**Введение.**

***В своей работе я попытался рассмотреть такую тему, как позитивизм. Мне кажется, что эта очень важная тема. А важна эта тема тем, что юридический позитивизм - один из популярнейших видов познания права. Эта тема, на мой взгляд, интересна еще и тем, что юридический позитивизм был очень популярен (даже не просто популярен, а бесспорно господствовал) в Белорусском праве во времена Советского Союза, а это одна из ярчайших и , безусловно, спорных страниц в истории Беларуси и , соответственно, белорусского права.***

***Я хочу рассмотреть особенности юридико-позитивистской теории, особенности определений понятия “право” юристами-позитивистами. Также я попытаюсь сравнить юридико-позитивистскую теорию познания права с ее главным противником - теорией естественного права, а если получится, то попробую доказать, несмотря на былую популярность и мощь этой теории, несостоятельность взглядов юристов-позитивистов***

# ТЕОРИЯ ПРАВА ЭМПИРИЧЕСКОЙ ЭПИСТЕМОЛОГИИ

Теории права, основывающиеся на эмпирической эпистемоло­гии, считают, что источником знаний является опыт, а не разум или сознание. Эти теории включают позитивистские теории, историче­ские теории, социологические теории, американские реалистические теории и феноменологические теории. Современные направления, такие, как критические правовые концепции и их ответвление - фе­министическая юриспруденция и критическая расовая теория, - также исходят из принципов эмпирической эпистемологии.

**ПОЗИТИВИСТСКИЕ ТЕОРИИ ПРАВА**

# А. РАННИЕ ПОЗИТИВИСТСКИЕ ТЕОРИИ ПРАВА

**ТЕОРИИ 1. Каутилья (Индия, IV в. до н.э.)**

Вероятно, Каутилья был первым в истории сторонником позитивистской теории права.

По индийской традиции, философия стала ассоциировать­ся с заботой об освобождении индивидуальной души из цикла реинкарнаций и слиянии этой души с абсолютной душой. Это слияние называется мокша (moksha), или, если перевести условно, - спасение. Все ценности жизни подразделяются на закон добродетели (дхарма - dharma), богатство (артха - art-/ш), удовольствие (кама - kama) и освобождение души (мок­ша). Первые три ценности, известные как "группа трех" (три-ванга - trivanga), обычно рассматривались отдельно от мокши и не обсуждались в большинстве метафизических теорий. В результате появились отдельные трактаты, посвященные дхарме, артхе и каме. Артха рассматривается не только как экономическая сила, но также как политический фактор. Ее наиболее законченное изложение дано в трактате Каутильи "Артхашастра". Он был министром императора Чандрагупты в IV в. до н.э.

Каутилья считал, что монархия имеет большие преимущества по сравнению с другими формами правления. Он идентифици­ровал благосостояние народа с благосостоянием монарха. Ски­петр короля является средством, обеспечивающим развитие нау­ки и философии, выполнение обязанностей, установленных Ве­дами, и развитие экономики. ***Власть*** ***королевского скипетра на­правлена на достижение четырех целей***. *Во-первых*, *приобретение того, чего нет в собственности; во-вторых, сохра­нение имеющеюся; в-третьих, приумножение уже имеющегося; в-четвертых, распределение накопленного среди достойных.*

Поддержание мирского порядка зависит от того, каким образом используется власть короля. ***Для того чтобы поддер­живать порядок, король должен быть всегда готов использо­вать свою силу, поскольку нет лучшего способа подчинения человека, чем сила, символизируемая королевским скипет­ром. Король без скипетра - это источник страха для людей; король, который излишне мягок в использовании скипетра, бывает презираем; а король, который справедлив в примене­нии силы скипетра, достоин уважения. Если сила скипетра используется разумно и после серьезного изучения обстоя­тельств, то это несет подданным духовную радость, матери­альное благополучие и наслаждение чувствам. Когда власть используется несправедливо, т.е. под влиянием страсти, зло­бы или презрения, она приводит людей в ярость. Если власть вообще бездействует, то воцаряется закон водного царства, когда более сильный пожирает более слабого.*** Правильное употребление власти скипетра несет людям безопасность и благосостояние, если оно основано на дисциплине. Дисцип­лина бывает как врожденная, так и приобретенная, посколь­ку обучение приобщает к дисциплине только тех, кто пред­расположен к ней.

* **2. Шан Ян (Китай, ? - 338 г. до н.э.)**

Китайская политика IV и III вв. до н.э. была отмечена тенден­цией к консолидации центральной власти путем присоединения мелких государств к более крупным, сокращения власти поме­щиков над крестьянами, осуществления власти непосредственно представителями центрального правительства и централизации налоговых сборов. Такая политическая практика породила тео­рию легизма. В то время как раннее конфуцианство имело дело с этическими нормами, легизм начал анализировать практиче­скую деятельность власти. Он выражал позитивистский взгляд на право, уделял больше внимания государственной власти, чем благосостоянию народа. Фактически легистов интересовало не столько право, сколько усиление власти правительства во внут­ренней политике и в межгосударственных отношениях.

Расхождение между конфуцианством и легизмом фокусиро­валось на проблеме той роли, которую должны играть суждения официальных лиц, в противовес фиксированным и безличным законам. Конфуцианцы подчеркивали, что законы должны осу­ществляться людьми. Ели правитель и его чиновники справедли­вы, то постоянные собрания законов становятся ненужными. Легисты возражали, что единообразное собрание законов долж­но применяться ко всему населению. Применение нрава не дол­жно быть отдано на усмотрение судей. Более того, они рассмат­ривали право как саморегулирующуюся систему, в том смысле, что правитель издает свои указы и устанавливает фиксированные наказания за каждый незаконный поступок, без каких-либо иск­лючений для каких бы то ни было рангов или смягчающих обсто­ятельств.

Китайский легизм разрабатывался прежде всего Шан Яном, Шуэн Дао и Хань Фэй Дзу. Хань Фэй Дзу считается главным тео­ретиком этого направления китайской правовой мысли.

Кун-сун Лай, а затем правитель Шан, или Шан Ян, считается одним из наиболее выдающихся государственных мужей Древне­го Китая. Он говорит о верховенстве закона и заявляет, что стра­на должна управляться при наличии следующего: а) законов, б) уверенности, что выполнение законов будет обеспечено, в) воз­можности власти проводить законы в жизнь. Только король яв­ляется стражем власти и закона. Осуществление законов принад­лежит совместно ему и министрам. Для того чтобы твердо уста­новить верховенство закона, он должен следовать своему долгу и выполнять его точно и строго.

***Законы, по его теории, являются фиксированными стандар­тами справедливости. Постоянно меняющиеся представления о справедливости не могут служить руководством. Поэтому, утвер­ждает Шан Ян, мы не можем обойтись без законов***. Иногда, хотя и очень редко, но то или иное поколение может произвести на свет в высшей степени мудрого и великодушного правителя, но все-таки лучше опираться на их недостатки, чем ожидать появле­ния мудрого правителя, тем временем снося несправедливости со стороны посредственного правителя, который и не является мудрецом, и не ограничен законом.

Поэтому законы просто необходимы существующему обще­ству. Правительство должно защищать и поощрять тех, кто дей­ствует в рамках закона. Те, кто нарушает закон, должны быть на­казаны без всякого сострадания. Система поощрений и наказа­ний должна явиться для народа верным руководством в деле со­блюдения законов, когда эта система прочно установлена и законы опубликованы, что уменьшает вероятность возникнове­ния споров.

Шан Ян утверждает, что правитель не имеет права рассматри­вать свою власть как личную монополию. Он должен осуществ­лять ее во имя благоденствия нации***. Поддержание верховенства закона ведет к установлению справедливости и упразднению по­рочной практики правосудия, основанного наличном мнении.*** Таким образом достигается справедливость, поскольку он явля­ется осуществлением бескорыстия, а закон как раз и является средством осуществления справедливости. Бескорыстный пра­витель обязательно поддерживает верховенство закона. Упразд­нение порочной практики правосудия, основанного наличном мнении, необходимо, так как если поставить постоянно меняющиеся мнения выше законов, то это приведет к поощрению жульнической деспотической власти судейского сословия.

