

ПОЗИТИВІЗМ В АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКІЙ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА. ВЧЕННЯ ГЕРБЕРТА Л. А. ХАРТА¹



С. КАСАТКІН
*кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри методології і філософії права
(Самарська гуманітарна академія,
м. Самара, Росія)*

Цю статтю присвячено аналізу однієї із найбільш впливових течій сучасної правової думки — юридичному позитивізму, систематизації його основних критеріїв і базових трактувань, як вони представлені в англо-американській юридичній літературі сьогодення, з особливою увагою до вчення про право британського філософа Г. Харта. Його концепція, з одного боку, розглядається на Заході як одна з ключових для визначення параметрів юспозитивізму і концептуальних орієнтирів сучасної філософсько-правової думки, з другого — залишається маловідомою і слабо затребуваною в пострадянській юриспруденції з точки зору як змісту її позицій, так і методологічного інструментарію, що в ній використовується. Останнє стосується і самого розуміння юридичного позитивізму: тоді як у вітчизняній правовій думці він часто трактується в дусі класичних форм, сформульованих в ХІХ — першій половині ХХ ст., і залишається зав'язаним на (опредмечуваній, гіпостазованій) державі, у зарубіжній юриспруденції — у тому числі завдяки розвідкам Г. Харта — він пройшов значну трансформацію, набувши вигляду, який більше відповідає постулатам сучасної методології, доктрині та практиці конституційних держав сьогодення. Дотримуючись зазначених орієнтирів, ми почнемо з огляду основних критеріїв

¹ В основу статті покладено матеріали виступу на міжнародній конференції з юридичного позитивізму і конкуренції теорій права (Росія, Івановський державний університет, 5–8 жовтня 2012 р.). Переклад з російської О. Уварової.

юспозитивізму, що представлені в англо-американській думці, досліджуваних у ній ключових позитивістських концепцій, а потім звернемося до відповідних рис вчення Г. Харта, до з'ясування його місця в позитивістській традиції і до базових напрямів його критики.

Критерії юридичного позитивізму в сучасній англо-американській юриспруденції. В англо-американській думці сьогодення юридичний позитивізм, як методологічний проект, розглядається як правова теорія найбільш високого порядку. Він традиційно тлумачиться як загальне вчення про природу (або поняття) права, пов'язане з дослідженням (описом, поясненням) права, «як воно є» (тобто з «аналітичною» юриспруденцією), на протиправу, «яким воно має бути» (тобто «нормативною» або «критичною» юриспруденцією), з претензією на відокремлене, морально-нейтральне і «наукове» уявлення права, із твердженням про можливість і значущість останнього [1].

Для концептуального виокремлення юспозитивізму часто використовують набір критеріїв (причому таких, що не збігаються із тими критеріями, які традиційно представлені у вітчизняній літературі). Юридичний позитивізм тут, як правило, пов'язується з трьома базовими тезами / постулатами [2; 3]:

1) *теза про соціальний факт (social fact thesis)*: існування права є можливим завдяки певному різновиду соціального — на протиправу моральному — факту (наприклад, наявності суверена і масової практики підпорядкування його наказам або правила визнання, що приймається і реалізується посадовими особами у своїй діяльності, і т. ін.). Відповідно до цієї тези право за своєю суттю являє собою соціальне установа. На відміну від неправових норм, юридичні стандарти мають таку якість, що відсилає до певного соціального факту, наявність / відтворення якого є тим, що гранично пояснює існування правової системи та конститууює її як артефакт;

2) *теза про конвенційність (conventionality thesis)*: критерії юридичної дійсності / сили за своєю природою є конвенційними. Згідно із цією тезою влада / авторитет критеріїв юридичної дійсності в будь-якій понятійно можливій правовій системі пояснюється тим, що подібні критерії конституують умови соціальної конвенції серед людей, що діють як посадові особи. Існування соціальної конвенції і правопорядку, який на ній базується, залежить від збігу / однаковості поведінки та ставлення (установки) членів спільноти: на додаток до конформної поведінки, має бути наявним загальне переконання у тому, що відступ від відповідного стандарту є виправданою підставою для осуду;

3) *теза про розподільність (separability thesis)*: необхідний перетин між правом і мораллю відсутній. Відповідно до цієї тези мораль і право є понятійно різними, що в плані критеріїв юридичної дійсності означає таке: моральні принципи не є концептуально необхідним або достатнім елементом критеріїв юридичної сили. Отже, існує понятійно можлива правова система, в якій юридична дійсність норми не залежить від її моральних переваг, або, інакше кажучи, існує хоча б одна концептуально можлива правова система, в якій критерії юридичної дійсності засновані виключно на своєму джерелі / походженні.

