

А.К. СОБОЛЕВА

*директор Программы "Право"
Институт "Открытое общество" - Фонд Содействия*

ТУПИКИ ПОЗИТИВИЗМА

(или к вопросу о споре Р. Дворкина и Х.Л.А. Харта)

Все наши попытки решить проблемы преподавания Теории права не увенчаются успехом, пока мы будем вращаться в рамках ныне существующей программы курса. Можно по-разному интерпретировать ма-

териал, можно менять местами разделы и параграфы, но в основе своей и содержание курса, и его структура остаются достаточно традиционными, а от чтения учебников остается знакомое до боли по басням Крылова ощущение "А вы, друзья, как ни садитесь..."

Я согласна с Д.А. Керимовым, что на первом курсе надо преподавать введение в право (или энциклопедию права, догматику права), а собственно теорию права надо преподавать на старших курсах. Однако возникает вопрос, а какую именно теорию права мы собираемся преподавать: позитивизм, интерпретивизм, деконструкционизм, марксизм-ленинизм? Джонгир Аббасович делит теорию права на две части: философию права и онтологию права. Но ведь философия характеризуется множественностью систем и множественностью подходов. Можно ли говорить о какой-либо единой теории права? Мне кажется, что причина, по которой мы то и дело заходим в тупик, состоит в том, что мы пытаемся решить проблемы правовой теории, не выходя за пределы одного - единственного подхода, а именно позитивизма. И хотя, как говорят, нельзя быть католиком больше, чем сам папа, мы пытаемся быть позитивистами порою больше, чем Бентам, Остин, Кельзен и Харт. И почему-то старательно обходим стороной его слабые стороны.

Самая слабая сторона позитивизма - это отделение права от морали. Попутно замечу, что дискуссия легальность-легитимность вообще имеет какой-то смысл только в рамках концепции позитивизма. Это не что иное, как попытка разрешить противоречие, которое возникает, когда норма права приходит в столкновение с нормой морали, а конкретнее с тем, что мы считаем справедливым - несправедливым. Таким образом, плохо даже не то, что право у позитивистов отделяется от морали, а то, что справедливость (по большому счету главная цель и назначение права) перестает быть компонентом содержания понятия "право". Никто не сомневается, что право существует для того, чтобы регулировать отношения между людьми. Но мы должны задавать себе вопрос: регулировать для чего? Регулировать как? Если мы не будем задавать эти вопросы, мы всегда будем иметь в качестве последствий либо правовой нигилизм, когда право само по себе, а люди - сами по себе, либо полный паралич правовой системы с рассуждениями о легальности-легитимности и последующим разрешением конфликтов неправовыми методами, исходя из принципов политической целесообразности. Оба последствия разрушительны для правовой системы и опасны для общества.

Наше представление о правовой системе и сущности понятия "право" никогда не будет полным, если мы будем продолжать вращаться только в рамках системы установленных властью норм. Именно это утверждает

в своих трудах и американский профессор Рональд Дворкин, который предлагает включать в систему действующего права не только нормы, но также и принципы, и стратегии (policies). Мне это кажется разумным, ведь постоянно нарастающая сложность правовой системы, выделение всё новых отраслей права и вместе с тем привлечение всё большего внимания к правам и интересам отдельного человека предъявляют к праву как к регулятору общественных отношений новые требования. Растет объем законодательства - растет число коллизий. Разрешить их можно, только взвесив противоречивые нормы с точки зрения иерархии ценностей, лежащей в основе культуры того или иного общества. Понятия "ценности" и "справедливости" начинают активно использоваться и решениях конституционных судов различных стран. Кроме того, законодательные решения ни в одной из стран уже не в состоянии успеть за изменением социальной и экономической ситуации. Панацеей для спасения регулирующей роли правовой системы многие юристы совершенно справедливо видят в способности суда прилаживать существующие юридические нормы к изменившейся действительности через интерпретацию. Единственными ограничителями на произвол интерпретатора являются понятие справедливости и разделяемые сообществом нравственные ценности.

