ПРАВОВАЯ ДОКТРИНА

СЕРГЕЙ НИКОЛАЕВИЧ КАСАТКИН

Самарский государственный экономический университет

443090, г. Самара, ул. Советской Армии, д. 141

E-mail: kasatka_s@bk.ru

ORCHID: 0000-0001-5541-9181

SPIN-код: 6195-5396

DOI: 10.35427/2073-4522-2021-16-4-kasatkin

«ТЕОРИЯ ПРАВА» VS. «ТЕОРИИ СУДЕБНОГО РЕШЕНИЯ»: ОСНОВАНИЯ МЕТОДОЛОГИЧЕСКОЙ КВАЛИФИКАЦИИ ПРАВОВЫХ УЧЕНИЙ В ПОЛЕМИКЕ Р. ДВОРКИНА И ПОЗИТИВИСТОВ

Публикация подготовлена при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований, проекты № 18-011-01213 «Право как целостность — право как интерпретация: теоретико-методологическая и проблемно-историческая реконструкция доктрины юридического интерпретативизма Рональда Дворкина (1967–1986)» и № 20-011-00914 «Проект позитивизма сегодня: историческая траектория, проблемное поле и система юридического позитивизма в англо-американской традиции».

Аннотация. В статье исследуется нетрадиционный для отечественной литературы вариант соотношения и противопоставления теории права и теории судебного решения (юридического обоснования, правоприменения), представленный в рамках полемики в современной англо-американской юриспруденции между Рональдом Дворкином и сторонниками юридического позитивизма. Основная цель статьи — оценить состоятельность и импликации (заявляемой одним из ведущих позитивистов, Джозефом Разом) трактовки доктрины Р. Дворкина в качестве теории судебного решения, а не теории права.

Как результат в статье суммируются ключевые позиции рассматриваемой полемики, увязывающие право, судопроизводство и правоведческую методологию, исследуются их основания в свете критериев методологической организации и ценностной оценки правовых доктрин. Здесь, в частности, фиксируются доводы Р. Дворкина, который отстаивает невозможность исчерпать право фор-

мально установленными правилами, а критерии юридического — эмпирическими фактами, а также исключить ценностные составляющие из судебного рассуждения. Особо обсуждается идея Р. Дворкина о праве как толковании, по своей сути всегда предполагающем определение прежних политических решений в их наилучшем моральном свете, в связи с чем подчеркивается единая природа деятельности судьи, выносящего решение по делу, и теоретика, создающего правовую теорию, как конструктивного толкования права. Этому противопоставляются контраргументы позитивистов. На предметном уровне они продолжают защищать укорененность права в социальных установлениях / фактах, разделимость права и морали при возможности включения моральных элементов в число критериев юридического и структуру юридического обоснования, а также необходимость позитивистских критериев для тезисов Р. Дворкина. Методологически позитивисты настаивают на идее множественности правовых теорий, сохранении состоятельности и значимости проекта аналитической юриспруденции как ценностно-нейтрального описания права, а также на одновременной ограниченности и «империалистичности» рассуждений Р. Дворкина, абсолютизирующего свой интерпретативный подход.

В качестве общих выводов в статье подчеркивается относительность квалификации учения в качестве теории права или теории судебного решения, производной от принятых идейно-методологических и социальных условий теоретизирования, а также сравнительная независимость ценности учения от подобной квалификации. Отсюда, с одной стороны, признается слишком радикальным истолкование Р. Дворкином всех правовых доктрин по единому интерпретативно-ценностному стандарту, с другой стороны, видится ограниченной оценка Дж. Разом доктрины Р. Дворкина лишь в качестве теории судебного решения, уместная скорее в рамках позитивистской / аналитической традиции, испытывающей трудности с объяснением правоприменения и юридического обоснования.

Ключевые слова: правовая теория, методология юриспруденции, юридический позитивизм, Г. Харт, Р. Дворкин, Дж. Раз, понятие права, судебное решение, юридическая аргументация, правоприменение

SERGEY N. KASATKIN

Samara State University of Economics
141 Soviet Army str., Samara 443090
e-mail: kasatka_s@bk.ru
ORCID: 0000-0001-5541-9181
SPIN-код: 6195-5396

"THEORY OF LAW" VS. "THEORY OF ADJUDICATION": BASES OF METHODOLOGICAL QUALIFICATION OF LEGAL DOCTRINES IN POLEMICS BETWEEN R. DWORKIN AND POSITIVISTS

The reported paper was funded by RFBR, projects no. 18-011-01213 "Law as integrity — law as interpretation: theoretical-methodological and problem-historical reconstruction of Ronald Dworkin's doctrine of legal interpretivism (1967–1986)" and no. 20-011-00914 "The positivism project today: historical trajectory, problem field and system of legal positivism in the Anglo-American tradition".

Abstract. The article examines an (unconventional for Russian literature) version of correlation and opposition between a theory of law and a theory of adjudication (legal reasoning, law-enforcement), presented within a polemic in modern Anglo-American jurisprudence between Ronald Dworkin and supporters of legal positivism. The article primarily aims to evaluate validity and implications of an account of R. Dworkin's doctrine as a theory of adjudication, rather than a theory of law (claimed by one of the leading positivists, Joseph Raz).