Констатуючи ці критерії, звернемо увагу на низку обставин:

– будучи доволі традиційним, такий варіант відмежування юспозитивізму базується насамперед на узагальненні відповідних сучасних концепцій англо-

американської юриспруденції, перш за все концепції Г. Харта і заснованих на ній полемік, з одного боку, між включаючим і виключаючим позитивізмом, з другого — між позитивізмом і різними неklasичними версіями теорії природного права;

– у межах загальної методологічної програми юспозитивізму саме перший із зазначених постулатів — теза про соціальний факт — розглядається як основоположний [4; 5], тоді як два інших — теза про конвенційність і про розподільність — відіграють роль його важливих роз'яснень або наслідків. На противагу цьому в рамках інших концепцій на передній план можуть виходити й інші риси позитивізму (так, наприклад, теорія природного права, як головний опонент позитивізму, буде робити акцент швидше на третьому його постулаті, протиставляючи йому тезу про нерозподільність, тобто твердження про необхідний перетин права та моралі, про неможливість визначення права без звернення до моралі);

– як один із постулатів юспозитивізму часто фігурує і теза — не розглянута в пострадянській науковій думці — про правову невизначеність і суддівський розсуд (що особливо яскраво проявляється в критиці позитивізму Р. Дворкіним і в пов'язаній із цим полеміці [6; 7; 8]). Разом із тим, хоча подібний постулат і підтримується сучасними версіями позитивізму, набагато рідше включається до його понятійного ядра, часто розглядається як його вторинна та/або контингентна ознака [9];

– відзначимо відсутність у визначенні поняття юспозитивізму — таких традиційних для вітчизняної думки — прямих посилань на державу як на джерело і гарант права, його понятійну і онтологічну засаду. У зв'язку із цим є підстави говорити про розрізнення класичних (І. Бентам, Дж. Остін) і неklasичних (Г. Кельзен, Г. Харт, Дж. Раз) концепцій позитивізму. Якщо першим властива теза про обов'язковий понятійний зв'язок права із державою, визнання права через державу (і про похідний характер права як норми / належного від держави як факту / суцього), то для других характерним є акцент на нормативності, зникненні держави з визначень права: держава (суверен) трактується тут як щось вторинне, похідне (і навіть тотожне) щодо юридичної нормативності, як певний конструкт / статус, що впливає з внутрішніх установок членів спільноти, із стандартів / конвенцій / схем інтерпретації, що ними поділяються і практикуються;

– важливо також вказати на те, що — на відміну від поширеної у вітчизняній думці позиції — розуміння юспозитивізму традиційно дається поза зв'язком із конкретними філософсько-методологічними засадами відповідних концепцій. Інакше кажучи, подібні засади можуть бути різними (емпіризм, класичний (конттовський) позитивізм, неокантіанство, позитивізм Віденського гуртка, аналітична лінгвістична філософія тощо), а віднесення концепції до юридико-позитивістської пов'язується саме із (заявленими раніше) теоретико-правовими постулатами.

Основні концепції юспозитивізму в англо-американській юриспруденції.

Від розгляду критеріїв юспозитивізму перейдемо до огляду ключових його трактувань: йдеться про концепції, які належать до позитивістської традиції і обговорюються в такій якості в межах сьогоднішньої англо-американської

правової думки; національна належність їх авторів значення не має. Отже, тут, як правило, виокремлюють чотири базові концепції (і пов'язані із ними типи, різновиди) юридичного позитивізму.

1. *Наказна (командна) теорія*, яка пов'язується з ім'ям Дж. Остіна (1790–1859) [10]. Право тут розуміється як наказ суверена. Наказ (*command*) — це веління, підкріплене загрозою покарання / кари на випадок його недотримання. На відміну від погроз грабіжника подібні накази, за Дж. Остіном, мають особливе «джерело» — виходять від суверена, тобто особи (або групи осіб), якій зазвичай / за звичкою підпорядковується більшість членів певного незалежного політичного суспільства і яка зазвичай / за звичкою не підкорюється нікому. Звідси, вчений проповідує коректуру (редукцію) мови роздумів про право (відмежування від права тих стандартів, які називаються правовими неналежним чином: божественні закони, норми позитивної моралі тощо), а також методологічно зрозуміле, відокремлене від моралі, емпірично (й утилітарно) орієнтоване дослідження / аналіз — позитивного — права, «як воно є»: проект правової науки як «аналітичної юриспруденції» (на противагу «нормативній» / «критичній» науці про право, «яким воно має бути»). Попри те, що Дж. Остін займає важливе і заслужене місце в пантеоні правових мислителів, його концепції в англо-американській юриспруденції сьогоdnішнього дня надається переважно лише історичне значення.

2. *Чиста теорія права (нормативізм) Г. Кельзена* (1881–1973) [11; 12; 13; 14]. Право — це діючий у суспільстві примусовий нормативний порядок, ієрархія правових норм. Концепція Г. Кельзена часто розглядається як досвід конструювання трансцендентальних підстав правопорядку, вибудовування логіки нормативного міркування, що впливає з факту розгляду людьми дій і висловлювань інших людей (посадових осіб) як діючих норм [15]. Спираючись на кантівську дихотомію належного і суцього, Г. Кельзен розглядає право як деонтичний феномен. Правова норма — це належне (його формулювання, імператив і т. ін.), вона визначається не через своє існування (подібно природним фактам), а через дійсність, тобто статус у межах — володіє мінімумом ефективності — соціального правопорядку. Крім того, вона покладається ставленням умови і наслідків, вказівкою посадовій особі застосувати санкції при настанні певних обставин, схемою інтерпретації явищ суцього і поставленням йому нормативних характеристик і наслідків. Правові норми, за Г. Кельзенем, вибудовані в ієрархію, де кожне нормативне твердження (висновок) має більш загальну / високу нормативну посилку і в підсумку сходить до основної норми (*Grundnorm*) — до гіпотези (фікції), яка становить граничну точку деонтичного порядку і критерій дійсності (для) всякого належного йому стандарту і яку, на думку автора, необхідно постулювати з метою забезпечення обґрунтованості та несуперечливості нормативного роздуму. Право вивчається Г. Кельзенем поза зв'язком із мораллю, а ключовим у праві розглядається саме формальний / статусний момент: визнаючи можливість / наявність змістовної дійсності положення, тобто відповідності більш високій нормі за змістом, автор вважає його вторинним та контингентним щодо формальної (структурної) дійсності, тобто відповідності більш високій нормі з точки зору формальних параметрів її створення (управленості суб'єкта, форми і процедури нормотворчості), яка є