* **3. Шуэн Дао****(Китай, современник Шан Яна)**

***Шуэн Дао определяет право как собрание единых и бес­пристрастных правил гражданского поведения, предназна­ченных для ведения дел нации.*** Он считает, что в пределах оп­ределенных границ закона нет места для коварства и зла. По­этому закон никогда не должен нарушаться. Законы способ­ствуют объединению человеческого мышления. Поэтому даже несовершенная правовая система лучше беззакония. Законо­дательные акты и санкционированные обычаи предназначе­ны для установления справедливости и правосудия, так же как стандарт веса предназначен для того, чтобы сделки были честными,

* **4. Хаиь Фей Дзу** (**Китай, 280(?) - 233 гг. до н.э.)**

Хань Фей Дзу отчасти выступает против конфуцианства, ас другой стороны, интерпретирует его в соответствии со своими взглядами. Как и его учитель Сунь Дзи, он считает человеческую природу в своей основе злой и порочной, но, в отличие от Сунь Дзи, не верит, что образование и культура могут ее исправить. Он оспаривает конфуцианское положение, что министры прави­тельства должны выбираться на основе их прямого и честного ха­рактера. Он считает, что все чиновники являются потенциально бесчестными, поэтому каждого следует заставить контролиро­вать других. ***Народные массы невежественны и не способны ви­деть дальше своих непосредственных интересов. Они должны быть постоянно в центре внимания правителя. Следовательно, заключает Хань Фэй, для общественного порядка необходимо собрание строгих законов и наказаний, применяемых совершен­но беспристрастно.***

Он приравнивает суверенного правителя к кормчему корабля, Суверен делает легкие движения руля в сторону поощрения или наказания, и все государство следует его указаниям. Пока, благо­даря искусству управления, суверен остается у власти, народ дол­жен соблюдать законы. Мудрый правитель в состоянии добить-ся, чтобы мысли и желания его подданных не выходили за рам­ки, предписанные законом. Как только законы приняты, каж­дый должен им подчиняться. В государстве мудрого правителя только законы служат учебниками жизни. Не существует других книг, достойных этих целей. Это, кстати, подсказало первому императору династии Цин подвергнуть сожжению многие кни­ги, в особенности конфуцианские тексты.

**КРИТИЧЕСКИЕ ЗАМЕЧАНИЯ**.

**Каутилья** по-видимому верит, что скипетр короля обладает властью способствовать успехам науки и философии, исполне­нию обязанностей, установленных Ведами, и развитию эконо­мики. Он игнорирует внутреннюю ценность этих вещей как та­ковых в качестве причины дяя их реализации.

**Китайский легизм** избегает наивного идеализма некоторых конфуцианцев, но его собственная этическая недостаточность проистекает по крайней мере из трех источников: во-первых, это его чрезмерный упор на власть государства вплоть до исключе­ния проблем народного благосостояния, во-вторых, его осужде­ние людей, обладающих порочной и злой природой, и, в-треть­их, его почти слепая вера в государство.

Кроме того, вера легистов в саморегуляцию права является ошибочной постольку, поскольку они рассматривают действие закона просто как принятие декретов и наложение наказаний за их нарушение, без каких-либо исключений и без принятия во внимание смягчающих обстоятельств.

Их обоснование необходимости подчинения закону исклю­чительно с точки зрения поощрения и наказания игнорирует тот факт, что законы в целом исполняются потому, что тем самым реализуются определенные ценностные установки.

Рассматривать законы, дарованные правителем, в качестве единственного источника мудрости вплоть до уничтожения дру­гих источников знания, как это делает Хань Фей Дзу, совершен­но ошибочно. Законы правителя не обладают монополией на мудрость. Часто бывает совсем наоборот. Нужны другие источ­ники мудрости для того, чтобы оценить законы суверена.

И наконец, теория легистов игнорирует тот факт, что для функционирования любого правительства требуется хотя бы минимальное, молчаливое согласие народа.

## Б. БОЛЕЕ ПОЗДНИЕ ПОЗИТИВИСТСКИЕ ТЕОРИИ ПРАВА

**ТЕОРИИ**

**1. Командная теория права утилитаристов: Иеремия**

**Бснтам (1748 - 1832), Джон Стюарт Милль (1806 -**

**1873), Джон Остин (1790 - 1859) Дж. Фрэнк.**

Командная теория права берет принцип полезности в качест­ве фундамента морали.

Концепция полезности разрабатывалась главным образом Иеремией Бентамом и Джоном Стюартом Миллем.

**Бeнтам** считает, что целью законодателя должно быть обще­ственное благо и что общая польза должна служить основанием для принятия тех или иных законов. С этой точки зрения, наука законодательства состоит в том, чтобы знать истинное благо со­общества, а его искусство в том, чтобы найти необходимые сред­ства для реализации этого блага.

Природа, по мнению Бентама, поставила человека под власть удовольствия и страдания, с которыми мы соотносим все наши установки и суждения. Он определяет полезность как свойство какой-либо вещи предотвращать зло или предо­ставлять некоторое благо. То, что соответствует пользе инди­вида, является тем, что способствует увеличению общего объ­ема его счастья. То, что соответствует пользе сообщества, яв­ляется тем, что способствует увеличению общего объема сча­стья всех его членов, составляющих это сообщество. Благо -это удовольствие, зло - это несчастье. Целью права является достижение блага и избежание зла или, другими словами, слу­жение полезности.

Бентам употребляет термины "несчастье" и "удовольствие" в их повседневном значении. Он исключает всякую метафизику при их рассмотрении. Моральное благо и моральное зло являют­ся таковыми из-за тенденции производить соответственно физическое благо или зло, хотя под термином "физическое" Бентам понимает как органы чувств, так и человеческую душу.

Утилитаризм Бентама носит явно индивидуалистический и эгалитарный характер. Однако это ведет его не к анархизму, а к праву. Право должно служить всей совокупности индивидов в сообществе. В результате он видит цель законодательства в до­стижении наибольшего блага для наибольшего числа людей. Ло­гическим результатом этого является подчинение прав индивида потребностям сообщества***. Соответственно, он выступает против любой теории неотчуждаемых прав личности.***

Для Бентама любая правовая теория или политическая фило­софия является вопросом веры. Ее посылки сами по себе не мо­гут быть логически доказаны. Он не претендует ни на что боль­шее для своего собственного утилитаризма, признавая, что пра­вильность его теории нельзя формально проверить или непос­редственно доказать, поскольку то, что используется для доказательства всего остального, само не может быть доказано.

Счастье наибольшего числа людей должно быть совместимо с общим объемом удовольствия каждого индивида. Бентам упот­ребляет термин "сочувствие" как средство достижения такого примирения, так как в атмосфере несчастья никто не может быть счастлив. Находиться среди несчастливых людей является несча­стьем и, следовательно, злом, и поэтому не соответствует прин­ципу полезности. Ведь несдержанное поведение одного оправда­ло бы несдержанное поведение других и тем самым сократило бы счастье каждого. Это очень похоже на кантовское определение закона, которое мы обсуждали раньше, за исключением того, что в то время как Кант выводит этот результат из своего категориче­ского императива, Бентам выводит его из своего принципа удо­вольствия.

* **Джон Стюарт Милль**, не только последователь Бентама, но и его критик, признает наивность веры Бентама, что не существует конфликта между индивидуальной полезностью и общей полез­ностью. Он делает попытку соотнести полезность с понятием справедливости.

Он считает, что значение понятия "справедливость" крайне изменчиво и противоречиво. Более того, представление о вечной справедливости несовместимо с постоянно изменяющимися по­нятиями полезности и интереса. Поэтому он выдвигает понятие "чувства справедливости" как средства согласования справедли­вости и полезности. Чувство справедливости является ощущени­ем "правильности" в душе индивида, которое само по себе за­ставляет его противиться всему неприятному и которое смягча­ется под влиянием социального чувства. Он рисует нам образ справедливых людей, не желающих приносить вред обществу, даже если это не приносит вреда для них самих, которые, проще говоря, не противятся ущербу для самих себя, если он не таков, что у сообщества есть общий интерес к его ликвидации. Чувство справедливости, таким образом, объединяет личное самоутверж­дение с осознанием общественного блага. Это, кстати, тоже на­поминает категорический императив Канта. Кроме того, посред­ством воли индивида и его чувства справедливости Миль, подо­бно Гегелю, объединяет индивида с социальным интересом до такой степени, что ликвидирует какой-либо дуализм между ни­ми.

Что касается права, то Бентам рассматривает его как собра­ние символов, провозглашающих суверенную волю государст­ва относительно правил поведения, обязательных для выпол­нения со стороны его граждан, причем это соблюдение пра­вил достигается благодаря ожиданиям определенных собы­тий, которые должны произойти, с намерением сделать возможным, чтобы такое событие стало мотивом этого пове­дения. Таким образом, ***можно отметить восемь различных ас­пектов, присущих праву:*** 1) *источник* (личность, чью волю оно выражает); 2) *субъекты* (люди или вещи, к которым оно применяется); 3) *объем* (универсальность его применения); 4) *методы* (разные способы, которыми оно применяется к субъ­ектам, действиям и обстоятельствам); 5) *сила* (мотивы, на ко­торые оно опирается для достижения желательного результа­та); 6) *способы* (укрепляющие меры, на которые оно полага­ется, чтобы задействовать эти мотивы); 7) *выражение* (приро­да символов, которыми выражена воля суверена) и 8) *исправительные меры*, которые могут быть изредка использо­ваны для предотвращения нарушения.