As a result, the article summarizes key positions in the considered polemic, linking law, adjudication and jurisprudential methodology, and examines their foundations in a light of criteria of methodological organization and value-assessment of legal doctrines. Here, in particular, the contentions of R. Dworkin are stated who advocates impossibility of exhausting law with formally established rules, and criteria of the legal — with empirical facts, and of excluding value components from judicial reasoning. The article especially discusses R. Dworkin's concept of law as interpretation that in its essence always presupposes determination of previous political decisions in their best moral light, which thereby underscores the unified nature of activity of a judge deciding a case and of a theorist creating a legal theory as a constructive interpretation of law. This is opposed by counterarguments of positivists. At a subject-matter level, they continue to defend rootedness of law in social institutions / facts, separability of law and morality together with possibility to incorporate moral elements into tests of the legal and into a structure of legal justification, as well as the need of positivist criteria for R. Dworkin's theses. Methodologically positivists insist on the concept of plurality of legal theories, preservation of validity and significance of the project of analytical jurisprudence as a value-neutral description of law, as well as on a simultaneously limited and "imperialistic" character of R. Dworkin's reasoning, who absolutizes his interpretive approach.

As general conclusions the article emphasizes relativity of qualifications of any doctrine as a theory of law or a theory of adjudication, derived from accepted ideological-methodological and social conditions of theorizing, as well as comparative independence of a doctrine's value from such qualification. Hence, on one hand, R. Dworkin's treatment of all legal doctrines according to a unified interpretative-value standard is considered too radical. On the other hand, J. Raz's assessment of R. Dworkin's doctrine as only a theory of adjudication is seen as narrow, being rather

relevant within a framework of positivist / analytical tradition, which has difficulties in explaining legal reasoning and law-enforcement.

Keywords: legal theory; methodology of jurisprudence; legal positivism; H. Hart; R. Dworkin; J. Raz; concept of law; adjudication; legal reasoning; law-enforcement

1. Введение

В отечественной литературе по юриспруденции классическое судебное решение и его обоснование традиционно рассматриваются в рамках теории правоприменения. При этом правоприменение как деятельность управомоченных властных субъектов по осуществлению права в конкретных случаях («юридических делах») полагается прямым продолжением действующего права, обычно ассоциируемого с системой официально установленных и санкционированных правил поведения. «Ядро» правоприменения составляют субзумпция и дедукция: подведение частных случаев под общие понятия / нормы и выведение на этой основе соответствующих логико-нормативных следствий. В такой перспективе теория правоприменения полагается интегральной частью общей теории права и полностью вписывается в границы ее предмета и методологии.

Между тем изложенный взгляд (напоминающий подход «механической юриспруденции»¹) образует предмет разноплановой критики в зарубежном правоведении XX–XXI вв., порождая альтернативные модели правоприменения/ юридической аргументации², а также дискуссии об их соотношении с традиционными теориями права. Ярким примером таких дискуссий выступает полемика в современной англо-американской мысли между американским правоведом, автором доктрины юридического интерпретативизма, Рональдом Дворкином (1931–2013) и представителями юридического позитивизма.

Именно эта полемика и составляет общий предмет настоящей работы, исследующей как ключевые выпады Р. Дворкина в адрес позитивистской трактовки права, судопроизводства и правоведческой методологии, так и ряд контрдоводов со стороны позитивистов. Основное внимание в работе уделяется аргументу британо-израильского пра-

¹ Ср.: *Pound R. Mechanical Jurisprudence* // *Columbia Law Review*. 1908. Vol. 8. P. 605–523.

² См., например: *Hart H.L.A. Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, 1983. P. 62–72; *Dworkin R. Law's Empire*. Cambridge, Ma., 1986. Ch. 4–6; *Alexy R. A Theory of Legal Argumentation* / Transl. from German by R. Adler, N. MacCormick. Oxford, 2010; *Lucy W. Understanding and Explaining Adjudication*. New York, 1999; и др.

воведа Джозефа Раза (р. 1939), согласно которому учение Р. Дворкина — мыслящее право как толкование, сближающее позиции судьи и правоведа и отвергающее автономно-аналитический проект юриспруденции — есть не теория права, а лишь теория судебного решения. Как представляется, анализ оснований и следствий данного аргумента (как и полемики в целом) вскрывает важные методологические и ценностные аспекты юридического теоретизирования, а также дает интересный материал, значимый для проблематизации отношений теории права и теории правоприменения в отечественной науке.

2. Р. Дворкин против позитивистов: очерк позиций

Современный позитивизм в англо-американской мысли связан с фигурой Герберта Харта и его «аналитической» концепцией права, объясняющей понятие права на базе рефлексии принятого словоупотребления: «концептуального каркаса» правовой мысли³. Право осмысливается Г. Хартом в качестве «союза» первичных и вторичных правил. Основой права здесь считается факт принятия в сообществе правила признания, определяющего критерии юридического в системе, причем такие критерии полагаются не имеющими необходимой связи с моралью. Кроме того, здесь отвергается исчерпывающее предварительное правовое регулирование: наряду с ясными (типичными) случаями, всегда возможны спорные (пограничные) ситуации, когда право неопределенно и для решения дела необходимо судебское усмотрение — выбор между предусмотренными в праве исходами⁴. Методологически юридический позитивизм (проект «аналитической юриспруденции») позиционируется Г. Хартом в качестве общей, описательной и морально-нейтральной теории, автономной от образцов частного / пароклиального и нормативного рассуждения о праве, включая национально ориентированные доктрины применения права, предлагающие руководство должностным лицам по решению сложных дел⁵. Основой такой автономизации является различение анализа понятия права и того, в чем состоит право в конкретных случаях: общий вопрос «Что вообще такое право?» полагается отличным и независимым от вопроса «В чем состоит право в конкретном

³ См.: *Hart H.L.A. Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer* // *University of Pennsylvania Law Review*. 1956–1957. Vol. 105. P. 953–975; *Hart H.L.A. The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford, 1994. P. v. Ch. 1.

⁴ См.: *Hart H.L.A. The Concept of Law*. Ch. 5–9.