необхідною для правопорядку і надає йому якості динамічної системи. У цьому руслі Г. Кельзен вибудовує і свій проект «чистої» юридичної науки: загальної описової морально-нейтральної теорії права, що звільняється від «домішок» не тільки теоретичних і практичних міркувань про належне право, а й від історичних, соціологічних, психологічних та інших аспектів вивчення суспільних правопорядків. Чиста теорія — це суто нормативна дисципліна, побудована на принципі зобов'язання (на противагу принципу причинності природничих наук), що використовує виключно юридичні підстави і критерії в побудові власних понять і тверджень, і націлена на створення ідейно-методологічного (і відповідно, практико-лінгвістичного) інструментарію найкращої (юридично строгої, системної) репрезентації чинного права. Будучи однією з найбільш фундаментальних концепцій права та юриспруденції ХХ ст., вчення Г. Кельзена тим не менш не набуло значного поширення і затребуваності в англо-американській юриспруденції [16; 17; 18], яка більшою мірою — як у позитивному, так і у критичному плані — спирається на ідейно-методологічні погляди Г. Харта.

3. *Аналітична юриспруденція (теорія правил, «м'який» / включаючий позитивізм) Г. Харта (1907–1992) [19; 20; 21; 22].* Право — це система первинних і вторинних правил, що прийняті і практикуються в суспільстві. Переосмислюючи погляди І. Бентама, Дж. Остіна і Г. Кельзена в руслі ідей філософського аналізу мови, Г. Харт буде своє вчення на базі поняття правила (*rule*). Останнє він відмежовує як від підкріпленого санкціями наказу суверена (за змістом, походженням, сферою поширення), так і від звички / поведінкового звичаю (за наявністю «внутрішнього» аспекту — позиції членів спільноти, які приймають правило як стандарт (власний і чужий) поведінки, підстави схвалення і осуду, на противагу «зовнішній» точці зору спостерігача (або «бандита» / «поганої людини» (*bad man*)), який, не розділяючи норму, лише встановлює імовірнісні зв'язки між її порушенням і застосуванням заходів відповідальності). У цьому контексті саме право трактується філософом як система первинних і вторинних правил, тобто норм, що накладають обов'язки, і метанорм (правил про правила), що наділяють владою, забезпечують збереження і відтворення правил першого порядку — правил визнання, зміни та (судового) рішення (*adjudication*). Особлива роль відводиться Г. Хартом правилу визнання: воно визначає форми правотворчості, виступає вищим і остаточним критерієм юридичної дійсності будь-якого положення / акта в системі, забезпечує прийнятну цілісність і узгодженість регулювання і, на відміну від звичайних правил, має специфічний модус існування — що є питанням факту, а не дійсності — проявляючись в узгодженій практиці судів і посадових осіб зі встановлення та відтворення того, що є правом у спільноті. Саме правило визнання виступає тим соціальним (арте)фактом, який формує розрізнення правового та неправового і конститує суспільний правопорядок. За Г. Хартом, існування та ідентифікація права, що розуміється таким чином, цілком можливі без звернення до моралі: мислитель заперечує наявність необхідного зв'язку права і моралі як на рівні правопорядку в цілому, критеріїв юридичного, що практикуються, так і на рівні визначення конкретної правової норми і прийняття офіційного рішення (юридична сила яких може зв'язуватися виключно з їхнім походженням). Разом з

тим він допускає і можливість існування правових систем, де відповідність норми / рішення субстанціональним цінностям або моральним принципам і обмеженням встановлюється правилом визнання як підстава / критерій їх юридичної сили (що й отримало назву тези включення (*incorporation thesis*) і позиції «м'якого» або включного позитивізму). Також важливою для Г. Харта є теза про часткову не(до)визначеність права, зумовлену природою мови — як діяльності, якій притаманні ясні й суміжні випадки вживання знака / терміна / правила («ядро» і «півтінь» значення), а отже, і невизначеність («відкрита структура») останніх у застосуванні до нових / нетипових ситуацій — і теза, яка з цього неминуче слідує, про наявність у будь-якій правовій системі обмеженого суддівського розсуду («проміжної» правотворчості) як вибору між альтернативними рішеннями у складній справі. У методологічному плані Г. Харт мислить і виправдовує своє вчення загальним описом права як феномену соціальності, реконструкції (упорядкування) визнаного і такого, що практикується в спільноті, поняття права на базі аналізу слововживання. При цьому така концепція проголошується морально-/ціннісно-нейтральною, зосередженою на осмисленні права, як воно є, на «аналітичній» юриспруденції, і відмежовується від альтернативного проекту «нормативної», ціннісно-заангажованої юриспруденції, обґрунтування права, яким воно має бути. Саме підхід Г. Харта виступає ключовою концепцією позитивізму для сучасної англо-американської філософії права (і традиційно мислиться в такій іпостасі) — концепцією, що сформувала її мову, інтелектуальний порядок денний та лінії її головних дискусій.