* Теория **Джона Остина** является наиболее полным изложением современной системы аналитического позитивизма в праве, хотя его определение права по существу аналогично бентамовскому и напоминает теорию китайских легистов, рассмотренную выше.

***Остин объясняет, что закон - это правило, установленное для руководства мыслящего существа другим мыслящим существом, обладающим властью над первым***. Таким образом, определение права дано совершенно вне связи с понятием справедливости, По теории Остина, существуют законы, называемые так долж­ным образом и называемые так неправильно. Есть ***четыре вида законов***: 1) *небесные законы, или законы Бога*; 2) *позитивные, или действующие*, *законы*; 3) *позитивная, или действующая мо­раль* и 4) *законы в метафорическом*, или *фигуративном,* смысле слова. Вообще говоря, есть законы божественные и законы чело­веческие. Божественные не имеют юридического значения и ли­шены принципа полезности. Человеческие законы делятся на позитивные законы, названные так правильно, и позитивную мораль, являющуюся собранием законов, названных так непра­вильно.

Законы, названные так должным образом, устанавливают­ся или политическими руководителями для политических подчиненных, или самими гражданами в осуществление сво­их юридических прав, которые им предоставлены. Законы, называемые так неправильно, или правила позитивной мора­ли, или моральные законы, не устанавливаются высшим по­литическим руководством для своих подчиненных и включа­ют такие правила, как устав клуба, законы моды, междуна­родное право и т.д.

***Таким образом, закон - это определенная команда.*** Он озна­чает некоторое пожелание. Что отличает его от других пожела­ний, так это то, что сторона, которой адресовано это пожелание, в случае неподчинения подлежит наказанию со стороны, издав­шей закон власти. Быть подлежащим наказанию - означает быть обязанным выполнить команду, или быть связанным этой ко­мандой, или рассматривать выполнение этой команды в качест­ве своего долга. Наказание или ущерб, который будет нанесен за неподчинение закону, является ***санкцией*** за нарушение закона или принуждением к его выполнению. Поощрение не является санкцией, поскольку оно не налагает обязательств выполнять действия, предусмотренные командой. Таким образом, ***обязан­ность, долг и санкция неразрывно связаны между собой***.

Остин отличает закон от команды, даваемой по какому-либо определенному случаю или касающейся какого-либо конкретного лица или события. Закон является командой, обязывающей лицо или лица действовать определенным образом всегда или воздерживаться от определенного класса действий.

Кроме того, в то время как законы и другие команды исходят от вышестоящего лица подчиненному в том смысле, что тот, кто может обязать другого к выполнению своих пожеланий, является вышестоящим, а тот, кто должен понести неминуемое наказа­ние, является подчиненным, отличие закона состоит в том, что он установлен сувереном. Этим сувереном может быть как опре­деленное лицо, так и группа лиц. Закон адресован членам неза­висимого политического сообщества, в котором это лицо или группа лиц является сувереном. Обычаи, если они становятся правовыми нормами путем законодательных актов, представля­ют собой приказы суверена. Суверен - это определенное выше­стоящее лицо, которое обычно не подчиняется какому-либо еще вышестоящему лицу и кому обычно подчинена основная масса членов политического и независимого общества. Независимое политическое общество in и независимая и суверенная нация - это политическое общество, состоящее из суверена и подданных или граждан. Следовательно, это не просто общество, состоящее из подданных или граждан.

Таким образом, право характеризуется наличием команды, санкции, обязанности и суверенитета.

**2. Нормативная теория права: Ганс Ксльзен** **(1881 – 1973)**

 **(Позитивистский нормативизм Кельзена)**

В то время как философским фундаментом теории Остина является утилитаризм, философской основой, на которой бази­руется теория Кельзена и венской школы, к которой он принад­лежал, служит ***кантианство.*** Однако, в отличие от неокантианца Штаммлера, Кельзен в своей "чистой" теорией права *полностью порывает с какой-либо теории справедливости.*

Целью его "чистой" теории является знание того, что есть наиболее существенное в праве. Поэтому она не занимается тем, что является изменяющимся и случайным, как, например, идеа­лы справедливости. В соответствии с этим *Кельзен совершенно отвергает* *правовой идеализм неокантианцев*, таких, как Штаммлер и Дель Веккио. Он отвергает попытку Штаммлера совместить кантовские различия формы и содержания с идеалом права. Он также отвергает мысль Дель Веккио об интуитивной идее справедливости. Вместо этого он ***подчеркивает, что теория права должна полностью носить чисто формальный характер***.

Отправным пунктом его "чистой" теории права является кантовское различие между сферой познания и сферой волеизъявле­ния, или сущим и должным. Наука является знанием, а не про­явлением воли. Однако теория права для него, в отличие от Кан­та, является наукой, а не проявлением воли. Она означает знание того, что есть право, а не того, чем оно должно быть.

Кельзен подразделяет все науки на каузальные и норматив­ные. Каузальные науки имеют дело с реальностью, т.е. существу­ющими реальными событиями. Нормативные науки имеют дело с идеальным - этикой, правом, эстетикой и др., т.е. с долж­ным. Право является нормативной наукой, что означает в дан­ном случае знание норм, а не их конструирование. Будучи нор­мативной, теория права изучает не материальный мир событий (сущее), а нормы (должное). Поскольку области сущего и долж­ного логически разделены, исследование оснований чего-либо должного может привести только к другому должному. Содержа­ние определенного сущего может совпадать или не совпадать с содержанием соответствующего должного, но совпадение содер­жания не меняет логической разъединенности двух этих областей знания.

"Чистая" теория Кельзена является формальной и универ­сальной теорией. Поэтому она имеет дело с самыми фундамен­тальными аспектами права как такового, любой формы, в любое время и при любых обстоятельствах, без какой-либо примеси чуждых элементов морали и этики.

Правовые отношения содержат угрозу санкций со сторо­ны власти в ответ на некоторые действия. Юридическая нор­ма представляет собой отношения условия и следствия. Ина­че говоря, если совершено некоторое действие, то должно по­следовать некоторое следствие, и только в этом смысле право относится к сфере должного.

***Правовая система состоит из иерархии норм.*** Каждая норма вытекает из высшей по отношению к ней нормы. Самая главная корма, из которой выводятся все правовые нормы, является высшей базисной нормой, grundnorm. Grundnorm не выводится из чего бы то ни было, а берется в качестве некоторой первоначаль­ной гипотезы. Какая-либо норма является действительной толь­ко благодаря тому факту, что она была принята в соответствии с определенным правилом, причем базисной нормой правового порядка является постулированное высшее правило, исходя из которого юридические нормы создаются или отменяются. Под действенной нормой мы понимаем ее существование, а не ее эф­фективность.

Таким образом, законы создаются и отменяются действия­ми человека. Поэтому право является позитивным феноме­ном.

***Право не зависит от морали.*** ***Задачей правовой теории яв­ляется лишь исследование отношений между базисной нор­мой и другими юридическими нормами, а не оценка справед­ливости или несправедливости базисной нормы.*** Для теории Кельзена не имеет значения, какая именно норма принята той или иной правовой системой. Важно лишь, что такая ба­зисная норма обладает минимумом эффективности, т.е. что она обеспечивает некоторый уровень послушания, поскольку эффективность всей юридической системы необходима для действенности ее отдельных норм.

***Государственный и правовой порядок - это одно и то же***, поскольку принудительное указание государства является тем же самым, что и юридическое указание, и только единствен­ное принудительное указание может быть действенным в данный период времени в пределах одного сообщества.

Основная работа Г. Кельзена (1881-1973), австрийского фи­лософа права, последние годы жизни которого прошли в США, называется «Чистая теория права» (1934, 2-е расшир. изд. 1960).

Под этим названием строилась такая теория позитивного (т. е. существующего и действующего) права, которая, в обес­печение своей «чистоты», отказывается заранее от познава­тельных усилий в отношение всех элементов, которые являют­ся чуждыми позитивному праву. Пределы подобного ограниче­ния предмета научного обсуждения должны быть, по авторско­му замыслу, отчетливо зафиксированными- И эта фиксация должна охватить следующие два направления: специфичес­кая и специальная наука права (т. е. та дисциплина, которую обычно именуют юриспруденцией) должна различаться и обособляться от философии справедливости, с одной стороны, и от социологии (познания социальной реальности), с другой стороны.

Если соотнести предмет чистой теории права и философии справедливости, то окажется, по толкованию Кельзена, что чистая теория права как наука не в состоянии ответить на вопрос «что такое справедливость?», потому что этот и другие связанные с ним вопросы не могут быть (по принципиальным методологическим соображениям) раскрыты «научно».