⁵ См.: *Ibid*. P. 239–244; *Raz J. Between Authority and Interpretation*. Oxford, 2009. Ch. 2–3.

случае?» в любой данной правовой системе⁶. Соответственно, позитивистская («аналитическая») теория нацелена именно на общее описание и отграничение права как системы правил, объяснение его нормативности и действительности⁷ — допускается, что юридические правила могут и не применяться конкретными судьями при решении конкретных дел, применяться частично либо использоваться в качестве «ширмы» и т.п., однако подобные практики мыслятся скорее как немногочисленные и периферийные⁸, а потому малозначимые для общей концептуализации права как нормативной системы.

Такой взгляд представляется несостоятельным Рональду Дворкину, который оспаривает позитивизм по целому ряду направлений (сформировав проблематику того, что впоследствии будет именоваться «спором между Хартом и Дворкином»)⁹. В рамках «доинтерпретативного» этапа критики Р. Дворкин настаивает на ключевой роли принципов в праве и судебном рассуждении: такие принципы обусловливают действительность юридических правил и выводов, имеют изменчивую природу, не ухватываемую критериями «правила признания», принимаются в правопорядке в силу своей легитимности / ценности, а не формализации и восходят к господствующей политической морали сообщества. Игнорирование принципов показывает несостоятельность позитивизма, сосредоточенного на формальных критериях («источниках») юридической действительности и разрывающего видимую в судебных решениях связь права и морали — несостоятельность и как теории судопроизводства, и как теории права в целом¹⁰.

Парируя выпады Р. Дворкина, его оппоненты либо допускают применение морально ангажированных правовых принципов и критериев юридической действительности («включающий» позитивизм¹¹),

⁶ См.: *Marmor A.* Interpretation and Legal Theory. 2nd ed. Oxford, Portland, Or., 2005. P. 27.

⁷ См., например: *The Cambridge Companion to Legal Positivism* / Ed. by T. Spaak, P. Mindus. Cambridge, 2021. Introduction; *The Legacy of John Austin's Jurisprudence* / Ed. by M. Freeman, P. Mindus. Dordrecht, 2013. P. 275 ff.; *Bulygin E.* Essays in Legal Philosophy / Ed. by C. Bernal et. al. Oxford, 2015. Ch. 8, etc.

⁸ См.: *Hart H.L.A.* The Concept of Law. P. 136, etc.

⁹ См., например: *Leiter B.* Naturalizing Jurisprudence. New York, 2007. Ch. 6; *Stavropoulos N.* The Debate That Never Was // *Harvard Law Review*. 2017. Vol. 130. P. 2082–2095.

¹⁰ См.: *Dworkin R.* Taking Rights Seriously. 2nd ed. Cambridge, Ma., 1978. Ch. 2–3, etc.

¹¹ См.: *Hart H.L.A.* The Concept of Law. P. 250 ff.

либо, наоборот, настаивают на возможности четкой идентификации содержания и границ права через отсылку к его принятым источникам (социальным фактам) и тем самым — на строгой дифференциации права и морали («исключающий» позитивизм¹²). В последнем случае право мыслится лишь как «установленное» право: даже если в спорных случаях судья уполномочивается обратиться к моральным и т.п. доводам, и даже если здесь подразумевается более широкий круг оснований судебного решения, это не делает мораль частью права¹³. Отсюда, по убеждению сторонников позитивизма, он не просто не утрачивает свою ценность, но и фиксирует базовые для выводов Р. Дворкина критерии различения правовых и неправовых принципов, в силу чего доктрина американского правоведа не образует альтернативы позитивизму, а является в лучшем случае «прикладной» или «гибридной»¹⁴.

В качестве ответа Р. Дворкин смещает акценты в полемике, сосредоточиваясь на феномене юридического толкования (по сути, рассуждения, аргументации), трактуемого им как частный случай более общей интерпретативной деятельности и как сердцевина феномена / института права¹⁵. Право полагается автором совокупностью практик обоснования суждений о правах и обязанностях¹⁶ или об использовании государственного принуждения¹⁷. Осмысление юридических практик не может быть ничем иным, нежели «конструктивным» / «творческим» толкованием, т.е. «наложением ценности на объект», его интерпретацией соответственно его смыслу или цели. Отсюда судебные решения уподобляются Р. Дворкином написанию романа «по цепочке», где каждый последующий судья («соавтор») должен и установить общий смысл прежних решений («глав»), и дать им в новых условиях наилучшее продолжение как интегральной части истории правовой системы («права как целостности»)¹⁸. Отсюда же и построения теоретика права, по Р. Дворкину, всегда имеют интерпретативный характер, одновременно описательный и оценочный в отношении юридической практики сообщества, базируются на его политической морали и выступают «молчаливым проло-

¹² См.: *Raz J. Ethics in the Public Domain*. Oxford, 1994. Ch. 10.

¹³ См.: *Ibid.* Ch. 10, etc.

¹⁴ См.: *Raz J. Dworkin: A New Link in a Chain* // *California Law Review*. 1986. Vol. 74. P. 1103–1119; *Leiter B.* Op. cit. Ch. 6.

¹⁵ См.: *Dworkin R. Law's Empire*. Ch. 2.

¹⁶ См.: *Dworkin R. Taking Rights Seriously*. Introduction.

¹⁷ См.: *Dworkin R. Law's Empire*. P. 190, etc.

¹⁸ *Ibid.* Ch. 2.