4. «Жорсткий» / «виключаючий» позитивізм Дж. Раза (народ. у 1939 р.) [23; 24; 25; 26; 27]. Право розглядається тут як система норм, що інституційно створені, практикуються і «виключають» / «заміщають» підстави практичної діяльності (*exclusionary / preemptive practical reasons*). Розвиваючи концепцію Г. Харта, Дж. Раз виходить із того, що право є соціальним установленням, що претендує на легітимну (моральну) владу / авторитет (*authority*) у суспільстві, на всеосяжне, верховне і відкрите регулювання поведінки своїх адресатів. При цьому автор, з одного боку, трактує право з точки зору його моральної мети та інституційної ідеології (задоволення правом вимог моралі розглядається ним не як контингентний історичний факт, а як реалізація своєї сутності моральним регулятором поведінки), з другого — цілком допускає фактичну хибність таких посягань, моральну порочність конкретних юридичних норм і систем. Розмірковуючи про владу права, Дж. Раз трактує її як «служіння» / «послуги» (*service*): функція права вбачається тут у реалізації інтересів своїх адресатів, у забезпеченні найкращого керівництва їх практичною діяльністю. Посягання права на легітимність / авторитет розкривається у Дж. Раза в таких трьох положеннях: 1) теза залежності: всі офіційні приписи повинні, серед іншого, базуватися на відповідних (у тому числі моральних) підставах або міркуваннях першого порядку, що застосовуються до адресатів цих приписів — використовуються суб'єктами до і поза урахуванням будь-яких соціальних норм або інститутів (розумність, здоров'я, добробут, низка моральних аргументів тощо) — і пов'язані з регульованими ними обставинами; 2) теза заміщення (*preemption*): право діє як відображення і заміщення відповідних підстав першого порядку за допомогою встановлення підстав другого порядку (правових норм), тим самим

створюючи різницю (*practical difference*) у практичному судженні й поведінці суб'єктів, виключаючи їх звернення до первинних міркувань, спираючись на останні; 3) теза звичайного виправдання: дотримання суб'єктами правових приписів зазвичай є виправданим, оскільки воно краще забезпечує правильний баланс між відповідними підставами першого порядку в поведінці суб'єктів, ніж при їх власному зверненні до подібних підстав. Звідси, на думку вченого, включення моральних міркувань до числа критеріїв юридичної дійсності тягне за собою нездатність права забезпечити різницю в практичному міркуванні і поведінці своїх адресатів через заміщення / виключення підстав першого порядку, а тому воно несумісне з універсальним посяганням права на легітимну владу щодо встановлення зразків належної поведінки в суспільстві. Сперечаючись із Г. Хартом («включним» позитивізмом), Дж. Раз відстоює так звану «тезу про джерело» (*source thesis*), згідно з якою існування конкретних правових норм і систем — це завжди і всюди питання соціального факту, а не питання відповідності моральним принципам або цінностям. У методологічному плані Дж. Раз відстоює проект загальної, описової, морально-нейтральної правової теорії — взаємопов'язаної сукупності необхідних істин про право і правові явища, націлених на пояснення природи права, його загальних і необхідних властивостей як людського інституту і соціального явища. В англо-американській юриспруденції концепція Дж. Раза виступає важливим продовженням, критикою і розвитком побудов Г. Харта і уособлює другу пануючу тут базову версію — жорсткого / «виключного» — юспозитивізму.

Правове вчення Г. Харта: місце в позитивістській традиції і основні напрями критики. Як зазначалося раніше, в англо-американській думці концепція Г. Харта сприймається як одна з головних / канонічних версій юспозитивізму і представляє право як систему первинних і вторинних правил. У світлі названих вище критеріїв позитивістський характер вчення Г. Харта можна углядіти в такому:

1) існування права, за Г. Хартом, можливе завдяки певному різновиду соціального факту — наявності в співтоваристві прийнятого й такого, що практикується, правила визнання, яке встановлює критерії юридичного, відрізняє правові норми від неправових і конституює правову систему як артефакт (при цьому, на думку автора, правило визнання існує в правовій системі, якщо задовольняються дві умови: а) критерії юридичної сили містяться в ньому, сприймаються посадовими особами системи як стандарти / зразки посадової поведінки; б) прості громадяни в розглянутій системі зазвичай слідують первинним правилам, дійсність яких базується на прийнятому правилі визнання);

2) існування права, за Г. Хартом, базується на певній соціальній конвенції, що конституюється однаковістю в поведінці та установках: критерії юридичної сили стандартів у правовій системі, що містяться у правилі визнання, розкриваються в узгодженій практиці (і пов'язаній із нею конвенції) судів і посадових осіб із визначення того, що є правом у даному співтоваристві, які приймають подібне правило як зразок посадової поведінки і підставу для осуду. Правило визнання накладає на посадових осіб обов'язок слідувати конвенціональним критеріям юридичної дійсності, що містяться в ньому;

3) існування та ідентифікація права, за Г. Хартом, можливі без звернення до моралі: відповідність моральним постулатам не є необхідною складовою правила визнання, прийнятих критеріїв юридичної сили, звідси можливе існування правової системи, в якій критерії дійсності правила або рішення пов'язуються виключно з його джерелом / походженням (суб'єктом, формою, процедурою і т. ін.). При цьому автор допускає можливість існування правових систем, де дійсність норми принаймні частково залежить від відповідності її змісту тим чи іншим моральним вимогам.