Предмет изучения теории права \_(«общей теории права»)
составляют законодательные нормы, их элементы, их взаимоотношения правопорядок как целое, его структура, отношения между различными правопорядками и, наконец, единство права в плюральности позитивных законных порядков (правопорядков). Цель теории- снабдить юриста (правоведа и практика) прежде всего судью, законодателя и преподавателя понимание! и описанием (по возможности точным) позитивного права (законодательства) их страны. Такая теория выводит свои понятия исключительно из содержания позитивных законодательный норм (именно «норм», а не «правил», как в конструкции Хартан Эта теория не должна поддаваться влиянию мотивов и страстей! а также намерению законодательных властей или желаниям и интересам индивидов по отношению к содержанию закона. Наука должна описывать свой объект, как он есть, а не предписывать, каким он должен или не должен быть с точки зрения некоторых специфических ценностных соображений. Последнее есть предмет политики, который имеет дело с искусством государственного управления, с деятельностью, направленной на ценности, а не на объект науки, направленной к познанию реальности.

Реальность в науке права не есть природа. Существует потребность и необходимость отделить науку права от политики. В меньшей мере необходимо отделять ее от естественней (природопознающей) науки. Одна из самых трудных задач общей теории права- определить специфику ее реальности и пока­зать различие между реальностью законов и природы. По толкованию Кельзена, правовая реальность в позитивности закона (например, различение реальности закона в отличие от идеальности закона как цели политики). Реальность, т. е. само существование позитивного права, не зависит от своего соот­ветствия или несоответствия со справедливостью или «естес­твенным» правом.

Чистая теория права рассматривает свой предмет как некую копию трансцендентальной идеи; она проводит в то же время ясное различение между эмпирическим правом и трансценден­тальной справедливостью путем исключения последней из свого специального научного рассмотрения. Она видит в праве не проявление сверхчеловеческой власти, а специфическую соци­альную технику, основанную на человеческом опыте. Чистая теория права отказывается быть метафизикой права: «то, что не может быть обнаружено в содержаниях позитивных юридических норм, не может войти и в правовое понятие» (Общая теория права и государства. 1945. Англ. изд.). Чистая теория права, по разъяснению Кельзена, это скорее структурный анализ позитивного права, нежели психологическое или экономическое объяснение его факторов или моральных и политических оценок его целей. Ее базис, ее глубинное основание не в мета-юридическом принципе, а в логико-юридической гипотезе-гипотезе о базисной норме, установленной логическим анализом реального юридического мышления.

 Согласно этой гипотезе универсальным логическим предположением (и оправданием) значимости позитивного права, «его обязательности и действенности» является так называемая основная норма. Эта норма призвана вводить все официальные действия должностных лиц в контекст правопорядка, а также придавать правосоздающим актам должностных лиц и граждан общезначимый характер. Суть этой теоретической конструкции | Кельзен передает при помощи аналогий. Так, основную норму можно представить как «самую первую из конституций» (с учетом формулы «конституция как основной закон государст­ва»). Подобная норма существует в любой религиозной системе, и она подразумевает, что некто должен вести себя как бог и что власти устанавливаются по его соизволению. «Сходным образом Основная Норма порядка предписывает, что кто-то должен вести себя как «отцы» конституции и что подобные лица прямо или косвенно уполномочены (делегированы) на это требованием (командой) самой конституции».

В трактовке соотношения права и власти, права и государства позитивистская традиция проступает наиболее отчетливо, в особенности в выводе о том, что право, согласно чистой теории права, есть «специфический порядок или организация власти». Государство выступает в двух измерениях как господство и как право. По характеристике Кельзена, подобное восприятие государства наиболее плодотворно в социологической теории, где государство выступает таким отношением, в котором «неко­торые» приказывают и правят, а другие подчиняются и управ­ляются. Но это социология государства, а юрист в состоянии описать социальную реальность без термина «государство» либо употребляя этот термин в специфическом несоциологическом смысле. Например, в карательной сфере законодательства пло­дотворно обсуждение «права государства» по отношению к преступникам и, с другой стороны, в некоторых отраслях можно обнаружить «права против государства» в гражданском праве, конституционном, административном, так называемом публичном праве.

В намерении представить теорию права обособленной от моральной философии (философии справедливости) или от социологии подход Кельзена в принципе мало чем отличается от аналогичной установки аналитической юриспруденции Дж. Ос­тина, с той лишь разницей, что он несколько обновил термино­логическое оправдание правоведения как науки эмпирической (в противоположность метафизической) и как науки «социаль­но-технической» (в противоположность политико-идеологичес­кой, каковой, по мнению Кельзена, была сфера традиционной юриспруденции).

Если у Дж. Остина мораль и право разделены непроницаемым барьером, если у Харта это разделение оправдывается эвристи­ческими соображениями, то у Кельзена речь идет скорее о степени обособления права от морали и юриспруденции от политики. В отличие от естественных наук, где успехи познания во многом обязаны мощному социальному интересу и поддерж­ке, социальная теория, по Кельзену, не ведет к такой прямой выгоде, как это бывает у физиков или химиков. В социальной, и особенно в правовой науке преобладающий интерес, который обычно сосредоточивается в учреждениях власти или в домога­тельствах этой власти, получает удовлетворяющую его теорию в политической идеологии.

Поскольку в правовой науке все еще отсутствует влиятельное противодействие такому преобладающему интересу, то можно предположить, что «чистая теория права» приходится все еще не ко времени. Этот вывод Кельзен делает в 40-х гг., после окончания Второй мировой войны. В особенности он сетовал на то обстоятельство, что и в «великих и важных странах, находя­щихся под началом партийной диктатуры, некоторые из самых выдающихся представителей юриспруденции не ведают более высокой задачи, чем служить со своей «наукой» полити­ческой власти». Выпуская свой обобщающий труд в англо­саксонском мире, он исходил из того, что свобода науки здесь продолжает цениться должным образом, что власть лучше стабилизирована и что идеи находятся в большем почете, чем власть («Что такое справедливость? Справедливость: право и политика в зеркале науки». Избр. работы. Лос-Анджелес, 1957). Обсуждая вопрос об обособлении предмета общественных дисциплин, Кельзен тем не менее не мог обойти признанием тот факт, что право в его реальности (как регулятор поведения) и долженствовании характеризуется таким свойством, как ре­зультативность и действенность, и что по-другому все этоназывается властью права (закона). И хотя право и власть не одно и то же, само по себе право не может существовать без власти, а потому право и трактуется чистой теорией права как «специфический порядок власти или организация власти». С точки зрения социологической и государство следует восприни­мать «законным правовым порядком», при котором одни прика­зывают и правят, а другие подчиняются и управляются. С теоретической точки зрения правоведения, социальная реаль­ность может быть описана и без терминов «государство», «пра­вопорядок». Однако такое возможно лишь там, где поведение мысленно оценивается при помощи нормативной системы обя­зывающих и предписывающих норм права, причем права в его трактовке нормативной юриспруденцией как системы важней­ших норм. Такие процедуры оценок и характеристик и состав­ляют объект социологической юриспруденции.

Свою позицию в отношении естественно-правовых концепций Кельзен высказал в статье 1949 г. «Доктрина естественного права перед трибуналом науки». В самом общем виде школу естественного права следует воспринимать как носительницу доктрины, предлагающей определенное решение вечной про­блемы справедливости. По-другому можно сказать об этом же, что доктрина пытается ответить на вопрос, что правильно и что неправильно во взаимоотношениях людей. При этом исходят из посылки, что можно различать, что естественно в поведении человека и что неестественно, следовательно, против природы. Прирожденные права это только права, которые законами человеческими ни установить, ни отменить невозможно, а мож­но только защитить и обеспечивать.

Возражения Кельзена противоестественно-правовой аргументации сводились к следующему. Во-первых, происходит смешение существенных различий между научно общепризнан­ными законами природы и правилами этики и юриспруденции. Далее, оценки поведения человека или функционирования со­циального института как «естественного» означает всего лишь то, что они соответствуют тем нормам, которые базируются на субъективной оценке позиции определенного мыслителя, принадлежащего к естественно-правовой школе. Но дело в том, что в реальной жизни мы имеем дело фактически не с одной доктриной естественного права, а со многими доктринами, проводящими нередко противоположные принципы. Например, очевидна ошибка Гоббса, считавшего, что власть государства, основанная в соответствии с законами природы, является абсолютной, т. е. неограниченной. Дж. Локк и Ж.-Ж. Руссо эту же власть воспринимали и толковали по-другому.

Тяга к естественно-правовой доктрине, по Кельзену, коренится в психологической потребности оправдать субъективные ценностные решения и попытаться выдать их за основанные на объективных принципах, на истине и т. д.