гом» любого решения в праве. Иными словами, теоретики и практики участвуют в одном и том же типе рассуждения — в («конструктивном») истолковании социальной / юридической практики сообщества, в ее представлении в наилучшем моральном свете¹⁹. Тем самым Р. Дворкин отрицает подразумеваемое в аналитической юриспруденции деление между общей теорией права (теорией его понятия или природы) и теорией юридического решения²⁰. С одной стороны, автор отвергает юридический позитивизм как «семантическую теорию», нацеленную на фиксацию критериев надлежащего употребления термина «право», игнорирующую споры по данным критериям в правовой системе («теоретические разногласия»), а главное — интерпретативный и, соответственно, пароклиальный, культурно ангажированный характер понятия права²¹. С другой стороны, он переописывает учение позитивизма в качестве «интерпретативной теории», обосновывающей применения государственного принуждения — доктрины «конвенционализма» — и также отвергает ее как неубедительную / дефектную²².

Предложенный «интерпретативный» подход, в свою очередь, также оспаривается позитивистами с помощью различных групп контрдоводов. Методологически одну из таких линий контраргументации составляют тезисы о множественности возможных правовых теорий, состоятельности проекта общей описательной и морально нейтральной правовой теории и его предполагаемой комплементарности учениям в духе Р. Дворкина²³.

В этом же контексте заявляется и разбираемый в настоящей статье тезис одного из лидеров позитивизма и последовательного оппонента Р. Дворкина, британско-израильского правоведа, Джозефа Раза. Для последнего суждения Р. Дворкина об интерпретативном и пароклиальном характере понятия права, юридической практики и юриспруденции и, как следствие, о невозможности построения абстрактно-аналитической теории права (соответствующей иностранным правовым системам, отражающим и развивающим крайне разные политические идеологии) необоснованны и односторонни²⁴. Если Г. Харт в «Пост-

¹⁹ См.: *Dworkin R.* Law's Empire. P. 64, 90, etc.

²⁰ *Ibid.* Ch. 3.

²¹ *Ibid.* Ch. 1–2.

²² *Ibid.* Ch. 4.

²³ См., например: *Leiter B.* Op. cit. Ch. 6; *Stavropoulos N.* Op. cit.

²⁴ См.: *Raz J.* Between Authority and Interpretation. P. 87; *Raz J.* Ethics in the Public Domain. P. 203.

скриптуме» к «Понятию права» говорит скорее о комплементарности своей теории и построений Р. Дворкина²⁵, то Дж. Раз более категоричен. Он подчеркивает, по сути, «империалистические» притязания Р. Дворкина на универсальность собственных позиций, не подкрепленные должными аргументами, которые показали бы невозможность выделения существенных черт права (независимых от политико-идеологического многообразия и важных для его понимания как формы социальной организации) и тем самым невозможность общей «аналитической» теории права²⁶. По мнению Дж. Раза, заявления Р. Дворкина о культурной ограниченности его доктрины равнозначны признанию отсутствия у него теории о природе права в противовес доктрине Г. Харта, более близкого к верной трактовке центральных элементов философии права (включая понимание природы «материнского» для Р. Дворкина американского права)²⁷. Как следствие, для Дж. Раза интерпретативизм Р. Дворкина — это «не столько объяснение права, сколько аргументированное рассуждение о том, как суды (особенно суды американские и британские) должны разрешать дела. Она содержит скорее теорию судебного решения, чем теорию (природы) права»²⁸. Более того, неспособность Р. Дворкина признать, что «эти две теории суть не одно и то же», полагается критиком «одной из причин провала его концепции задач и метода юриспруденции»²⁹: учение Р. Дворкина, унифицирующее любые правовые теории сообразно своему метаправоведческому стандарту и трактующее в этом ключе современный позитивизм с его притязаниями на автономию и эвристическую ценность, необоснованно и подлежит пересмотру.

3. «Теория права» и (или) «теория судебного решения»: комментарий к позитивистскому аргументу

Контраргумент Джозефа Раза в полемике с Рональдом Дворкином (рассматриваемый здесь без учета ряда нюансов спора оппонентов³⁰) видится методологически примечательным и многоаспектным, тре-

²⁵ См.: *Hart H.L.A.* The Concept of Law. P. 241.

²⁶ См.: *Raz J.* Between Authority and Interpretation. P. 86.

²⁷ Ibid. P. 87.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

³⁰ См.: *Dworkin R.* Law's Empire. P. 31 ff.; *Raz J.* Between Authority and Interpretation. P. 49 ff.

буя осмысления в более широком контексте оснований построения и дифференциации правовых теорий.

Во-первых, хотя заявление Дж. Раза и нельзя считать универсальным для позитивистских визави Р. Дворкина, оно воплощает взгляд, весьма характерный для традиции позитивизма в англо-американской мысли (и, так или иначе, за ее пределами), начиная с его основания.

Так, в конце XVIII — начале XIX в. Джереми Бентам и Джон Остин формулируют свои проекты аналитической юриспруденции, призванной обеспечить логически строгое и адекватное описание базовых правовых понятий и тем самым стимулировать реформу «общего права» на рациональных (утилитаристских) началах, снабжая юристов ясными и эффективными инструментами практической деятельности³¹. Определяя границы юриспруденции, ученые ассоциируют право прежде всего с командами суверена, которые обеспечены санкциями на случай неисполнения, и рассматриваются / действуют независимо от их моральной оценки³². На этом фоне вопросы судопроизводства и судебного решения децентрируются и ценностно, и предметно-методологически. С одной стороны, судебное решение мыслится авторами как логически строгое следование закону — судебное правотворчество трактуется либо как подрывающее ясность, рационализм и целостность кодифицированного права и принцип разделения властей (Дж. Бентам)³³, либо как потенциально полезное для общества, но проблемное по своему официальному статусу (выводимое из «молчаливой команды» суверена) и допустимое лишь в ограниченных рамках неопределенности (Дж. Остин)³⁴. С другой стороны, сама теория судебного решения (и в целом юридического обоснования), по сути, выводится за рамки предмета аналитической юриспруденции³⁵.