Установленные или санкционированные государственной властью нормы - это лишь первый, самый нижний ярус правовой системы. Иногда обращения к нему бывает достаточно для того, чтобы решить правовой спор. Но иногда решение правового спора исключительно в соответствии с нормой приведет к явно несправедливому решению. В таком случае приходится обращаться к стандартам более высокого порядка, чем нормы. Вопрос, следовательно, в том, где и как мы должны искать пи стандарты, чтобы, с одной стороны, обеспечить стабильность и последовательность в функционировании правовой системы в соответствии с представлениями общества о справедливом (в том числе справедливым как честном, то есть осуществленном по заранее известным всем игрокам правилам), а с другой стороны - избежать произвола при решении правовых споров, опасность которого таится в открытом признании возможности применять на практике какие-то иные стандарты, кроме норм, - причем стандарты, не закрепленные на бумаге в виде текста, а существующие чисто умозрительно.

Направление, в котором движется современная философия права на Западе, - это и есть поиски теории, которая, преодолев слабости поп-ивизма, сможет примирить букву закона с быстро меняющейся социальной действительностью и понятием справедливости. К сожалению,

этот вопрос почему-то совершенно выпадает из поля зрения во время наших обсуждений. В этом контексте полезно обратиться к спору двух ярких современных ученых - интерпретивиста Рональда Дворкина с позитивистом Х.Л.А.Хартом (интересно отметить, что Дворкин - преемник Харта по кафедре философии права в Оксфорде). В чем же состоит суть их спора?

Позитивизм Харта

Представление Харта о нормах права базируется на различии между *первичными* и *вторичными* нормами. Первичные нормы накладывают обязательство действовать определенным образом или воздерживаться от действий. Эти нормы регулируют поведение, например, нормы уголовного права, запрещающие грабить или убивать. Вторичные нормы устанавливают способы принятия, применения и изменения первичных норм. Первичные нормы есть в любом обществе, даже в том, где нет никакой правовой системы. Право возникает тогда, когда появляются вторичные нормы. При этом Харт отмечает, что норма имеет обязывающую силу не только потому, что субъекта права под угрозой применения физической силы заставляют ей следовать, но и потому, что субъект берет на себя обязательство поступать так, а не иначе. Именно в этом состоит различие между действительным правом и приказом вооруженного грабителя.

Источников авторитетности норм права всего два:

норма может стать обязывающей, когда группа людей принимает норму как стандарт для своего поведения;

норма может стать обязывающей, когда она принимается с соблюдением предписаний некоторой вторичной нормы, устанавливающей, что принятые в соответствии с ней другие нормы будут носить обязывающий характер.

Понятие права возникает тогда, когда конкретное сообщество приходит к созданию главной вторичной нормы, указывающей, что именно следует относить к юридическим нормам. Эту главную вторичную норму Харт называет *нормой признания*.

Сама норма признания - единственная в правовой системе, которая зиждется только на первом источнике - *принятии*. К нормам признания относятся положения конституций, законов и судебных прецедентов, устанавливающих критерии, по которым мы определяем, что именно является *правом как таковым*. Эти критерии проистекают из положений конституции о составе и полномочиях законодательного органа, а также из законодательных актов по этим вопросам, принятых самой легислатурой.

Помимо норм признания, правовая система нуждается в нормах вынесения суждения, которые помогают решать, как применять нормы в случае их коллизии. Нормы суждения, изменения и признания Харт сводит в категорию *вторичных норм*. В любой правовой системе они сопровождают первичные нормы, накладывающие обязательства. Концепция права Харта - это союз первичных и вторичных норм, и именно в этом союзе для него скрыт ключ к науке юриспруденции.

Критика концепции Харта в работах Дворкина

В книге *Модель из норм I*, Дворкин пытается подойти к вопросу *Что есть право?* не с точки зрения прав и обязанностей, а с точки зрения тех результатов, к которым ведет использование теорий права. Выбрав как цель для нападок теорию Харта в силу ее большей сложности и последовательности, он предпринимает атаку на позитивизм с точки зрения так называемых *трудных дел*. Для начала он излагает свое собственное видение ключевых догм позитивизма:

право любого сообщества - это набор специальных норм, используемых для того, чтобы установить, какое поведение будет наказуемым со стороны публичной власти; эти нормы определяются не по их содержанию, а исключительно по *их родословной*, то есть по тому способу, которым они были приняты или изменены;

набор этих действующих юридических норм является исчерпывающим, поэтому если конкретный случай не подпадает явно под такую норму, то он не может быть разрешен посредством правоприменения. Он может быть разрешен судьей или другим официальным лицом по их собственному усмотрению, то есть за пределами права;

сказать, что кто-то имеет *юридическую обязанность* - это значит сказать, что данный случай подпадает под действующую норму, требующую его сделать что-то или воздержаться от чего-либо. При отсутствии такого действующего правила не существует и правовой обязанности.