Позитивистский вариант кельзеновского правоведения получает дополнительное объяснение в традиционной для все позитивистской философии и социологии от Конта М. Вебера трактовке соотношения науки и политики. Келзен исходит из того, что независимость науки от политик является общеизвестным положением. Под этим обычно подразумевают, что поиск истины, который образует существенную функцию науки, не должен быть подверженным влиянию политических интересов, которые преследуют задачу установлен; либо удержания определенного общественного порядка (строя или какого-то общественного института. Политика есть искусе во управления, можно сказать, практика регулирования общественного поведения людей. Политика в то же время есть некая функция воли, и как таковая она предстает в виде активности предпосылкой которой является осознанное или неосознанное усвоение ценностей, реализация которых и составляет цель упомянутой активности.

Наука в данном случае есть функция познания, ее цель является не управление, а объяснение. Ее независимость от политики подразумевает в конечном счете, что ученый и должен заранее склоняться в пользу какой-либо ценности; с должен, таким образом, ограничивать себя объяснением и описанием своего объекта и не обсуждать его с позиций добра и: зла (пользы или вреда) и тем самым не заниматься выяснение; соответствует ли объект или не противоречит ли он заранее известной ценности. «Научные суждения есть вывод относительно реальности; они по определению своему являются объективными и независимыми от пожеланий и опасений субъект делающего определенный вывод, потому эти суждения являются верифицируемыми (проверяемыми) опытным путем. Они либо истинные, либо фальшивые. Ценностные суждения, однако, предстают субъективными по своему характеру, поскольку они базируются в конечном счете на личности оценивающего субъекта вообще и на эмоциональном элементе его сознательности в особенности» (Что такое справедливость?). После такого исходного положения Кельзен делает две оговорки. Принцип Исключения ценностных суждений из сферы науки, по-видимому, требует поправки для того случая, когда речь идет не о том, «является нечто истинным или нет, а о том, является ли оно Кялохим или хорошим. Кроме того, все сказанное до этого относится к области науки политики, а не к «политической» 1\* науке, поскольку последняя, будучи инструментом политики, ^ совсем не наука, а лишь политическая идеология.

**3. Теория правил**: **Х.Л.А.Харт (р. 1907)**

**Харт** аргументирует свою теорию, изображая общество, анало­гичное примитивным сообществам, структура которых основы­вается на первичных правилах исполнения обязанностей. Эти правила содержат ограничения на свободное использование си­лы, не поощряют воровства и обмана. В то время как в таком об­ществе существует напряженность между теми, кто соблюдает правила, и теми, кто их отвергает, эти последние должны состав­лять меньшинство, поскольку в противном случае общество не могло бы выжить.

Такая ***простая форма социального контроля, указывает Харт, страдает тремя*** ***недостатками:*** ***неопределенностью соци­альной структуры***, ***статическим характером*** ***правил*** и ***неэф­фективностью и расплывчатостью характера социального*** дав­ления, ***обеспечивающего выполнение правил***. ***Исправление этих недостатков достигается*** ***добавлением к первичным пра­вилам трех вторичных:*** ***правило признания***, ***правило измене­ния*** и ***правило правосудия***. Неопределенность социальной структуры преодолевается введением правила признания, благодаря которому правила поведения признаются имеющи­ми обязательный характер. Это правило, таким образом, дает надежный способ рассеять какие-либо сомнения относитель­но существования первичных правил. Статический характер правил исправляется введением правила изменения, которое разрешает определенному человеку или группе лиц вводить новые первичные правила жизни сообщества. И, наконец, неэффективность, и расплывчатый характер социального давле­ния преодолевается правилами правосудия, которые позволя­ют отдельным лицам принимать властные решения по поводу нарушения первичных правил в той или иной конкретной си­туации.

***Таким образом, первичные правила налагают обязанно­сти, а вторичные наделяют властью. Суть правовой системы, считает Харт, заключается в соединении первичных правил, устанавливающих обязанности, с вторичными правилами признания, изменения и правосудия***.

Итак, его аналитическая позитивистская теория права ре­шает важнейшую задачу, а именно: объединяет проблемы признания и социального повиновения, которые считаются существенными элементами права исторической (Савиньи) и социологической (Эрлих) теорий и которые рассматриваются далее в связи с проблемами власти, команды и санкции, счи­тающимися важнейшими аспектами права, в теориях других аналитических позитивистов (Остин и Кельзен, которые рас­сматривались нами ранее).

**Прагматический позитивизм:Дж. Фрэнк.**

Разновидностью современного юридического позитивизма следует считать прагматический позитивизм в праве (амери­канская и скандинавская школы «реального права»). Если ана­литическая юриспруденция с ее формализмом и догматизмом получила прозвище «юриспруденция понятий» (Р. Иеринг), то реальную школу в правоведении можно по аналогии назвать «юриспруденцией выработки и принятия решений».

Реалисты в правоведении были восприняты настоящими возмутителями академического спокойствия, когда во всеору­жии методов современной психологии и социологии стали фик­сировать внимание на том, что суды и представители юридичес­кой профессии делают в действительности. Наиболее известной в этом плане стала книга Джерома Фрэнка «Право и современ­ный разум» (1930), которая, по отзыву члена Верховного суда США Ф. Франкфуртера, не столько дала прибавку к существу­ющему фонду научных знаний, сколько призвала к радикально­му пересмотру того, что в наше время предстает пред нами как знание или как истина.

Книга, в частности, понуждала пересмотреть сложившиеся представления о праве, поскольку Д. Фрэнк бросил вызов так называемым конвенциональным суждениям (условным сужде­ниям, юридическим фикциям) и поставил под сомнение то, «как мы думаем, и что мы думаем о праве». При этом автор опирался на опыт и суждения юристов-практиков. Так, он нашел себе союзника в лице судьи и теоретика права О. Холмса, который утверждал: «Общие пропозиции (предположения) не решают конкретных случаев».

***Говоря об особенностях нового правопонимания, Фрэнк ак­центировал внимание на том, что право предстоит в своей реальности в виде специального судебного решения (в виде реального делания, а не говорения только).*** Это решение лишь в малой степени, возможно предсказать или унифицировать; это решение представляет собой также некий процесс, с помощью которого такое решение вырабатывается; существенным для нового подхода к праву явилось обсуждение вопроса о той мере, в какой судебный процесс может и должен применяться в интересах обеспечения справедливости по отношению к сограж­данам.

В предисловии к 6-му изданию работы (1949) Фрэнк провоз­гласил этот набор позиций в истолковании права не лишенным, недостатков вследствие того, что речь сводится фактически к обсуждению «актуальности прошлых решений». Другим «оче­видным промахом» Фрэнк посчитал словосочетание «правовой реализм», которое было использовано для описания работы суда, (намерение было взглянуть на работу суда глазами не юриста-жреца, а юриста «реалиста», юриста «экспериментатора» и т. д.).

Реалисты подверглись резкой критике всеми разновидностя­ми школ традиционного подхода- правыми и левыми, кото­рые увидели самое уязвимое место в концепции реалистов в их пренебрежении к моменту нормативной определенности в праве. В ответ Фрэнк возражал, утверждая, что в значительной своей пропорции судебные решения все же являются непредсказуе­мыми до того момента, пока судебное дело не принимается к производству или пока оно не начинается слушаться в судебном заседании.

***В работе Фрэнка нет специальных упоминаний о естествен­ном праве, но есть общее высказывание о его актуальности. «Я не понимаю, как любой добропорядочной человек сегодня может отказаться принять за основу современной цивилизации те фундаментальные принципы естественного права, которые от­носятся к человеческому поведению и которые были провозгла­шены Фомой Аквинским. Среди них первичность стремле­ния к общему благу, непричинение вреда другим, воздаяние каждому своего и вторичность таких принципов, как «не убии», «не укради», «возвращай врученное тебе по доверию».***

### КРИТИЧЕСКИЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Основная критика, которой не позитивисты подвергают позитивистов, заключается в том, что, отвлекаясь от содержания права, аналитический позитивизм перестает играть ка­кую-либо практическую роль в поддержании мира и порядка, Поэтому критики сомневаются, есть ли какая-либо польза в чисто формальных заклинаниях позитивизма.

Кроме того, имеются конкретные критические замечания, относящиеся к Бентаму, Остину, Кельзену и Харту,

 **1. БЕНТАМ**

1.Бентам приравнивает добро к удовольствию, а справедли­вость рассматривает как фактор, благоприятствующий удоволь­ствию. Это разрушает моральное содержание терминов"добро"и "справедливость". Если какое-либо действие является добром только потому, что оно приносит удовольствие действующему лицу, тогда это исключает какую-либо возможность моральной оценки этого действия. Заявлять, что это действие правильно потому,что оно доставляет удовольствие лицу, его производя­щему, означает снять тот самый вопрос, который мы поднима­ем, когда спрашиваем, является ли данный поступок правиль­ным, хотя он и доставляет удовольствие. Моральность того или иного поступка состоит не в тенденции доставлять удовольст­вие, а в его моральной оценке.