Схожие моменты присущи и ключевым позитивистам XX столетия, продолжающим на обновленных методологических началах проект общей теории права. Так, «чистое учение о праве» Ганса Кельзе-

³¹ См.: *Bentham J.* A Fragment on Government. Oxford, 1891. P. 98 ff.; *Austin J.* Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law. 2nd ed. 3 vols. London, 1861–1863. P. 1106 ff.

³² См.: *Bentham J.* Limits of Jurisprudence Defined. New York, 1945. P. 88; *Austin J.* Op. cit. P. 1.

³³ См.: *Bentham J.* A Fragment on Government. P. 177 ff.

³⁴ См.: *Austin J.* Op. cit. P. 641 ff.

³⁵ См.: *Bentham J.* Fragment on Government. P. 463; *Postema G.* Bentham and the Common Law Tradition. Oxford, 1986. Introduction; The Legacy of John Austin's Jurisprudence. P. 36.

на сосредоточено на методологической ректификации правоведения и выстраивании системно-иерархической модели правопорядка. Отсюда многочисленные труды мыслителя практически не касаются юридической аргументации, а его трактовка правоприменения во многом ограничена идеей приложения нормы как деонтико-интерпретативной рамки к конкретным фактам, дополняемого правоприменительным усмотрением³⁶. То же касается и Герберта Харта, для которого обращение к проблемам судебного решения обусловлено базовой задачей прояснения общего понятия права и, как следствие, необходимостью обоснования его нормативности (и значимости соответствующей теории) перед скептическим вызовом американских реалистов, для которых право есть «то, что скажет суд». Отсюда доктрина судебного решения Г. Харта, по сути, опирается на исходный позитивистский тезис о судьях, которые следуют принятым юридическим правилам, предопределяющим исход в большинстве случаев, но обладают усмотрением в ограниченном числе потенциальных пограничных ситуаций, причем усмотрением, понятым как рациональный выбор / «взвешивание» и продолжение имеющихся правовых предписаний³⁷. В этом контексте Джозеф Раз, критикуя Р. Дворкина и вводя собственную теорию юридического обоснования, категорично отличаемую им от своей теории права как объяснения его природы и базовых черт³⁸, по сути, лишь следует в русле позитивизма и проекта аналитической юриспруденции.

Во-вторых, квалификация Дж. Разом учения Р. Дворкина в качестве теории судебного решения, как, впрочем, и сам унифицирующий подход последнего, подразумевают приверженность ряду — весьма дискуссионных — методологических допущений, подрывающих универсализм и (или) убедительность даваемых оценок.

Так, очевидно, что решение обсуждаемого оппонентами вопроса о соотношении / границах теории права и теории судебного решения (правоприменения) зависит от целого ряда параметров. В частности,

³⁶ См.: *Kelsen H. Pure Theory of Law* / Trans. from the 2nd (revised and enlarged) German edition by M. Knight. Berkeley and Los Angeles, 1967. Ch. VIII; *Paulson S. Kelsen on Legal Interpretation* // *Legal Studies*. 1990. Vol. 10. P. 136–152; *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*. P. 36.

³⁷ См.: *Hart H.L.A. Essays in Jurisprudence and Philosophy*. P. 62–72; *Hart H.L.A. The Concept of Law*. Ch. 7; *Hart H.L.A. Discretion* // *Harvard Law Review*. 2013. Vol. 127. P. 652–665.

³⁸ См.: *Raz J. Ethics in the Public Domain*. Ch. 14; *Raz J. Between Authority and Interpretation*. Ch. 3, 8, 14.

оно детерминировано методологическими стандартами построения самой правовой теории: тем, как понимаются ее предмет, цели, возможности и методы их достижения, условия «истинности» ее утверждений, критерии оценки и т.д. Важную роль здесь будет играть и принятое / сконструированное понимание права, задающее точку отсчета и границы «развертывания» его концептуализации. В свою очередь, эти факторы так или иначе обуславливаются социальным контекстом создания и функционирования теорий, мировоззрением и статусом ее пользователей и критиков, характером первоочередных задач и проблем, «духом времени» и т.п. Многообразие названных параметров и их комбинаций делает вполне легитимным идейно-методологический плюрализм правовых доктрин.

Применительно к рассматриваемой полемике такой вывод подкрепляет прежде всего ряд установок позитивистов: вопреки Р. Дворкину, все множество правовых теорий (или даже «успешных» правовых теорий) несводимо к юриспруденции «внутренней точки зрения», центрирующей взгляд судьи и сосредоточенной на рефлексии и легитимации оснований правоприменения, их «конструктивной» / моральной интерпретации, а равно не должно толковаться исключительно в таком ключе. Отсюда, видится вполне допустимым позитивистский (и в целом «классический») проект концептуализации права, направленный на ценностно-нейтральное описание его понятия и свойств вне конкретного пространства и времени³⁹: задача общего описания действительного права вполне может мыслиться как самостоятельная и обособленная от задач разработки нормативных стандартов юридической аргументации, изучения реальной практики официальных решений, ее критики, выработки проектов реформирования правоприменения и т.д. Как итог, следует скорее согласиться с Дж. Разом и другими исследователями в том, что аргументы Р. Дворкина в «Империи права» не достаточно весомы для полного дезавуирования проекта общей (аналитической) правовой теории, особенно если учесть последующие упреки Р. Дворкина в неспособности разграничить формирование установок в отношении ценностей и их принятие⁴⁰ или же отличить моральные ценности от иных, например эпистемологических, ценностей правовых учений⁴¹. Это касается и состоятельности

³⁹ См.: *Raz J. Between Authority and Interpretation*. Ch. 2–3.