Слід зазначити, що Г. Харт прямо і неодноразово проголошував свою відданість традиції юридичного позитивізму і розглядав свою головну працю — «Поняття права» — як «нарис з аналітичної юриспруденції» [20, р. vi]. Цікаво, що він використовував дещо інші критерії виокремлення позитивізму. Г. Харт, зокрема, вказував, що в сучасній йому англо-американській літературі цей термін «вживається для позначення одного або низки з таких тверджень: 1) правові норми — це видані людьми накази; 2) необхідний зв'язок між правом і мораллю, або між правом, як воно є, і правом, яким воно має бути, відсутній; 3) аналіз або вивчення значення правових понять являє собою важливий вид дослідження, який слід відрізнити від історичних розвідок, соціологічних досліджень, а також критичної оцінки права з точки зору моралі, соціальних цілей, функцій тощо (але який жодним чином не заперечує останні); 4) правова система — це «закрита логічна система», в якій правильні рішення можуть бути виведені на підставі попередньо встановлених юридичних правил за допомогою одних тільки логічних засобів; 5) на відміну від тверджень про факти, моральні судження не можуть бути обґрунтовані за допомогою раціонального аргументу, свідчення або доказів («нонкогнітивізм в етиці»)» [20, р. 302]. Якщо застосувати подібні критерії до поглядів самого Г. Харта, то можна констатувати його прихильність до другого і третього твердження, заперечення четвертого твердження, припущення істинності першого твердження при його розгляді як окремих випадків права взагалі (при встановленні відповідних критеріїв у правилі визнання); що стосується п'ятого твердження, то, як видається, підхід Г. Харта цілком узгоджується з останнім, при тому, що подібний критерій не розглядається ним як визначальний і, наскільки нам відомо, спеціально не обговорюється, будучи винесеним за рамки позитивістсько орієнтованої правової теорії [20, р. 253–254].

Методологічно Г. Харт поєднує дві великі дослідницькі традиції. З одного боку, він проголошує свою прихильність до класичних позитивістських вчень Дж. Бенґама і Дж. Остіна, їх проекту аналітичної юриспруденції. До того ж є вагомі підстави відносити до базових інтелектуальних передумов його концепції і проект загальної теорії Г. Кельзена, що представляє право як ієрархічну систему норм належного, що сходить до фундаментальної верховної норми. Йдучи останнім, Г. Харт будує своє вчення як загальний морально-нейтральний опис права як соціального явища, дослідження права, «як воно є». З другого боку, як філософська основа побудов Г. Харта виступає аналітична лінгвістична філософія (Дж. Остін, пізній Л. Вітгенштейн та ін.) з її критикою метафізики, сциєнтизму, логіцизму і особливою увагою до реальних практик слововживання і повсякденної мови, яка вважається такою, що не зводиться до репрезентації

матеріального світу і строгого апарату науки, і що містить ключ до «загостреного сприйняття» соціальних дій та інститутів, що фіксуються і відтворюються в її конвенціях, правилах, «іграх» [20, ch. 1]. Слідуючи цим настановам і створюючи поняття права на базі реконструкції (упорядкування) сформованого слововживання, Г. Харт відмовляється від його дефініції у традиційному спекулятивно-логічному стилі через *per genus et differentiam specificam* чинності неясності родового поняття і множинності межових випадків вживання, по-різному пов'язаних із його центральним значенням: замість цього він пропонує проект «пояснювального визначення», сполучений із відокремленим розбором ряду фундаментальних і відмінних одна від одної проблем: 1) поняття правила, його статусу, видів, функцій; 2) співвідношення права з примусом, з одного боку, і мораллю — з другого; 3) специфіки межових випадків. На додаток до сказаного потрібно також вказати і на методологічну важливість герменевтичної орієнтації побудов Г. Харта. Як зазначалося, базове для автора поняття правила має як зовнішній, так і внутрішній аспект, являючи собою певний стандарт поведінки та оцінки, вбудований у практику спільноти. Звідси, саме внутрішня перспектива — погляд членів спільноти, які приймають правила як обов'язкове керівництво, — виступає ключовим для відмежування правила від простої поведінкової однаковості і тим самим стає соціально-практичним фундаментом для розгортання побудов Г. Харта, для проведення теоретичних кордонів права, юридичної мови, юридичного правила і т. ін. [21, p. 1, 12; 28].