В своих работах Дворкин оспаривает именно эти догмы. Центральным пунктом его рассуждений, представленных в сборнике статей *Принимаемая права всерьез*, является утверждение, что правовые системы не сводимы целиком и полностью к одним лишь только нормам. Наряду с этими нормами, а часто своим действием изменяя или сводя эффект этих норм к нулю при применении в конкретных делах, действуют также и другие стандарты: общие *принципы* и *стратегии*, к которым судам приходится прибегать при разрешении так называемых *трудных дел*, под которыми Дворкин понимает дела, в которых применение юридической нормы в ее неизменном виде неизбежно привело бы к вынесению

несправедливого решения. "Позитивизм, как я утверждаю, - пишет Дворкин, - это модель, разработанная для норм или системы норм, и его центральное положение об одном-единственном фундаментальном тесте для определения, что такое право, заставляет нас упускать из виду важную роль тех стандартов, которые не являются нормами... Я называю "стратегией"¹ такой тип стандарта, который задает цели, которые необходимо достигнуть, - в наиболее общем виде это улучшение какой-либо экономической, политической или социальной характеристики сообщества (хотя некоторые цели являются отрицательными, поскольку направлены на защиту какой-либо существующей черты от возможных изменений). Я называю "принципом" такой стандарт, который надо соблюдать не потому, что он улучшает или сохраняет экономическую, политическую или социальную ситуацию, рассматриваемую как желаемую, а потому, что так требует справедливость, честность или иное измерение морали" (Ronald Dworkin. Taking Rights Seriously, p. 22).

В понимании Дворкина, принципы и стратегии в корне отличаются от норм, поскольку норма применяется автоматически, если выполняются условия ее действия, а принципы и цели выступают всего лишь как ценности или соображения, которые еще следует взвесить; иногда они будут носить решающий характер, а иногда будут игнорироваться или уступать другим, противоположным ценностям. Следовательно, эти элементы находятся за пределами структуры, выстроенной из норм, дополняя правовую систему, и любая более-менее удовлетворительная теория права должна их учитывать.

Мы можем возразить, что для объяснения этого феномена достаточно изменить определение *нормы*, расширив его за счет включения некоторых принципов, и, что разведение понятий *нормы и принципа* носит скорее вербальный, чем содержательный характер. Дворкин, предвидя это, замечает, что принципиальная разница между нормой в узком смысле слова и принципом состоит в том, что нормы могут меняться или отменяться в результате обсуждения (например, в законодательном органе), в то время как принципы не подлежат изменению в процессе обсуждения. В то же время именно набор принципов всегда лежит в основе правовой системы, ибо ему присуща та стабильность, которой система норм не обладает.

В отличие от нормы, принцип права не требует определения условий, при которых его применение будет необходимым: "Скорее, он устанавливает

довод, который движет нас в каком-то одном направлении, но не обуславливает принятие конкретного решения... Могут существовать другие принципы или представления о целях, двигающие нас в другом направлении... В этом случае наш принцип, может быть, и не будет преваляющим, но это не означает, что он не является принципом нашей правовой системы, потому что в другом случае, когда эти противоречивые соображения будут отсутствовать или будут менее весомыми, наш принцип может быть решающим". (Ronald Dworkin, Model of Rules I, p. 26).