⁴⁰ См.: *Hart H.L.A. The Concept of Law*. P. 244; *Marmor A. Op. cit.* P. 42 ff.

⁴¹ См.: *Raz J. Ethics in the Public Domain*. Ch. 10; *Dickson J. Evaluation and Legal Theory*. Oxford, 2001; *Leiter B. Op. cit.* Ch. 6.

общей правовой теории в познании инокультурных обществ с помощью принятого понятия права⁴². Однако при сохранении веса «универсализирующей» перспективы такая теория по-прежнему нуждается в контрдоводах «парокиальному вызову» Р. Дворкина — в обосновании критериев, согласно которым правовые конструкты одной культуры интерпретируются именно как правовые в других культурах, а объяснение права в рамках «нашей» / «материнской» культуры будет верным и за ее пределами.

Вместе с тем довод идейно-методологического плюрализма в концептуализации права, обращенный непосредственно к оценке взглядов Р. Дворкина как «теории судебного решения», релятивирует уже позицию Дж. Раза. Таковая будет скорее уместной для тех, кто разделяет позитивистскую трактовку права и (или) проекта теории права как объяснения его понятия или природы — альтернативные трактовки будут рождать иные классификации. Другими словами, исповедуемое Р. Дворкином представление о праве как о практиках толкования и аргументации, наиболее явленных в судопроизводстве, представление, которое подчеркивает отсутствие у права строгих границ, его несводимость к формальным «источникам», подлежащим интерпретации в контексте различных доводов и стандартов, установление права через переопределение его истории и «целостности» в наилучшем моральном свете и проч., может вполне легитимно называться «теорией права» — просто теорией, отличной от позитивизма и соперничающей с ним. А если так, то центральной в подобном споре по-прежнему остается конкуренция оснований выбора / конструирования понятия и теории права, требующая соизмерения целей, сфер и преимуществ обсуждаемых вариантов правоведческой концептуализации.

Важным для оценки позиции Дж. Раза является и вопрос о состоятельности допущения о взаимной автономии теории права и теории судебного решения (правоприменения, юридической аргументации). Таковое весьма распространено в сегодняшних дебатах в англоязычной литературе (например, когда говорят о дефектах трактовки Г. Хартом высказываний американских реалистов, необоснованно вменяющего им наличие определенной, и примитивной, теории права⁴³, или когда подчеркивают некорректность нападок Р. Дворкина, приписывающего Г. Харту наличие разработанной теории судебного ре-

⁴² См.: *Raz J.* Between Authority and Interpretation. P. 87.

⁴³ См.: *Leiter B.* Op. cit. Ch. 2; *Green M.S.* Legal Realism as Theory of Law // *William and Mary Law Review*. 2005. Vol. 46. P. 1975 ff.

шения⁴⁴). Как и в рассмотренных выше случаях, состоятельность данного допущения задано рядом метаустановок пользователей теории и ее социальным контекстом, в частности, тем, насколько важным является судопроизводство для известного нам права⁴⁵. Так, Р. Дворкин, по сути, демонстрирует тип рассуждения «юриста»⁴⁶, центральный для американской мысли (отражающей огромную роль суда в американской политике и праве) и трактующий любую теорию права в качестве теории судебного решения и юридического обоснования⁴⁷. И наоборот, для многих представителей позитивизма, включая Дж. Раза, теория права вполне состоятельна и без специального обсуждения судопроизводства, в противовес, например, объяснению правовой нормативности⁴⁸. Соответственно, поскольку позитивистская теория права претендует на постижение его существенных или наиболее важных свойств, состоятельность квалификации Дж. Разом учения Р. Дворкина в рамках позитивистской традиции будет зависеть от — неоднозначного — ответа на вопросы, относим ли мы судопроизводство к центральным элементам права и может ли тем самым теория права, не включающая анализ судебного решения, быть удовлетворительной теорией права для сегодняшних развитых демократий⁴⁹.

Так или иначе, традиционная (вслед за Дж. Бентамом и Дж. Остином) автономизация предмета позитивистской / аналитической теории права от вопросов судопроизводства вызывает и ряд других ее затруднений.

Прежде всего, феномен юридических решений / обоснований порождает серьезный вызов для общего проекта позитивизма. «Классический» позитивизм претендует на описание права, как оно есть (в противовес праву, каким оно должно быть), — права как социального института, регулирующего поведение и разрешение социальных споров («юридических дел»). Между тем, по факту, для надлежащего решения таких дел дедукции из «официальных материалов» («установ-

⁴⁴ См.: *Gardner J.* Legal Positivism: 5 ½ Myths // *American Journal of Jurisprudence*. 2001. Vol. 46. P. 221–214; *Schauer F.* (Re) Taking Hart // *Harvard Law Review*. 2006. Vol. 119. S. IV.

⁴⁵ См.: *Schauer F.* Op. cit. S. IV.

⁴⁶ См.: *Raz J.* Ethics in the Public Domain. P. 202.

⁴⁷ См.: *Bix B.* Legal Positivism // *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* / Ed. by M.P. Golding, W.A. Edmundson. Singapore, 2005. P. 31.

⁴⁸ См.: *Coleman J.L.* Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis // *Legal Theory*. 1998. Vol. 4. P. 386.

⁴⁹ См.: *Schauer F.* Op. cit. S. IV.