2.Бентам не только описывает, что такое добро или спра­-
ведливость, но и настаивает, что мы должны стремиться к их
достижению. Для него цель права состоит в служении прин-­
ципу полезности. Действуя таким образом, Бентам в действи-­
тельности предлагает принять свой этический принцип "наи-­
большего счастья для наибольшего количества людей". Такая
этика или идеология не является ни универсально приемле­-
мой, ни логически выводимой из его дефиниций. Или, более
того, она является выводом из его ложных дефиниционных
посылок. Если вы их примете, тогда, конечно, вывод следует
в соответствии с правилами силлогизма.

3.Он преувеличивает роль рациональных моментов в воп­-
росах морали. Он верит, что для того чтобы убедить кого-ни­-
будь в той или иной моральной оценке, надо лишь показать,
что данное действие способствует счастью.

4.Для Бентама принцип наибольшего счастья является
единственным абсолютным и универсальным правилом. Поскольку это единственное правило, способствующее достиже­нию счастья, он доказывает, что именно ему необходимо сле­довать. Однако при этом он допускает логическую ошибку, выводя должное из сущего выше, так как он предполагает, что из чего-то, что является универсаль­но желаемым, следует, что мы должны стремиться к его до­стижению.

5.Хотя правда, что успешные действия человека по дости­-
жении желанной цели сопровождаются чувством удовольст-­
вия, но похоже, что когда человек достигает своей цели, глав­
ное чувство, которое он или она испытывают, - это чувство
удовлетворения. Поэтому целью человеческих действий явля-­
ется не удовольствие, а достижение и получение чего-то кон­-
кретного. Человек не стремится к удовольствию как тако-­
вому.

6.Бентам считает, что наше стремление к удовольствию
как таковому является совершенно ясным, не нуждающимся
в доказательстве утверждением. Однако ни у Бентама, ни у
Милля нет ясного представления о том, является ли удоволь-
ствие ощущением опыта, называемого приятным; или качест-­
вом, присущим самому опыту; или чем-то, что присуще при-­
ятным ощущениям; или качеством, изменяющимся по интен-­
сивности, но не по разновидности; или просто желанием про-­
длить ощущение приятности; или отдельным чувством,
дополняющим опыт, называемый приятным, в том смысле,
что опыт ощущается первым, а уж затем приходит чувство
удовольствия. Поскольку все эти многочисленные различия
остаются непроясненпными, утверждения Бентама абсолютно
не могут претендовать на разумность и истинность.

7.Бентам и Милль признают, что мы вполне можем испы-­
тывать такое же страстное желание по отношению к средст-­
вам достижения цели, как и к самой цели наших желаний, и
что мы даже можем продолжать испытывать такое желание по
отношению к средствам, если уже совсем забыли о цели. Од-­
нако если это так, то нельзя согласиться с их утверждением,
что единственная вещь, к которой мы стремимся, является
удовольствие как таковое.

8.Бентамовское исчисление счастья является слишком
причудливым и невероятным. Оно слишком фантастично в
том смысле, что характерные качества удовольствия (его размеры, интенсивность, продолжительность, вероятность до­ставлять приятные ощущения) не могут быть приведены к единому стандарту измерения и собраны вместе в определен­ном количестве счастья. Это просто невозможно, так как мы не можем получить подобного рода информацию для наших

расчетов.

9. Бентам исключает идеалы из списка человеческих по­требностей. Однако кажется, что идеалы значат очень много в детерминации человеческих желаний. То, что люди желают, в значительной степени зависит от того, что они считают до­стойным обладания. Человек нуждается в чем-то большем, нежели в простом удовлетворении своих желаний одно за

другим.

10.Бентам считает, что интересы индивидов, составляю­-
щих сообщество, автоматически удовлетворяют интересы са-­
мого сообщества. Однако он не объясняет, почему это должно
быть так. Ему не удается решить проблему сбалансирования
интересов индивида и интересов сообщества.

11.Создается впечатление, что в теории Бентама присутст-­
вует концепция общества, которое движется к некоторой це-­
ли. Однако это является иллюзией. Ни история, ни наше вре-­
мя не дают примеров такого четкого развития общества к не-­
которой четко очерченной цели.

 **2. ОСТИН**

I. Иногда критики аналитического позитивизма утвержда­ют, что он при обсуждении проблем права совершенно не ка­сается вопросов идеалов и что позитивисты считают, что воп­росы идеалов не должны интересовать юристов. Это является несправедливой критикой. Сам Остин инструктирует судей, советуя применять принцип полезности при решении судеб­ных дел. Он не считает, что идеалы не должны совершенно интересовать юристов при выполнении своих профессио­нальных задач. Однако правда и то, что при определении са­мых существенных элементов права его теория действительно совершенно исключает идеалы.

2.В защиту Остина можно было бы сказать, что его концеп­ция привычного повиновения подданных своему суверену включает и проблему идеалов, или общественной морали, по­скольку суверену, который выставляет напоказ идеалы, не бу­дет оказываться обычного повиновения со стороны его под­данных. Однако подобное соображение, кажется, не имеет от­ношения к делу. Оно слишком косвенно и слишком расплыв­чато, чтобы полагаться на него в обеспечении моральной интегральности права.

Как указывает Мэйн, Остин неправильно делает обоб-­
щения, исходя из особенного. Его идентификация закона с
продуктом законотворчества, вместе с ясным толкованием
обычая, является характерной чертой только западных обще-­
ств его времени. Но, исходя из этого, он конструирует уни-­
версальную теорию права вообще. Кроме того, как показал
Брайс, Остин смешивает неограниченность власти с высшей
властью, что затушевывает наиболее существенные черты да-­
же той правовой системы, которая послужила прототипом его
теории, а именно Соединенного Королевства.

Упор Остина на команду и санкцию как существенные
элементы права подвергается критике сторонниками истори-­
ческого и социологического подхода к праву, считающими,
что право существует независимо от команд властных орга-­
нов.

Однако можно возразить, что эти две точки зрения просто имеют дело с разными вещами. В то время как Остин говорит о природе власти в правовой области, историческая и соц­иологическая школы правоведения имеют в виду исследова­ния источника этой власти в обществе, что вполне можно провести без отрицания взглядов Остина на власть и коман­ды,

Правовые отношения включают юридические полномо­-
чия, права, привилегии и т.д. Остин описывает эти отноше-­
ния как команды суверена. Однако, кажется, было бы не
очень подходящим характеризовать личные права, админист-­
ративные акты, объяснительные законы как команды того,
кто обладает высшей властью над адресатами этих актов.

Понятие суверена у Остина поставило много проблем,
на некоторые из них указали другие сторонники аналитиче-­
ской теории права. Так, Грей полагает, что действительных
правителей политического общества вообще нельзя обнаружить. Более того, в то время как государство с его машиной управления должно быть признано фундаментальным эле­ментом права, введение еще одного объекта, а именно сувере­на, просто теряет какое-либо значение. Харт считает, что вве­дение понятия "суверен" слишком упрощает характер поли­тического общества, поскольку конечным мерилом для иден­тификации закона является принятие правила. Быть изданным сувереном не является определяющей характери­стикой закона. Далее Харт указывает, что обычное подчине­ние суверену с неограниченной властью, являющееся опреде­ляющей характеристикой суверена по Остину, не может объ­яснить непрерывности законодательной деятельности при периодической смене разных законодателей. Не объясняет оно и продолжающуюся действенность законов после того, как тот, кто их издал, и те, кто им обычно подчинялся, уже давно исчезли с лица земли. Не объясняет оно также и юриди­ческие ограничения законодательной власти.

Остин не совсем ясен в определении термина "суверен"
в своей теории. Он может означать и реальную и действитель-­
ную вещь, когда Остин говорит, что это определенное лицо
или группа лиц, и некую юридическую конструкцию, появля-­
ющуюся в результате его интерпретации фактов.

Взгляд Остина на право как на определенную команду
является источником значительного интеллектуального бес-­
покойства. Даже другие аналитические правоведы считают
это больным вопросом. Так, Кельзен считает, что аналитиче­-
ская чистота какой-либо теории права может быть скомпро-­
метирована введением в нее такого психологического факто-­
ра. Кроме того, указывает Харт, определение закона должно
исходить из понятия правила и поэтому настаивать, что ста-­
тус закона как закона проистекает из предписания, явно или
неявно выраженного, является догматизмом.

