

МНЕНИЕ УЧЕНЫХ

УДК 34.01 **МНОГООБРАЗИЕ ЗАКОНОВ И КЛАССИЧЕСКИЙ ПРАВОВОЙ ПОЗИТИВИЗМ** (критика Герберта Харта)

© 2021 **М.Д. Горбунов**

Национальный исследовательский
Нижегородский государственный университет им. Н.И. Лобачевского

В статье анализируется подход к определению видов законов, выработанный в рамках классического правового позитивизма. Приводится ряд критических замечаний в отношении данного подхода на основе аргументации неклассической позитивистской доктрины. В результате делается вывод о концептуальной неспособности классического правового позитивизма описать разнообразие существующих форм права.

Ключевые слова: правопонимание, правовой позитивизм, формы права.



М.Д. Горбунов

*Преподаватель кафедры теории
и истории государства и права
юридического факультета
Национального исследовательского
Нижегородского государственного
университета им. Н.И. Лобачевского*

Дифференцированный подход к определению содержания закона, очевидно, для наиболее полного определения понятия права представляется более предпочтительным, однако для юриспруденции до сих пор довольно характерно стремление к достижению единообразия при типологизации правовых норм. Такой подход был выбран в классическом правовом позитивизме, представленном в трудах И. Бентама и Дж. Остина, который впоследствии был развит в

нормативной теории Г. Кельзена. Рассматривая право через признак принудительности в виде императивного приказа закон отождествляется с системой обязывающих правил, в то время как управомочивающие правила рассматриваются как производные¹, либо в более радикальной форме им вообще отказывается в правовом статусе и они рассматриваются как несовершенные фрагменты обязывающих правил, которые и составляют право².

Представляется, что достижение единообразия правовых правил, необходимое для поддержания простой модели приказов, достигается путем подмены принципиальных и вспомогательных характеристик друг другом, в результате чего скрывается механизм действия правовых правил при регулировании общественных отношений, а также роль участников правовой системы, на которых эти правила направлены, как на это, в частности, указывает один из наиболее знаковых критиков классического позитивизма – Герберт Харт³. Если право начинает рассматриваться только с позиции лиц, на которых оно возлагает обязанности, а другие аспекты права сводятся лишь к условиям действия их обязанностей, то другие элементы права, столь же ему характерные, оказываются несущественными.

Закон действительно имеет простое очевидное сходство с приказом, представляя сознательное датируемое действие, совершенное по определенной процедуре. Понимание этого и дает основание для аргумента о том, что все право можно осмыслить в понятиях приказа

простым отказом от бессмысленных усложнений и усложнений понятия закона. Вместе с тем, как справедливо замечает Харт, основные функции права как средства социального контроля проявляются отнюдь не в судебных тяжбах или уголовном преследовании, которые представляют собой существенные, но все же вспомогательные средства исправления ошибок функционирования системы, а в различных способах, которыми право используется для того, чтобы контролировать, управлять и планировать жизнь за дверями суда⁴, а потому система права не может искусственно упрощать многообразие законов, исключая из них управомочивающие законы.

Для подтверждения этого важного тезиса Харт приводит ряд примеров действия данного типа законов в правовой системе. В первую очередь следует выделить вид законов, предоставляющий правомочия частным лицам. Среди них законы, определяющие правосубъектность, форму реализации права и границы действия прав и обязанностей. Однако в рамках данного типа законов можно также выделить те, которым свойственна большая степень императивности, поскольку отношения, которые они регулируют, носят публично-правовой характер. Соответственно, на первый взгляд, подобным законам должна корреспондировать система обязанностей и санкций, что приближало бы их к простой модели приказов. Фактически же такого отношения не наблюдается. В перечне подобных законов – определяющие публичные правомочия субъектов в рамках судебной, законодательной и исполнительной ветви власти. Так, законы, регулирующие действия судебных органов, определяют судебскую компетенцию, правила судопроизводства и организации деятельности суда. Действительно, ряд из них при поверхностном рассмотрении выглядит как налагающие обязанности, то есть требующие суд действовать определенным образом или воздержаться от конкретных действий. Сюда, в частности, можно определить правила подсудности. Вместе с тем управомочивающие законы в сфере судебной власти имеют своей целью не предотвращение судебского произвола, но определение условий действительности судебных актов. Так, в частности, если суд нарушит правила о подсудности при вынесении решения, такое решение будет сохранять свою силу до его отмены вышестоящим судом в интересах общественного порядка. Такое отношение между правилом и действием в его исполнение плохо передается