Логическое различие между нормами и принципами становится еще более очевидным при анализе тех принципов, которые формально не похожи на нормы. Во-первых, принципы даже не пытаются наложить конкретное обязательство. Во-вторых, принципы имеют измерение, которого не имеют нормы - измерение весомости или важности. "Когда принципы пересекаются (например, политика защиты потребителей автомобилей пересекается с принципами свободы контракта), тот, кто должен разрешить противоречие, должен принимать во внимание относительную весомость каждого... У норм права нет такого измерения... В этом смысле, одна правовая норма могла бы быть более важной, чем другая, на основании того, что она играет более важную роль в регулировании поведения. Но мы не можем сказать, что одна норма является более важной, чем другая, в пределах системы норм..." (с.26-27).

Дворкин пытается доказать, что мы должны рассматривать принципы как составную часть права, ведя доказательство *от противного*, а именно, подвергая принципы права тем тестам, которые установлены позитивистами для норм. Такой путь доказывания является одновременно и попыткой преодолеть основные тупики позитивизма.

Идея нормы признания или первая догма позитивизма

Прежде всего, Дворкин пытается определить, удовлетворяют ли принципы, примененные судом в *трудных делах*, тесту главной нормы.

Большинство норм права, в соответствии с теорией Харта, подлежат применению на основании того, что они приняты некоторым компетентным органом. Дворкин называет этот тест *тестом родословной*. Принципы, примененные судом в делах Riggs и Henningsen, не удовлетворяют этому тесту, потому что "происхождение их как принципов права лежит не в конкретном решении какого-либо законодательного органа или суда, а в чувстве надлежащего, развившегося у профессионалов и в обществе с течением времени" (Там же, с.40).

¹ Р. Дворкин использует термин "policies", однако семантическое поле английского слова "policy" отличается от семантического поля русского слова "политика". В данном случае речь идет о целях, линии действий, стратегии действий.

Здесь следует заметить, что и у Харта упоминаются нормы, установленные обычаем, например: многие античные нормы не были созданы законодательным органом или судом. Когда они появились впервые в судебных решениях и юридических текстах, они уже считались частью права, потому что представляли собой обычную практику сообщества. Харт, пытаясь преодолеть трудность разведения понятий *морально обязывающие* и *юридически обязывающие* нормы, говорит, что прежде чем суд сможет опереться на обычаи в своих решениях, главная норма (основная норма признания) должна закрепить тот факт, что некоторые обычаи считаются действующим правом. Главная норма позволяет определить, какие из норм, не основанные на принятии, а основанные лишь на юридически обязывающей силе, являются правом. Но, замечает Дворкин, если главная норма говорит лишь то, что всё признанное сообществом обязывающим, является юридически обязывающим, то она вовсе не служит тестом для определения применимости норм, поскольку и без нее данные нормы применяются на практике. Признание за обычаями обязывающей силы приводит к тому, что мы "не можем и дальше утверждать, что лишь основная норма является обязывающей в силу ее принятия, а все остальные носят обязывающий характер на ее условиях" (Там же, с.43). В таком случае нет оснований исключать из понятия *обычай* принципы и стратегии, примененные судами в *трудных делах*. И если уж мы признали, что принципы и стратегии включаются в понятие *право* и могут быть использованы в качестве стандартов, то должны признать и то, что нормы права приобретают силу не только благодаря основной норме признания, но и благодаря авторитетности принципов и стратегических целей для общества.

Итак, цепь аргументов Дворкина сводится к следующему: мы доказали ранее, что принципы права являются частью права, они должны удовлетворять тому тесту, который Харт установил для норм, то есть они должны появляться под действием основной нормы признания. А так как они не удовлетворяют этому тесту, то они либо не являются нормами (а мы уже доказали, что они являются), либо тест Харта неверен. Это приводит его к заключению, что первая догма позитивизма - норма признания должна быть отринута.

Идея дискреции, или вторая догма позитивизма

Одной из наиболее важных исходных посылок в теории Харта является та, что судьи, решая трудные дела, скорее *творят* право, чем применяют его. Там, где нормы молчат, судьи не могут применить право для того, чтобы разрешить дело. Если судьи все же возьмутся за разре-

шение этих дел, то у них не будет иного выбора, кроме как использовать свое усмотрение и выступить в роли законодателя для данного типа дел.