8. Остин определяет закон в терминах государства. Такой подход дает возможность отличить юридические предписа­ния от других команд. Однако сторонники исторической школы права возражают, что, не будучи отличительной харак­теристикой всех законов, принадлежность к государству явля­ется чертой только зрелых правовых систем. Антропологи до­казывают, что мы должны искать сущность права в его функциях, а не в его форме, и, следовательно, право можно опре­делить скорее тем, какую роль оно играет в обществе, а не тем фактом, что оно появляется в результате команды суверена.

9.Одним из существенных элементов права в теории Ости-­
на является санкция, поскольку из понятия команды естест-­
венно следует существование страха наказания или зла. Одна­
ко это не объясняет наличие большого количества законов,
по характеру являющихся разрешающими, а не запрещающи-­
ми, таких, например, как закон, дающий право завещателю
распределить по своему усмотрению свое имущество после
своей смерти. Более того, страх перед санкцией не является
вполне удовлетворительным объяснением подчинения зако-­
ну, В то время как санкция играет свою роль в действиях тех,
кто не хочет соблюдать закон, существуют и другие факторы,
такие, как уважение к закону как таковому, или желание ис-­
пользовать в своих интересах систему правовой защиты опре-­
деленных действий, которые убедительно объясняют фено-­
мен подчинения закону.

10.Основной вопрос заключается в том, является ли источ-­
ником действенности закона команда суверена. Такому
взгл5гду на действенность закона противостоит та точка зре-­
ния, как видно из предыдущих глав, что закон действителен
потому, что он является выражением естественной справед-­
ливости или еще какого-нибудь идеала, или другая точка зре-­
ния, обсуждаемая в следующей главе, что закон действует по-­
тому, что он является воплощением духа народа.

**3. КЕЛЬЗЕН**

Теория Кельзена подвергается такой же критике, что и всякая теория аналитического позитивизма, о которой гово­рилось выше. Кроме этого, у него возникают проблемы, свой-|ственные только ему.

1. Кельзен создает методологическую дихотомию между естественными (каузальными) науками, которые пользуются методом причинности, и социальными (нормативными) нау­ками, применяющими волеизъявительный метод. Поэтому он считает, что правовая теория является нормативной наукой, имеющей дело с должным, в то время как естественные науки занимаются изучением сущего. Однако правда заключается в том, что в действительности ни метод естественных наук не является чисто каузальным и строго детерминистским, ни ме­тод социальных наук - строго волеизъявительным. В естест­венных науках выбор между альтернативными гипотезами ча­сто основывается на конвенции, там, где одинаковые выводы могут быть даже получены из разных посылок. Эксперименты невозможно проводить без каких-либо заранее данных идей. Иначе говоря, каждый эксперимент ведет к обобщениям, ко­торые служат в качестве прогноза для следующих экспери­ментов. Например, в физике это взаимодействие между спе­кулятивными предположениями и экспериментом хорошо иллюстрируется активными исследованиями и постоянно из­меняющимися теориями относительно структуры атома, тео­рии относительности и взаимоперехода материи и энергии. Таким же образом метод, используемый в социальных науках, не является исключительно волеизъявительным. Все больший упор делается на несомненные факты и точные измерения. Даже в теории американского реалистического направления, рассматриваемого ниже, подчеркивается значение исследова­ния фактов и анализа при исследовании процесса принятия решений в области права. В последнее время большое распро­странение в исследовании права получили бихевиористские методы, использующие технику количественных измерений в анализе фактических данных. Поэтому более пристальное изучение научных методов не подтверждает методологиче­скую дихотомию, провозглашаемую "чистой" теорией права. 2.Дескриптивная функция этой теории является весьма проблематичной. По этой теории, правила закона, формули­руемые наукой права, являются дескриптивными, или описа­тельными, в то время как юридические нормы, устанавливае­мые законодательной властью, являются прескриптивными, или обязывающими; и поэтому задача правовой науки как об­щей теории состоит не в том, чтобы описывать ту или иную правовую систему, а в том, чтобы просто показать, как та или иная правовая система должна быть описана, т.е. какие поня­тия должны использоваться в таком описании, а какие нет, Описание, полученное в результате, должно принять форму правил (или суждений долженствования) в дескриптивном смысле. Однако этот вывод весьма загадочен. Ведь на этом этапе исследования описание явилось бы не набором правил или суждений долженствования, а, вместо этого, серией ут­верждений, объясняющих смысл этих правил.

Действительно, было бы, вероятно, ошибочным верить, что правовая наука, как наука о нормах, может развиваться, используя нормы в качестве метода исследования, поскольку когда право становится наукой с правовыми выводами, а не наукой, имеющей предметом исследования нормы и юриди­ческие правила.

Возможно, Кельзен просто имеет в виду, что его чисто на­учные заявления, объясняющие смысл какого-либо закона, просто упоминают определенные правила суждений долженствования в качестве эквивалента смысла этого закона. Одна­ко такая интерпретация теории Кельзена кажется слишком великодушной. Тем не менее в защиту Кельзена утвержда­лось, что использование слов отличается от их простого упо­минания, что является дескриптивным. Так, хотя законода­тельная власть внутри определенной правовой системы употребляет некоторые слова для введения закона в жизнь, фор­мулирование содержания этого закона наукой права просто упоминает эти слова в связи с другими словами, которые объ­ясняют содержание этого закона.

3. "Чистая" теория отделяет реальное (каузальные науки) от идеального (нормативные науки). Право и мораль принад­лежат области идеального. Эта теория рассматривает позитив­ное право как систему действенных норм. Поэтому действен­ное правило права не может находиться в противоречии с действенным моральным правилом, поскольку, по словам Кельзена, "ни юрист, ни моралист не утверждают, что обе нормативные системы являются действенными. Юрист игно­рирует мораль как систему действенных норм так же, как мо­ралист игнорирует позитивное право как такую же систему. Ни с одной ни с другой точки зрения не существует одновре­менно обязанностей, которые противоречат друг другу. А третьей точки зрения не существует". Коллизия морального и юридического долга в душе индивида объясняется психологи­ческим результатом того, что он находится под влиянием двух идей, которые тянут его в разные стороны, а не одновременной действенностью двух противоречивых норм. Поэтому для чистой теории эта коллизия относится к фактической стороне дела, а не к нормативности. Это объяснение, по-видимому, относится как к случаю с индивидом, вовлеченным в конф­ликт, так и, mutatis mutandis, к случаю с наблюдателем, кото­рый считает рассматриваемый закон действенным, но нахо­дящимся в конфликте с моралью.

Однако трудность заключается в том, что, когда индивид испытывает подобный конфликт, он верит не только в суще­ствование этого конфликта, но и в невозможность выполнить обе эти обязанности. Таким образом, требования действенно­го закона находятся в конфликте с требованиями морального принципа. Это утверждение явно относится к нормативно­сти, а не к фактической стороне. Более того, если даже при­нять утверждение Кельзена, что ни юрист, ни моралист не ут­верждают действенность нормативных систем, из этого от­нюдь не следует, что такие утверждения о существовании конфликта между правом и моралью не могут быть осмыслен­ными.

Дихотомия между сущим и должным в этой теории при­
водит к возникновению отдельных, не связанных между со­
бой миров природы и законности. Однако этот результат не
может нас удовлетворить, так как если целью системы норм
является интерпретация социальной реальности путем рас­-
крытия ее созвучия с нормативной системой, тогда обе эти
системы должны иметь нечто общее. Только синтетическая
ассоциация реальности и законности делает нормативную си-­
стему имеющим смысл референтом социальной действитель-­
ности к категории законности.

Этой теории не удается полностью сохранить ее чистоту
дихотомии между сущим и должным. По этой теории юриди-­
ческие нормы получают свою действенность базисной нормы,
но действенность самой базисной нормы заранее предполага-­
ется. Однако, если это означает, что существуют базисные
процедуры, принятые в определенном обществе для иденти-­
фикации властных правил, тогда они являются не предпола-­
гаемыми, а опытными и, таким образом, находятся в сфере
фактов, а не нормативности. Кроме того, установление дейст-­
венной базисной нормы, по этой теории, основывается на принципе минимума эффективности, измеряющегося соот­ветствием действительного поведения человека юридическо­му порядку. Доказательство этого минимума эффективности, очевидно, требует исследования политических и социальных фактов. Поэтому это доказательство относится к сущему, а не к должному.

6. В теории Кельзена существует по крайней мере шесть допущений, которые вводят фактические аспекты (сущее) в структуру нормативности (должное), что противоречит декла­рированной дихотомии сущего и должного. Эти допущения таковы: 1) признание, что эффективность правового порядка, взятого в целом, является условием действенности индивиду­альных норм; 2) признание, что правовые нормы могут созда­ваться революцией; 3) признание того факта, что индивиду­альная норма может перестать быть действенной из-за неэф­фективности правовой системы в целом; 4) утверждение, что базисная норма является не произвольным изобретением, по­скольку ее содержание определяется фактами; 5) точка зре­ния, что базисная норма влияет на трансформацию власти в закон; 6) утверждение, что право является специфическим инструментом социальной организации.