ленного права»), в лучшем случае, недостаточно, и требуется обращение к «праву, которое должно рассматриваться, как существующее»⁵⁰, что составляет важный элемент действующего правопорядка как заявленного объекта теоретического описания. Однако для позитивизма это означает необходимость включения в теорию права особой теории юридической аргументации / судебного решения, выступающей «гибридом» сущего и должного, что, в свою очередь, подрывает базовый тезис позитивизма о разделении права и морали и, по сути, весь проект аналитической юриспруденции. Либо, вопреки целям позитивизма, это означает сведение действующего права к «источникам» / «формальным материалам», а юридической аргументации — к дедукции из этих материалов (что больше напоминает доктрину идеального позитивного права), и, как результат, ограничение предмета аналитической теории и ее объяснительного потенциала «ясными случаями» правоприменения⁵¹.

Судя по всему, Дж. Раз и другие тяготеют именно к этому, второму, варианту, компенсируя недостатки позитивистской теории права введением самостоятельной теории судопроизводства / юридической аргументации. Однако даже в таком случае построения позитивистов порождают вопросы: получается, что теория права, заявленная в качестве его описания как социального института, существенно расходится с реальными практиками, т.е. с тем, что можно считать «материей» или «жизнью» права и что образует фактуальную базу создания и проверки теоретических утверждений. Расходится позитивистская теория и с восприятием участников правового общения: говоря большинству судей и адвокатов, что «чем бы они ни занимались, они не занимаются правом, когда заняты прозаической рутинной своей адвокатской практики или судебной жизни», она теряет «аналитическую достоверность»⁵². Попытка представить практический опыт как заблуждение, противоречащее природе права⁵³, не выглядит убедительным, не говоря о ее конфликте с «герменевтической» установкой, воспринятой позитивизмом после Г. Харта и вменяющей адекватной правовой теории необходимость учета «внутренней точки зрения»⁵⁴. Все это

⁵⁰ См.: The Legacy of John Austin's Jurisprudence. P. 34.

⁵¹ См.: Ibid. P. 37.

⁵² Hutchinson A. The Province of Jurisprudence Democratized. New York, 2009. P. 77–78.

⁵³ См.: Raz J. Op. cit. P. 204 ff.

⁵⁴ См.: Hart H.L.A. Essays in Jurisprudence and Philosophy. P. 13–14; The Legacy of John Austin's Jurisprudence. P. 1 ff.

показывает уязвимость позитивистского проекта, усиливая вес альтернативных моделей в духе Р. Дворкина, сосредоточенных на правоприменении и юридической / судебной аргументации.

В-третьих, как бы ни проводились дисциплинарные границы между правовыми теориями, это не снимает самостоятельного вопроса о ценности последних. Зачастую подразумевается, что общая теория права имеет большую значимость чем, например, теория судебного решения, выступая, при прочих равных, объяснением более фундаментального порядка. Однако это может оказаться неверным как в общем плане (ценность теории зависит от субъекта-пользователя, его потребностей в конкретном контексте, наличия средств их удовлетворения и т.п.), так и при сопоставлении конкретных доктрин: в данном случае при утверждении приоритета позитивистской «теории права» Джозефа Раза и других над условной «теорией судебного решения» Рональда Дворкина.

Как отмечалось, хотя проект общей аналитической юриспруденции имеет признание и распространенность в зарубежной правовой науке, он не выступает в качестве родовой теории для «доктрин судопроизводства», подобным учению Р. Дворкина, базируясь на отличных идейно-методологических началах. Отсюда более высокая степень абстрактности суждений Дж. Раза и других не означает их заведомого ценностного приоритета. Это тем более верно, учитывая важные ограничения позитивистских трактовок судебного решения и юридической аргументации. Аналитическая рамка позитивизма допускает создание лишь общей модели правоприменения (судопроизводства) по образцу субзумпции и дедукции. Позитивизм молчит именно там, где теоретическое руководство для правоприменителей особенно необходимо и где требуется выход за пределы «официальных материалов»: в «сложных» судебных делах с неопределенностью правовых оснований или даже с явным противоречием политически мотивированного закона базовым началам права и морали⁵⁵. Как максимум, позитивистская теория позволяет констатировать случаи «открытости» права, провозгласить наличие у судьи усмотрения и описать типичные способы решения подобных ситуаций, а также, в этой связи, исключить потенциальные концептуальные заблуждения в правоприменительной доктрине — остальное же отдается ей на откуп другим теориям или самому

⁵⁵ См.: *Dworkin R. Taking Rights Seriously. Ch. 2; Fuller L. Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart // Harvard Law Review. 1958. Vol. 71. P. 630–672; Alexy R. Op. cit.; и др.*

правоприменителю. Концентрация современного позитивизма на крайне абстрактных понятийных вопросах ведет к снижению его социальной / политической востребованности, а также к усугублению разрыва теоретиков права и практикующих юристов⁵⁶.

Фиксация названных ограничений, однако, не означает ни автоматического отрицания ценности общей позитивистской теории права (в том числе в вопросах, не связанных с судопроизводством), ни тем более автоматического признания ценности интерпретативной и доктринально ориентированной теории Р. Дворкина (использование которой за пределами англо-американского права требует культурной реконтекстуализации). Скорее это то, что подлежит «взвешиванию» в рамках — более уместного здесь — переноса предмета обсуждения с дебатов о статусе правовой теории (как «теории права» или «теории судебного решения») на прямое установление их ценности в различных идеологических, методологических, практических, целевых и т.п. контекстах.