Із зазначених методологічних позицій Г. Харт прагне сформулювати свою теорію права, перетворивши наявні позитивістські концепції. Так, автор створює своє вчення на базі критики поглядів Дж. Остіна. Г. Харт відкидає редуccionізм останнього — зведення права до підкріпленого загрозою покарання наказу суверена, що бачиться філософу серйозним спрощенням та приховуванням соціальних підстав права, розмаїття його видів і функцій. За Г. Хартом, юридичні правила не є тотожними наказам і відрізняються від них за своїм змістом (можуть бути як зобов'язуючими, так і уповноважуючими, правогарантуючими), походженням (вони можуть походити не тільки від суверена, а й з інших джерел) та охопленням (поширюються не тільки на простих громадян, а й на законодавця / державу). Крім того, за Г. Хартом, вчення Дж. Остіна незадовільно пояснює самого суверена, наступність і всеохоплюючий характер верховної влади і створюваних нею положень, ігнорує легітимність і заданість її статусу соціальними зв'язками, нормами, конвенціями. Нарешті у всьому цьому, за Г. Хартом, проявляється головна вада командної теорії — відсутність у ній базового поняття правила. Звідси неприйняття філософом крайнього емпіризму свого попередника, заяви про його нездатність пояснити ідею нормативності права і пов'язану з цим ідею обов'язку, вхопити символічні, герменевтичні та соціально-конструктивні властивості правопорядку, відмова від створення правової теорії на базі опису виключно зовнішніх поведінкових актів і відносин [20, ch. 2–5]. Визнаючи значимість проекту «чистої теорії» іншого свого попередника Г. Кельзена і приймаючи деякі важливі позиції останнього, Г. Харт не поділяє цілу низку положень його теорії. Так, методологічно Г. Харт не сприймає надмірну абстрактність і крайній антиемпіризм Г. Кельзена, жорсткого протиставлення сущого і належного, проголошеної вченим можливості повного і

строго «очищення» теоретико-юридичних понять і тверджень. У теоретичному плані Г. Харт заперечує редукаціонізм Г. Кельзена, що зводить різноманіття норм до одного типу стандарту (до припису посадовій особі застосувати санкції при настанні певних обставин), не приймає жорсткого поділу моралі і права (твердження про неможливість їх перетину, конфліктів тощо). Критикує Г. Харт і концепт «основної норми», наполягаючи на власній альтернативі — правилі визнання, яке: 1) є не логічно необхідною, постульованою гіпотезою, але реально діючим (хоча часто і мовчазно передбачуваним) поведінковим стандартом; 2) не є суто нормативним феноменом, протипоставленим реальності, але належить до світу фактів (соціальних практик); 3) не зводиться до універсального правила про покору конституції або «тим, хто створив першу конституцію», але може мати різноманітний і мінливий зміст; 4) необов'язково є байдужим і протиставляється іншим нормативним (зокрема, моральним) вимогам [20, ch. 6; 21, p. 286–242; 29]. Нарешті, що стосується підходу Дж. Раза, то певної чітко вираженої критики його позицій з боку Г. Харта немає, при тому, що є як явні розбіжності в їхніх поглядах, так і наступне сприйняття Г. Хартом низки доводів свого молодшого колеги / опонента [20, Postscript; 21, ch. 10].

Даючи загальну оцінку поглядам Г. Харта, є підстави говорити про те, що його правова концепція є базовою (однією з базових) для сучасної англо-американської філософії / загальної теорії права і для позитивістської традиції, що нею поділяється: концепція Г. Харта забезпечила значне перетворення англо-американської правової думки, інтеграцію і переопис варіантів праворозуміння, що існували раніше, в дусі передових для свого часу філософських і методологічних віянь і відповідно до практики сучасних західних держав, а отже, стала відправною точкою для подальшого розвитку всієї англомовної юриспруденції, включаючи як позитивістські вчення про право (сьогоднішні міркування про позитивізм у США та Британії — це насамперед осмислення поглядів Г. Харта, а також Дж. Раза та їх послідовників), так і альтернативні їм концепції (проекти природного права Л. Фуллера, Дж. Фінніса, інтерпретативізм Р. Дворкіна, натуралізована юриспруденція / правовий реалізм Б. Лайтера та ін. багато в чому будуються як критика теоретичного підходу Г. Харта).

Завершуючи огляд, звернемо увагу на основні напрями критики правової концепції Г. Харта (які так чи інакше стосуються і позитивізму в цілому, як він представлений в англо-американській думці сьогодення). Значущими моментами її предметної критики можна назвати такі: 1) ігнорування автором цільової / функціональної природи права, його пов'язаності із базовими соціальними цілями і цінностями [30; 31]; 2) незадовільне пояснення Г. Хартом нормативності права, юридичної обов'язковості права як належної підстави практичної діяльності [32; 33]; 3) незадовільний опис філософом співвідношення права і моралі (невизнання необхідності морального виправдання права, його вкоріненості в моралі через власні цілі та принципи [31; 32] або, навпаки, неврахування потреби в повному виключенні моралі з права для реалізації останнім своїх інституційних домагань на владну регламентацію практичної діяльності [23; 24; 25]); 4) неналежне представлення Г. Хартом держави (приховування її ролі у правовій системі, відтворення морально незв'язаного чиновницького

поняття влади, поняття права як інструменту панування еліт) [34]; 5) зведення автором елементного складу правової системи до правил (ігнорування різноманіття правових стандартів — правових цілей / стратегій (*policies*), а також принципів, вкорінених в моралі спільноти) [6]; 6) неадекватна характеристика вченим правила визнання (ствердження його статичності, повноти, очевидності, вичерпного характеру критеріїв юридичного, відсутність спорів («теоретичних розбіжностей») про їх зміст [7], або, навпаки, ствердження можливості закріплення в ньому моральних критеріїв визначення юридичної сили) [25]; 7) невірне пояснення автором судочинства та юридичної — особливо прецедентної — аргументації (ствердження незаданості рішення і суддівського розсуду / правотворчості в проблемних справах, неврахування можливості дії всупереч ясному випадку / нормі, оспорювання правил визнання та звернення до моральних аргументів, неадекватне уявлення обов'язків судді та інституційного статусу судової влади [7]) тощо.