словами «подчиняться» и «не подчиняться», которые более уместны в случае с уголовным правом, где правила аналогичны приказам. Аналогичным образом акты, определяющие законодательные полномочия, также направлены на определение лучших условий осуществления правотворчества. Несоблюдение подобных норм влечет нарушение целей предпринимаемых законодателем действий и соответственно их недействительность⁵. Безусловно, лица, осуществляющие правотворчество, могут быть подвергнуты в таком случае определенной санкции, но данная санкция определяется обязывающими нормами уголовного закона.

Таким образом, коренное различие между обязывающими и управомочивающими правилами делает бессмысленным использование в подобных случаях терминологии, соответствующей поведению по отношению к нормам уголовного права. При этом существованием обоих типов правил невозможно пренебречь, поскольку они определяют важнейшие аспекты социальной жизни. Как не было бы преступлений или правонарушений и не было бы убийств и краж, если бы не существовали императивные нормы уголовных законов, сходные с приказами, подкрепленными угрозами, точно так же не было бы купли-продажи, дарения, завещаний или браков, если бы не существовали правила, предоставляющие полномочия⁶.

Рассматриваемому утверждению классического правового позитивизма в еще большей степени противоречит существование такой формы права, как обычай и тем более судебный прецедент⁷. Безусловно, не любой обычай является правовым и не всякое судебное решение обладает правотворческим потенциалом, но только те, которые признаются таковыми конкретной правовой системой. Принципиальным в данном случае становится вопрос того, в какой процедуре осуществляется это самое признание, ответить на который, если рассматривать право в терминах приказа, невозможно, не прибегая к допущениям и усложнениям кажущейся на первый взгляд простой императивной теории.

Безусловно, обычай и прецедент является неосновной формой права в существующих правовых системах. Так, законодатель может легко лишить обычай правового статуса либо признать обычай правовым, не в последнюю очередь посредством судебного рассмотрения, руководствуясь, в частности, критерием разумности, ограничить или сузить возможность самого судебного усмотрения иметь самостоятельную

нормативную силу. Собственно нечеткость места данных форм в правовой системе сложно объяснима концепцией приказов, поскольку признать, что правовой их статус определяется посредством приказа суверена либо подконтрольного ему законодателя, значит расширить понятие приказа до такой степени, что оно теряет первоначальный смысл⁸.

Доктрина правового признания в концепции права как принудительного приказа базируется на исключительном праве правотворчества суверена – либо путем непосредственной дачи приказа, либо через санкционирование права дачи приказа подчиненному суверену публичному субъекту для выражения своей воли. Таким образом, командная теория расширяет понятие приказа, относя к нему также «молчаливые» предписания⁹. Суверен может выразить свою волю, просто не вмешиваясь в санкционированное им правотворчество подчиненных, не наказывая их за неповиновение. В таком контексте рассматриваются обычные правила, существующие в правовой системе в качестве закона. Правовое признание правила получают, будучи использованными в конкретных судебных решениях. Сами судебные решения исполняются путем молчаливого приказа суверена¹⁰. Если нормативность прецедента еще хоть как-то может объясниться через аргумент о молчаливом приказе, то такое понимание правового статуса обычая в императивной теории приказов не выдерживает критики¹¹. Во-первых, не представляется сколько-нибудь очевидным, что обычай не имеет какого-либо правового статуса до применения его судом. Утверждение или опровержение этого факта сводится либо к констатации положения в конкретной правовой системе, либо к догме императивной теории о том, что ничто не может быть правом, пока это не установлено приказом. Обычай в данном случае, в отличие от закона, до его применения считается не утвержденным приказом, поэтому и не является правовым. Во-вторых,