Кроме того, сама иерархичность юридических норм пре­дусматривает вертикальную лестницу проявления правовой воли, таких, как парламентские постановления и судебные решения, а это подразумевает некоторую оценку деятельно­сти государства. Такую вертикальную структуру невозможно построить, если отделить сферу фактов от сферы норм. Таким образом, вопреки утверждению этой теории, право обязатель­но должно включать в свою структуру некоторые онтологиче­ские элементы, которые определяют содержание концепций, формализующих его.

Декларированная универсальность данной теории также
представляется довольно сомнительной. Иерархия, вырабо­-
танная этой теорией, должна явиться выражением чистой и
универсальной формы права. Для того чтобы это утверждение
было обосновано, ни одна возможная правовая система не
должна находиться вне этой формы, что просто не соответст-­
вует действительности.

В конце возникает очень серьезный вопрос, возможно
ли создать истинную картину права только путем изучения формальной иерархии норм, игнорируя социальные факторы (включая этику), которые и порождают право.

**4. ХАРТ**

Харт определяет право как союз первичных правил испол-­
нения обязанностей и вторичных правил признания, изменения
и правосудия, Однако это не помогает сделать различия между
правовым порядком и любым другим, таким, как общественный
клуб или религиозный орден, которые также вполне могут иметь
первичные и вторичные правила подобного рода.

Харт исключает мораль из своих правил признания. Это
заставило некоторых критиков, таких, как Диас, заявить, что
Харт никак не может исключить мораль из этих правил при-­
знания, поскольку социальные и моральные соображения яв-­
ляются важнейшими факторами создания права и не позволя-­
ют ему узаконить злоупотребление властью.

Однако эта критика теории Харта необоснованна. Утверж­дение, что правило признания является аналитическим эле­ментом права, не означает, что в нем нет содержания, детер­минированного социальными и моральными соображения­ми. Мораль исключена только из аналитических элементов

права,

3. Харт делает довольно резкое различие между своими
первичными правилами, создающими обязанности, и вторич-­
ными правилами, создающими власть. Однако представляет-­
ся, что одно и то же правило может с успехом создавать как
обязанности, так и власть. Интерпретация того, создает ли
оно обязанности или власть, зависит не от самого правила,!
от тех обстоятельств, к которым оно относится.

Харт не уточняет, что он точно подразумевает под тер-­
мином "правила". Он не отличает правил от принципов,
стандартов и политики, обладающей правовыми элементами.
Если он собирается устранить все это из своего определения
правил, то он исключает слишком большой объем юридиче-­
ских фактов из своего определения права. Если же он собира-­
ется включить все это в свою концепцию правил, тогда он
просто ликвидирует разницу, существующую между правила-­
ми и принципами, стандартами или политикой. Он никакие обосновывает, почему эти различия не существуют или не должны существовать.

По его теории, первичные правила создают обязанно-­
сти, а вторичные - наделяют публичной или частной вла-­
стью. Таким образом, термин "власть" относится ко всему,
что регулируется законом, но не является обязанностью. Од-­
нако, делая это, он использует этот термин для обозначения
вещей, которые на обычном юридическом языке не могут
обозначаться термином "власть", как, например, способность
или компетенция.

И, наконец, по его теории переход от примитивных, или
доправовых, обществ осуществляется с помощью добавления
вторичных правил. Однако примитивные, или доправовое,
общества в действительности имеют вторичные, или наделя-­
ющие властью, правила, как это видно на примерах таких ин-­
ститутов, как брак, обязательство и т.д., Можно выступить в
защиту Харта, утверждая, что вторичные правила признания
изменения правосудия имеют в виду не такие вещи, как брак,
обязательство и т.д., а такие, как правила законодательства,
администрации и юрисдикции. Однако в этом случае они не
являются самыми важными факторами перехода доправового
общества к правовому, как это утверждает Харт.

 ***заключение***

 **Юридический позитивизм.**

***Юридический позитивизм возникает в начале XIX века, когда буржуазия достаточно упрочила свои экономические и политические позиции, в период относительно мирного развития для капитализма, свободной конкуренции.***

***Юридический позитивизм отражал увереность буржуазии в незыблемости со­зданного ею строя, в могуществе се государства и права. Буржуазия видит в своем праве фактор стабилизации, поряд­ка, эффективное орудие против нарастающего рабочего дви­жения.***

***Позитивизм отрицает «естественное право», которое рас­сматривается как заблуждение умов, ведущее к нарушению порядка. По теории юридического позитивизма право - факт реальности, позитивный факт. Всякое позитивное право про­исходит от власти. Право - приказ власти, поддержанный санкцией принуждения. Право есть результат только право­творческой функции государства, независимой от экономи­ческих и классовых отношений.***

***Юридический позитивизм связан с философским пози­тивизмом. Сущность права провозглашается непознаваемой. Оно не нуждается в иных обоснованиях, кроме факта своего существования. Право, по мнению К. Бергбома, является ос­новой любого строя. Позитивисты отрывают истоки права от экономики и классовых отношений. Свою задачу они видят в описании права, в формально-логическом исследовании его догмы. Формально-догматический описательный метод при­знается в качестве основного метода исследования. В рамках юридического позитивизма создается концепция правового государства. Идеи позитивизма присущи современной буржуазной юриспруденции в разных вариантах. Одним из направ­лений современного позитивизма является нормативизм.***

 ***Нормативизм***

***Нормативизм - это крайнее проявление формализма в теории права. Создатель нормативизма, Г. Кельзен воспри­нял от позитивизма формально-догматический метод, от И. Канта - деление сферы познания на сферу бытия и сферу долженствования. Кельзен относит право к сфере долженст­вования, которая никак не связана с миром бытия, не зави­сит от действительности. Свою теорию он именует «чистой теорией права». Сила права в самом праве. Кельзен строит пирамиду норм. Каждая норма низшего порядка действует только потому, что создана согласно процедуре, указанной высшей нормой. Сила одних норм опирается, следовательно, на другие, высшие нормы, но не на реальные факторы. Сила всей правовой системы вытекает из «основной нормы», ко­торая презюмируется существующей. В основании пирамиды лежат индивидуальные нормы (решения судов или админи­страции, договоры и т. п.), включенные в право. Таким обра­зом, суд рассматривается как правотворческий орган. Здесь Кельзен отходит от позитивизма, приближаясь к позиции социологического направления. Государство у него раство­ряется в праве, которое есть не .что иное, как правопорядок, отражение права.***

***Юридическая наука, заявлял Кельзен, должна заниматься только нормами, должна отбросить экономическую и тем бо­лее классовую обусловленность права. Оценка права с пози­ции морали недопустима, ибо связь между этими явлениями не существует.***

***Министерство Образования Республики Беларусь***

***Белорусский государственный университет***

 **Кафедра общей теории права**

***Реферат***

***на тему: позитивистская школа права***

Выполнил: студент I курса,

 Юрфак, политология, гр. 9

 Бондаренко М.А.

Преподаватель: Калинин С.А.

 **ПЛАН**

 1. Ведение …………………………………………………………….. 3

 2.А. РАННИЕ ПОЗИТИВИСТСКИЕ ТЕОРИИ ПРАВА ………….3-5

**3. КРИТИЧЕСКИЕ ЗАМЕЧАНИЯ……………………………..5-6**

## 3.Б. БОЛЕЕ ПОЗДНИЕ ПОЗИТИВИСТСКИЕ ТЕОРИИ ПРАВА

**ТЕОРИИ1. Командная теория права утилитаристов: ИеремияБснтам (1748 - 1832), Джон Стюарт Милль (1806 -1873), Джон Остин (1790 - 1859) Дж. Фрэнк.** **………..6-14**

**5.** **КРИТИЧЕСКИЕ ЗАМЕЧАНИЯ.…………………………………..14-21**

**Заключение……………………………………………………………….21**

**Список литературы………………………………………………………23**

**СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ**

1. Синха Сурия Пракаш. Юрисприденция. Философия права. Пер.с англ.-М:. Изда-

 тельский центр “Академия’’,1996.

2. История политических и правовых учений. Учебник для вузов. Изд.-2-е стереотип.

 Под общей редакцией члена-корреспондента РАН, доктора юридических наук,

 Профессора Нерсесянца В.С. –М. издательская группа НОРМА-ИНФО М, 1998

3. Черданцев А.Ф. теория государства и права. Учебник для вузов-М:. Юрайт 1999

4. Протасов В.И. теория государства и права. Учебное пособие. –М:.Юрайт 2001

5. Теория государства и права. Учебник для юридических вузов и факультетов.

 Под ред. В.М.Корельского и В.Д. Перевалова – М:. Издательская группа

 ИНФА М-НОРМА, 1997.