Як значущі моменти методологічної критики побудов Г. Харта можна виділити такі: 1) неврахування філософом проблем соціальної відповідальності правової теорії, легітимація державного насильства і авторитарних режимів, руйнування імунітету юридичного корпусу до зловживань владою [31]; 2) низька практична значущість концепції автора, її нездатність забезпечити належне управління практичною діяльністю людей, легітимацію правопорядку і конкретних юридичних рішень, нездатність дати практичні орієнтири для судочинства у складних, нестандартних випадках [6; 7; 32]; 3) проблемність існування проголошеної Г. Хартом ціннісно-нейтральної правової теорії та інтерпретації права, проблемність теоретичної та практичної значущості такого підходу [7; 31–36]; 4) обмеженість прийнятого автором концептуального аналізу для цілей правової теорії (трактування філософії як постачальника емпірично автономних «аналітичних» істин), розмежування юриспруденції (як абстрактної, доктринальної дисципліни) і соціальних (емпіричних) наук [37; 38] тощо.

Ці та інші напрями критики в англо-американській думці зламу століть — що розрізняються за ступенем виправданості, визнання й успішності — не призвели до втрати вченням Г. Харта статусу сучасної класики правової філософії, стимулюючи подальший розвиток позитивістських та альтернативних їм підходів до осмислення права, що становлять інтерес як для автентичних західних авторів, так і для вітчизняних правознавців, які відчують потребу в належному методологічному інструментарії вирішення завдань сьогоденної юридичної теорії і практики.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Bix B.* Legal Positivism / B. Bix // Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory / Eds. W. Edmundson, M. Golding. — Oxford, 2005. — P. 29–49.
2. *Himma K.* Inclusive Legal Positivism / K. Himma // The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law / Eds. J. Coleman, S. Shapiro. — Oxford, 2002. — P. 125–165.
3. *Coleman J.* Legal Positivism / J. Coleman, B. Leiter // A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory. 2nd ed. / Ed. Patterson. — Oxford, 2010. — P. 226–248.
4. *Villa V.* Inclusive Legal Positivism, Legal Interpretation, and Value-judgments / V. Villa // Ratio Juris. — 2009. — Vol. 22, № 1. — P. 110–127.

5. *Алекси Р.* Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / Р. Алекси. — М. : Инфотропик Медиа, 2011. — 192 с.
6. *Дворкин Р.* О правах всерьез : пер. с англ. / Р. Дворкин ; ред. Л. Макеева. — М. : РОССПЕН, 2005. — 392 с.
7. *Dworkin R.* Law's Empire / R. Dworkin. — Cambridge : Harvard University Press, 1986. — XVI, 471 p.
8. *Касаткин С. Н.* Проблема судейского усмотрения в полемике Харта и Дворкина: линии аргументации и методологические истоки спора / С. Н. Касаткин // Правоведение. — 2012. — № 3. — С. 11–34; № 4. — С. 10–33.
9. *Himma K.* Judicial Discretion and The Concept of Law / K. Himma // Oxford Journal of Legal Studies. — 1999. — Vol. 19. — P. 71–82.
10. *Austin J.* Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law. 2 vols., 4th ed. Rev. and ed. R. Campbell. 1879. / J. Austin // Reprint, Bristol, UK : Thoemmes Press, 2002. — 1169 p.
11. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве / Г. Кельзен // Российский ежегодник теории права. — 2011. — № 4. — С. 430–511.
12. *Kelsen H.* General Theory of Law and State (with a new introduction by A. Javier Teviño) / H. Kelsen // New Brunswick, NJ : Transaction Publications, 2006. — 556 p.
13. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве / Г. Кельзен // Сборник переводов. — М. : ИНИОН РАН, 1987. — Вып. 1. — 195 с.; Кельзен Г. Чистое учение о праве / Г. Кельзен // Сборник переводов. — М. : ИНИОН РАН, 1988. — Вып. 2. — 213 с.
14. *Kelsen H.* General Theory of Norms / H. Kelsen ; Ed. and trans. M. Hartney // Oxford : Clarendon press, 1991. — 465 p.
15. *Paulson S.* The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law / S. Paulson // Oxford Journal of Legal Studies. — 1992. — № 12. — P. 311–332.
16. *Telman D.* A Path Not Taken: Hans Kelsen's Pure Theory of Law in The Land of The Legal Realists / D. Telman [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://ssrn.com/abstract=1723183>.
17. *Kletzer Ch.* The Role and Reception of The Work of Hans Kelsen in The United Kingdom / Ch. Kletzer [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://ssrn.com/abstract=1578145>.
18. *Marmor A.* How Law is Like Chess? / A. Marmor [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://ssrn.com/abstract=897313>.
19. *Харт Г.* Позитивизм и разграничение права и морали / Г. Харт // Правоведение. — 2005. — № 5. — С. 104–136.
20. *Hart H. L. A.* The Concept of Law / H. L. A. Hart. — 2nd ed. with Hart's Postscript ; Eds. P. Bullock, J. Raz. // Oxford: Clarendon press, 1994. — 315 p.
21. *Hart H. L. A.* Essays in Jurisprudence and Philosophy / H. L. A. Hart // USA : Oxford University Press, 1983. — 404 p.
22. *Касаткин С. Н.* Постскрипtum к «Понятию права» Герберта Л. А. Харта / С. Н. Касаткин // Российский ежегодник теории права. — 2008. — № 1. — С. 753–785.
23. *Raz J.* The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System / J. Raz. — Second Edition // Oxford : Oxford Clarendon Press, 1997. — 242 p.
24. *Raz J.* Practical Reason and Norms. 2nd rev. ed. / J. Raz // Oxford: 8vo Card Covers 1st Edn., 1999. — 192 p.
25. *Raz J.* The Authority of Law: Essays on Law and Morality / J. Raz. — 2nd ed. // Oxford : The Clarendon Press, 1979. — 292 p.
26. *Раз Дж.* Возможна ли теория права? / Дж. Раз // Российский ежегодник теории права. — 2009. — № 2. — С. 158–185.