если принять более фундаментальное положение о том, что обычай приобретает правовой статус благодаря молчаливому приказу суверена, то возникает вопрос о том, является ли простое невмешательство суверена выражением его воли по одобрению исполнения правил.

В действительности в практике существования современных правовых систем довольно сложно найти ситуацию, когда суверен непосредственно рассматривает конкретный правовой случай и сознательно решает не вмешиваться. Хотя названные выше формы и стоят по юридической силе ниже закона, отказ в лишении их законодателем правового статуса не считается априори проявлением воли законодателя. Стало быть, основания признания обычая как правового, а судебного решения как нормативного лежат в сфере более определенных процедур, нежели те, которые предлагает классический правовой позитивизм. Лишение же управомочивающих норм важнейшего статуса в системе правового регулирования вносит больше неясности в понимание действия права при описании правовой системы, чем предлагает объяснить.

Библиографический список

1. Austin J. *The Province of Jurisprudence Determined* [1832] / W. Rumble. – Cambridge: Cambridge University Press, 1995. – 344 p.
2. Austin J. *Lectures on Jurisprudence: The Philosophy of Positive Law* [1879] / R. Campbell. – Bristol: Thoemmes Press, 2002. – 1169 p.
3. Bentham J. *Of Laws in General* / H.L.A. Hart. – London: The Athlone Press, 1970. – 342 p.
4. Gray J.C. *The Nature and Sources of the Law* [1921]. – Birmingham, Alabama: Legal Classics Library, 1985. – 222 p.
5. Kelsen H. *General Theory of Law and State*. – Cambridge: Harvard University Press, 1945. – 356 p.
6. Харт Г.Л.А. Понятие права (пер. с англ. Е.В. Афонасина, М. Бабака, А.Б. Дидикина, С.В. Моисеева) / Г.Л.А. Харт. – СПб.: Изд-во СПбГУ, 2007. – 304 с.

¹ Austin J. *Lectures on Jurisprudence: The Philosophy of Positive Law* [1879] / R. Campbell. Bristol: Thoemmes Press, 2002. Lecture XXIII.

² Kelsen H. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press. 1945. P. 63.

³ Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 30.

⁴ Там же. С. 43.

⁵ Там же. С. 34.

⁶ Там же. С. 35.

⁷ Там же. С. 47.

⁸ Там же. С. 47.

⁹ Austin J. *The Province of Jurisprudence Determined* [1832] / W. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. Lecture I. P. 30–33; Austin J. *Lectures on Jurisprudence: The Philosophy of Positive Law* [1879] / R. Campbell. Bristol: Thoemmes Press, 2002. Lecture XXX.

¹⁰ Bentham J. *Of Laws in General* / H.L.A. Hart. London: The Athlone Press, 1970. P. 21.

¹¹ Gray J.C. *The Nature and Sources of the Law* [1921]. Birmingham, Alabama: Legal Classics Library. 1985. P. 193–199.

**THE VARIETY OF LAWS AND CLASSICAL LEGAL POSITIVISM
(criticism of Herbert Hart)**

M.D. Gorbunov

*Lecturer at the Department of Theory and History of State and Law of the Law Faculty
of the Lobachevsky state University of Nizhny Novgorod*

This article analyzes the approach to define types of laws, developed within the framework of classical legal positivism. A number of criticisms to this approach are given based on non-classical positivist doctrine. The conclusion is made about conceptual inability of classical legal positivism to describe the variety of existing forms of law.

Keywords: legal thinking, legal positivism, forms of law.