Дворкин начинает свою критику с определения понятия *усмотрение*. Позитивисты говорят, что у судьи нет возможности использовать свое усмотрение там, где применимо установленное и ясное правило, они подразумевают под усмотрением только то, что судья иногда должен им носить свое собственное суждение в процессе применения правовых стандартов, то есть используют термин *усмотрение* в узком смысле слова. При этом Харт признает, что юридические позиции судей не всегда будут совпадать и что два судьи с одинаковым уровнем подготовки и сообразительности очень часто будут расходиться во мнениях.

Однако термин *усмотрение* можно трактовать не только в том смысле, что официальное лицо использует собственную способность суждения, применяя стандарт, установленный для него властью, но и в том, что при решении некоторых вопросов судья не связан стандартами, которые установила для него эта власть. Это последнее значение Дворкин называет широким смыслом термина *дискреция*. Судьи в англо-американской правовой системе разрешают дела, не всегда исходя из того, что право - лишь то, с чем могут согласиться чиновники-юристы. Те нормы и доктрины, относительно применения которых юристы пришли к соглашению, а также их установленное в результате соглашения значение, являются частью права, это так называемое *установленное* право. Но судьи при разрешении *трудных дел* не ограничиваются установленным правом. Для вынесения решения по *трудным делам* судьи обычно ведут поиски принципов, составляющих основу *самой здоровой теории права* (the soundest theory of law)¹. Если существует более, чем одна теория установленного права, которая достаточно хорошо подходит - а Дворкин считает, что в трудных делах их всегда будет больше, чем одна - тогда самой здоровой теорией права будет та, которая позволит наилучшим образом взвесить как пригодность решения, так и его этическую сторону. Из-за того, что *здоровая* теория права имеет противоречивый по своей природе характер, решения, которые выносит суд и в трудных делах, неизбежно будут противоречивыми. Однако, это не означает, что примененное в этих делах право неопределенно или что судья творит при этом право, а не применяет его. Право всегда носит определенный характер, а правильный результат гарантируется принципами самой здоровой теории установленного права. Итак, все дела

¹ Термин "the soundest" переводится с английского как "самая здоровая, правильная, убедительная, глубокая, прочная" теория права.

в любой системе права имеют юридически определенные ответы, диктуемые самой здоровой теорией в сочетании с установленным правом.

Идея обязанности, или третья догма позитивизма

Если принципы права образуют отдельный тип правовых стандартов, то мы должны наделять их свойственной праву обязывающей силой. Позитивист может возразить на это, что принципы не могут быть обязывающими или обязательными. Но ведь принципы, а не нормы определяют результаты исхода дела, поскольку склоняют судью решить дело именно таким, а не иным образом. Если судья признаёт, что некие принципы ведут его в определенном направлении, а принципы, ведущие в другом направлении не столь же весомы, то он придает избранным принципам обязывающую силу.

Позитивист может возразить, что принципы не могут считаться правом, поскольку их авторитетность и весомость достаточно противоречивы. Действительно, невозможно продемонстрировать весомость конкретного принципа так, как возможно продемонстрировать авторитетность и весомость нормы, указав на ее происхождение - акт конгресса или решение суда. Но это вовсе не означает, что принципы не являются обязывающим правом. Да, они не вписываются в позитивистский тест родословной, но это говорит лишь о том, что данный тест не может считаться универсальным.

Теория Харта учит, что юридическая обязанность существует только там и тогда, где и когда определенная норма права ее накладывает. Когда нельзя подыскать применимой к случаю нормы, нет и юридической обязанности. Если же у судьи есть возможность ***усмотрения***, то не существует ни субъективного права, ни юридической обязанности, которые он должен охранять. Отвергнув ранее позитивистскую доктрину дискреции и приняв принципы как составную часть права, Дворкин пришел к выводу, что принципы могут накладывать юридическую обязанность точно так же, как и нормы. При этом снимается противоречие между юридической обязанностью и моральной обязанностью.

Оспаривая позитивистский подход к праву как к системе норм, установленных властью, Дворкин приходит к заключению, что нормативная модель не дает удовлетворительного представления о праве и терпит провал при попытке приладить ее к сложностям и тонкостям существующей правовой практики. При этом он утверждает, что его теория права дает юристам шанс создать реально отражающий действительность портрет правовой системы.