27. Касаткин С. Н. Философия права Джозефа Раза: моральная (само)легитимация института права и методологический проект универсальной правовой теории / С. Н. Касаткин // Российский ежегодник теории права. — 2009. — № 2. — С. 152–157.
28. Bix B. H. L. A. Hart and The Hermeneutic Turn in Legal Theory / B. Bix // SMU Law Review. — 1999. — Vol. 52. — P. 167–199.
29. Харт Г. Л. А. Посещение Кельзена / Г. Л. А. Харт // Российский ежегодник теории права. — 2011. — № 4. — С. 570–591.
30. Фуллер Л. Мораль права / Л. Фуллер. — М. : Ирисэн, 2007. — 308 с.
31. Фуллер Л. Позитивизм и верность праву. Ответ профессору Харту / Л. Фуллер // Правоведение. — 2005. — № 6. — С. 124–159.
32. Финнис Дж. Естественное право и естественные права / Дж. Финнис // М. : ИРИСЭН, Мысль, 2012. — 554 с.
33. Perry S. Hart's Methodological Positivism / S. Perry // Legal Theory. — 1998. — Vol. 4. — P. 427–469.
34. Dyzenhaus D. The Demise of Legal Positivism? / D. Dyzenhaus // Harvard Law Review Forum. — 2006. — Vol. 119. — P. 112–121.
35. Dworkin R. Justice in Robes / R. Dworkin. — Cambridge (Ma) — London (Engl) : The Belknap press of Harvard University press, 2006. — 295 p.
36. Dickson J. Evaluation and Legal Theory (Or How to Succeed in Jurisprudence Without Moral Evaluation) / J. Dickson // Oxford : Hart Publishing, 2001.
37. Lacey N. Analytical jurisprudence Versus Descriptive Sociology Revisited / N. Lacey // Texas Law Review. — Vol. 84. — 2006. — P. 945–982.
38. Лайтер Б. За пределами спора Харта и Дворкина: проблема методологии в юриспруденции / Б. Лайтер // Российский ежегодник теории права. — 2009. — № 2. — С. 116–151.

Касаткін С. М. Позитивізм в англо-американській філософії права. Вчення Герберта Л. А. Харта

Анотація. Стаття присвячена характеристиці юридичного позитивізму, представленого в сучасній англо-американській правовій думці. У статті систематизуються основні критерії виділення юридичного позитивізму: тези соціального факту, конвенційності та розподільності (права та моралі), а також описуються базові концепції / типи юридичного позитивізму: наказової теорії Дж. Остіна, нормативізм Г. Кельзена, теорія правил / «включного» позитивізму Г. Харта і «виключного» позитивізму Дж. Раза. У роботі також більш детально аналізується вчення про право Г. Харта, його зміст, значення, методологічні засади, взаємозв'язок з іншими позитивістськими концепціями та основні напрями її предметної і методологічної критики.

Ключові слова: юридичний позитивізм, поняття права, методологія юриспруденції, Г. Харт, Дж. Остін, Г. Кельзен, Дж. Раз.

Касаткин С. Н. Позитивизм в англо-американской философии права. Учение Герберта Л. А. Харта

Аннотация. Статья посвящена характеристике юридического позитивизма, как он представлен в современной англо-американской правовой мысли. В статье систематизируются основные критерии выделения юридического позитивизма: тезисы социального факта, конвенциональности и разделимости (права и морали), а также описываются базовые концепции / типы юридического позитивизма: приказная теория Дж. Остина, нормативизм Г. Кельзена, теория правил / включающий позитивизм Г. Харта и исключаящий позитивизм Дж. Раза. В работе также

более подробно анализируется учение о праве Г. Харта, его содержание, значение, методологические начала, взаимосвязь с другими позитивистскими концепциями и основные направления ее предметной и методологической критики.

Ключевые слова: юридический позитивизм, понятие права, методология юриспруденции, Г. Харт, Дж. Остин, Г. Кельзен, Дж. Раз.

Kasatkin S. Positivism in Anglo-American Legal Philosophy. Doctrine of Herbert L. A. Hart

Summary. This article is concerned with a characteristic of legal positivism as it's presented in contemporary Anglo-American legal thought. The main criteria of identification of legal positivism are systematized including theses of social fact, conventionality and separability (of law and morality). The basic conceptions / types of legal positivism are described: J. Austin's command theory, H. Kelsen's normativism, H. Hart's theory of rules / inclusive positivism, J. Raz's exclusive positivism. The article also analyses in more detail H. Hart's doctrine of law, its content, significance, methodological foundations, interconnections with other positivistic conceptions as well as major lines of its substantial and methodological criticism.

Key words: legal positivism, concept of law, methodology of jurisprudence, H. Hart, J. Austin, H. Kelsen, J. Raz.