Европе в эпоху Реформации. Современная же Россия заимствовала идеологию естественных неотчуждаемых прав человека в отсутствие адекватной социальной практики - гражданского общества, представленного свободными собственниками,

заинтересованными в государственном признании, уважении и защите свободы, безопасности и собственности [19]. Любое заимствование чревато поверхностностью и формальностью восприятия, а также существенными искажениями. Воспроизведение в Конституции идеологии естественных и неотчуждаемых прав человека - лишь первый шаг к ее интериоризации, которая предполагает теоретическое освоение конституционных положений (надлежащее осмысление и конкретизацию, позволяющие имплементировать их в законотворчество и правоприменительную практику) и формирование гражданского общества [4].

Таким образом, обществу, а вместе с ним и науке, еще предстоит «созреть» до своей Конституции и позитивированной в ней доктрины.

## **ЗАКЛЮЧЕНИЕ**

Правовой или юридический позитивизм – концепция, суть которой состоит в признании в качестве основных источников права лишь нормы позитивного права.

Любая политическая сила, олицетворяющая на данный момент государственную власть, может ввести новые нравственные императивы для всех социальных слоев населения. Однако, ценностные ориентации, складываясь на протяжении длительного исторического периода, отражают объективные факторы развития данного общества и не подчиняются политической воле элит. Противопоставление права и морали приводит к «парализации» социального регулирования: то, что правильно с позиции морали - запрещено правом, а то, что законно - не укладывается в рамки возможного поведения для личности, воспитанной в системе определенных нравственных ценностей. Для государственной власти право не может быть аморальным, но являясь таковым для общества, оно становится рычагом, тормозящим его поступательное развитие.

Таким образом, обществу, а вместе с ним и науке, еще предстоит «созреть» до своей Конституции и позитивированной в ней доктрины.

## **СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ**

1. Брезгулевская Н.В. Обсуждение концепции реалистического позитивизма: круглый стол «Проблемы правопонимания» // Правоведение. — С.-Пб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2005, № 1. — С. 12-20.
2. Васильев А.В. Содержание и форма, сущность и явление права. Состояния права // Право и государство: теория и практика. — М.: Право и государство, 2011, № 5 (77). — С. 16-19.
3. Глухарева Л.И. Права человека в современном мире (социально-философские основы и государственно-правовое регулирование). — М., 2003. — С. 286.
4. Зорькин В. Д. Россия и Конституция в XXI веке: Взгляд с Ильинки. М., 2007. С. 36.
5. Кареева-Попелковская К.А. Административно-правовое регулирование применения мер пресечения сотрудниками полиции в Российской Федерации. Автореф. дис. канд. юрид. наук /— М., 2012. — 22С.
6. Колдаева Н. П. К вопросу о роли идеологических факторов в правообразовании // Теория права: новые идеи. Вып. 4. М., 1995.
7. Кельзен, Г. Чистое учение о праве. / Г. Кельзен. — Кельзен, Г. Чистое учение о праве. / Г. Кельзен. — М., 1987. — С. 184. М., 1987.
8. Кудрявцев В. Н. О правопонимании и законности // Государство и право. 1994. N 3.
9. Липатникова Е.В. Суть и значение юридического позитивизма как определенного типа правопонимания // Правоохранительные органы: теория и практика. — Екатеринбург: Изд-во Урал. юрид. ин-та МВД России, 2007, № 2. — С. 55-63.
10. Малицкий А. Советская конституция. Харьков, 1925.
11. Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. 2-е изд. — М., 2003. — С. 103, 104.
12. Мальцев Г. В. Понимание права: Подходы и проблемы. М., 1999. С. 33.
13. Мартышин О. В. Теория государства и права в постсоветское десятилетие. Некоторые итоги // Право и политика. 2000. N 7.
14. Марченко М. Н. Теория государства и права. Учебник для вузов. М., 1996.
15. Медведева Н.Т., Радько Т.Н. Позитивизм как научное наследие и перспектива развития права России // Государство и право. — М.: Наука, 2005, № 3. — С. 5-12.
16. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000.
17. Поляков А. В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. Курс лекций. СПб., 2004.

18. Росс А. Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. — С.-Пб.: Издат. Дом СПбГУ, 2011. — С. 458-473.
19. Скоробогатов А.В. Современные концепции правопонимания. Учеб.пособие ИЭУиП Казань, 2010 с. 15.
20. Тарасенко В.Г. Современное правопонимание // Актуальные проблемы правоведения. — Самара: Изд-во Самар. гос. экон. ун-та, 2009, № 1 (22). — С. 17-25.
21. Тимофеева Н.И. Основные формы обоснования права в юридическом позитивизме // Право и государство: проблемы методологии, теории и истории: материалы III Всероссийской научно-практической конференции: в 2 ч.. — Краснодар: Изд-во Краснодар. ун-та МВД России, 2013, Ч. 2. — С. 122-126.
22. Царьков И.И. Принципы юридического позитивизма // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. — Тольятти: ВУиТ, 2003, Вып. 33. — С. 151-182.
23. Четвернин В.А. Современная либертарно-юридическая теория // Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып. 1. М., 2007. С. 6 — 7.
24. Шейнин Х.Б. Допустимые ограничения прав человека в международном праве и по Конституции Российской Федерации // Общеизвестные принципы и нормы международного права, международные договоры в практике конституционного правосудия: материалы Всероссийского совещания. — М., 2004. — С. 160.
25. Die kleine Enzyklopädie, Encyclios-Verlag, Zürich, 1950, Band 1, Seite 109.
26. H.L.A. Hart The Concept of Law (Oxford: Clarendon Press, 1994), p.110.

#### законодательные акты

27. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 N 6-ФКЗ, от 30.12.2008 N 7-ФКЗ, от 05.02.2014 N 2-ФКЗ, от 21.07.2014 N 11-ФКЗ).