4. Заключение

Таким образом, позиции обеих сторон в изложенном споре нельзя оценить однозначно. С одной стороны, доводы Р. Дворкина кажутся недостаточными для устранения плюрализма правовых доктрин (включая самостоятельность аналитической юриспруденции), а их переописание по единому интерпретативно-ценностному стандарту представляется слишком радикальным. С другой стороны, ограниченным видится и сведение Дж. Разом доктрины Р. Дворкина до статуса теории судебного решения. Такая оценка уместна скорее в рамках позитивистской традиции, которая сама испытывает проблемы с объяснением правоприменения / судопроизводства: с необходимостью примирить методологические стандарты общего фактуального и морально-нейтрального описания с «гибридным» характером юридической аргументации.

В общем плане анализ полемики Р. Дворкина и позитивистов показывает многоаспектность связи теории права и теории судебного решения, важность ее уяснения в более широкой перспективе: квалификация правовой доктрины в качестве теории права или теории судебного решения является относительной и задается идейно-методологическими и социальными условиями теоретизирования, а рав-

⁵⁶ См.: The Legacy of John Austin's Jurisprudence. P. 38 ff.

но не предопределяет ценности такой доктрины, требующей прямой и самостоятельной оценки. Полемика дает и значимый материал для рефлексии в отечественной теории правоприменения, которая на ее фоне выглядит предметно и методологически упрощенной, игнорирующей множественность оснований юридических решений и реальные практики обоснования и продолжающей мыслить судопроизводство по образцу логически заданного и сравнительно беспроблемного приложения официальных норм к фактическим ситуациям.

REFERENCES

Alexy, R. (2010). *A Theory of Legal Argumentation*. Transl. from German by R. Adler, N. MacCormick. Oxford: Oxford University Press [German ed.: Alexy, R. (1978) *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp].

Austin, J. (1861–1863). *Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law*. 2nd ed. 3 vols. London: J. Murray.

Bentham, J. (1891). *A Fragment on Government*. Oxford: Clarendon Press.

Bentham, J. (1945). *Limits of Jurisprudence Defined*. New York: Cambridge University Press.

Bix, B. (2005). Legal Positivism. In: M.P. Golding, W.A. Edmundson, eds. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Singapore: Blackwell, pp. 29–49.

Bulygin, E. (2015). *Essays in Legal Philosophy*. C. Bernal et al. eds. Oxford: Oxford University Press.

Coleman, J.L. (1998). Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. *Legal Theory*, vol. 4, pp. 381–425.

Dickson, J. (2001). *Evaluation and Legal Theory*. Oxford, Portland, Or.: Hart Publishing.

Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously*. 2nd ed. Cambridge, Ma.: Harvard University Press.

Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge, Ma.: Harvard University Press.

Freeman, M., Mindus, P. eds. (2013). *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*. Dordrecht: Springer.

Fuller, L. (1958). Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, vol. 71, pp. 630–672.

Gardner, J. (2001). Legal Positivism: 5½ Myths. *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, pp. 199–227.

Green, M.S. (2005). Legal Realism as Theory of Law. *William and Mary Law Review*, vol. 46, pp. 1915–2000.

Hart, H.L.A. (1956–1957). Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105, pp. 953–975.

Hart, H.L.A. (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.

Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law*. 2nd ed. with Hart's *Postscript*. Oxford: Clarendon Press.

Hart, H.L.A. (2013). Discretion. *Harvard Law Review*, vol. 127, pp. 652–665.

Hutchinson, A. (2009). *The Province of Jurisprudence Democratized*. New York: Oxford University Press.

Kelsen, H. (1967). *Pure Theory of Law*. Trans. from the 2nd (revised and enlarged) German edition by M. Knight. Berkeley and Los Angeles: California University Press [German ed.: Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre*. Vienna: Franz Deuticke].

Leiter, B. (2007). *Naturalizing Jurisprudence*. New York: Oxford University Press.

Lucy, W. (1999). *Understanding and Explaining Adjudication*. New York: Oxford University Press.

Marmor, A. (2005). *Interpretation and Legal Theory*. 2nd ed. Oxford, Portland, Or.: Hart Publishing.

Paulson, S. (1990). Kelsen on Legal Interpretation. *Legal Studies*, vol. 10, pp. 136–152.

Postema, G. (1986) *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford: Clarendon Press.

Pound, R. (1908). Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review*, vol. 8, pp. 605–523.

Raz, J. (1986). Dworkin: A New Link in a Chain. *California Law Review*, vol. 74, pp. 1103–1119.

Raz, J. (1994). *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Oxford University Press.

Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.

Schauer, F. (2006). (Re)Taking Hart. *Harvard Law Review*, vol. 119, pp. 852–883.

Spaak, T., Mindus, P. eds. (2021). *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. Cambridge: Cambridge University Press.

Stavropoulos, N. (2017). The Debate That Never Was. *Harvard Law Review*, vol. 130, pp. 2082–2095.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Касаткин Сергей Николаевич — доцент кафедры теории права и философии Самарского государственного экономического университета, кандидат юридических наук, доцент.

AUTHOR'S INFO:

Sergei N. Kasatkin — Associate Professor at Theory of Law and Philosophy Department, Samara State University of Economics, Candidate of Legal Sciences, Docent.

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:

Касаткин С.Н. «Теория права» vs. «теории судебного решения»: основания методологической квалификации правовых учений в полемике Р. Дворкина и позитиви-

стов // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2021. Т. 16. № 4. С. 21–40. DOI: 10.35427/2073-4522-2021-16-4-kasatkin

FOR CITATION:

Kasatkin, S.N. (2021) "Theory of Law" vs. "Theory of Adjudication": Bases of Methodological Qualification of Legal Doctrines in Polemics Between R. Dworkin and Positivists. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN — Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*, 16(4), pp. 21–40. DOI: 10.35427/2073-4522-2021-16-4-kasatkin