

УДК 340.12
ББК 67.0я73
А 45

А 45 **Антропологія права : філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : Статті учасників восьмого Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 7-8 грудня 2012 року).** – Львів : Галицький друкар, 2013. – 596 с.

Засновник видання: Лабораторія дослідження теоретичних проблем прав людини юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка.

У збірці представлено наукові статті, підготовлені учасниками восьмого Міжнародного круглого столу «Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)», який відбувався на юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка 7-8 грудня 2012 року.

ББК 67.0я73

Статті друкуються в авторській редакції.

- © М. Альчук, Є. Атрашкевич, А. Бабешко, О. Балинська, А. Бернюков, Д. Бочаров, О. Бочков, О. Венецька, Д. Вовк, В. Гончаров, А. Дідікін, Т. Дудаш, А. Дудчик, Б. Єсенкулова, О. Івашкевич, І. Іванніков, С. Касаткін, Д. Кобринський, Ю. Козенко, О. Костенко, Д. Лук'янов, О. Макаренко, В. Малига, Б. Мелкевік, Г. Мягких, К. Наумова, О. Никитченко, Л. Ніколаєва, В. Оглезнев, І. Осветимська, О. Павлишин, О. Панкевич, В. Петрушенко, С. Погребняк, О. Познякова, С. Прийма, П. Рабінович, С. Рабінович, Ю. Размстаєва, І. Рубець, Н. Сагохіна, А. Сєрьогін, В. Смородинський, В. Стаценко, В. Токарьов, В. Трутень, О. Уварова, М. Фабрикант, К. Хахуліна, А. Червяцова, В. Шафіров, М. Швед, С. Шевцов, Р. Шульга, В. Янч, 2013.
- © Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2013.

ISBN 978-966-970-443-6

ПРОБЛЕМА НОРМАТИВНЫХ ОСНОВАНИЙ СУДЕБНОГО РЕШЕНИЯ: КОНЦЕПЦИЯ ПРАВОВОЙ НЕОПРЕДЕЛЕННОСТИ Г. ХАРТА И ЕЕ КРИТИКИ

С. Касаткин

*Самарская гуманитарная академия,
г. Самара, ул. Дыбенко, 21, e-mail: kasatka_s@bk.ru*

Проблематика юридической аргументации и судебного решения составляет актуальную повестку современного теоретического правоведения и юридической практики. Этим во многом и обусловлен интерес к анализу соответствующих концепций в зарубежной юриспруденции и, в частности, обращение к учению британского мыслителя Герберта Л. А. Харта (1907–1992), предложившего ряд базовых позиций в данной сфере. В свете сказанного настоящая работа представляет собой обзор ключевых положений концепции Герберта Харта о правовой неопределенности и судебском усмотрении, а также основных направлений ее критики. Изложение материала будет идти от разбора онтологического / дескриптивного тезиса автора о фундаментальной недоопределенности права и юридического языка [19] (с особым акцентом на трактовке ученым понятий ясного и пограничного случаев употребления) к анализу наиболее распространенных в англо-американской юриспруденции критических (как умеренных, так и радикальных) замечаний в адрес Харта, их обоснованности и оспоримости, и, наконец, к общей оценке учения британского философа в свете высказанных положительных и отрицательных аргументов.

Неопределенность в праве и судебное решение: обзор концепции Г. Харта. Герберт Харт дает свое видение нормативных оснований судебного решения в контексте построения им собственной версии юридического позитивизма и в русле идей аналитической лингвистической философии. Его учение претендует на общее морально-нейтральное описание права и базируется на трактовке правила (*rule*) как поведенческого образца / практики, принимаемых членами сообщества в качестве стандарта (собственного и чужого) действия, основания для порицания и наказания. Отсюда право мыслится философом в качестве системы первичных и вторичных правил, т.е. норм, налагающих обязанности, и метанорм, наделяющих властью, обеспечивающих сохранение и воспроизводство правил первого порядка – правил признания,

изменения и (судебного) решения. Особая роль принадлежит здесь правилу признания: оно определяет формы правотворчества / критерии юридического в системе, имеет особый модус существования (проявляясь в согласованной практике / конвенции судей и должностных лиц по определению того, что является правом в сообществе), и обеспечивает возможности идентификации права без обращения к морали (притом, что допускается установление соответствия содержательным ценностям или моральным принципам в качестве критерия юридической действительности нормы / решения (тезис «мягкого», включающего позитивизма) [5].

Концепция Харта включает в себя и собственную трактовку (нормативных оснований) судебного решения, ключевым элементом которой является его учение о правовой недоопределенности и судебском усмотрении, составляющее в рамках данной работы наш главный интерес. Данное учение можно рассматривать в качестве ответа философа на соответствующую острую полемику, существовавшую (и существующую) в западной (англо-американской) юриспруденции. Точкой отсчета / объектом критики здесь выступал юридический формализм (классический юспозитивизм), рассматривающий право в качестве «закрытой системы» стандартов, содержащей в себе все ответы на правовые вопросы, которые судья механически, посредством логических средств выводит из официальных материалов / установлений и применяет к конкретным случаям. Ключевой же вызов этой позиции исходил от нормативного скептицизма (американского правового реализма), отстаивавшего (радикальную) неопределенность права, неспособность самих по себе официальных стандартов предопределить решение по делу (по известному выражению О.У. Холмса мл., «общие положения не решают конкретных дел» [12, р. 39–40]), подчеркивающего доминирующую роль ненормативных / неправовых факторов: по мнению реалистов, судьи реагируют не на правила, а на конкретные фактические ситуации и действуют в их отношении согласно собственным психологическим особенностям и / или усвоенным стереотипам, принятым в их кругу, культуре, сообществе; правила же имеют подчиненное значение в юридическом решении либо вообще не играют никакой роли, выступая элементом официальной риторики и легитимации решения *post factum*.

В этом контексте – пытаюсь противостоять нормативному скептицизму – Харт и формулирует свою концепцию правовой неопределенности и судебного решения [21, с. 254–256 и др.]. Главный

(онтологический / дескриптивный) тезис Харта заключается в утверждении частичной / умеренной неопределенности права, производной от сущностной неопределенности языка, что исключает способность юридических стандартов выступать исчерпывающим нормативным основанием судебного решения (полностью предопределять исход дела во всех возможных случаях) и обуславливает необходимость / неизбежность судебного усмотрения: неопределенность знака (термина, фразы) / (юридического) языка → неопределенность (юридического) правила → неопределенность права → судебское усмотрение (правотворчество).

Рассуждая в русле идей философов-аналитиков (Дж. Л. Остина, Л. Витгенштейна, Ф. Вайсмана и др.) – трактовки языка как деятельности, значения как употребления, правила как практики и т.п. [21; 18] – Харт отстаивает социальный (конвенциональный, нормативный) характер связи между знаком и референтом, (юридическим) термином / правилом и социальной ситуацией, фиксирует существование и различие ясных (центральных, очевидных, простых) и неясных (периферийных, проблемных, сложных) случаев употребления знака / правила, присущего им «ядра» (*core*) и «полутени» (*penumbra*) значения, указывает на неопределенность («открытую структуру» (*open texture*)) сложившихся образцов и дефиниций в пограничных обстоятельствах, возникающую при использовании как общих формул (статутов), так и авторитетных примеров (прецедентов).

Так, исследуя проблемы определенности значения общего термина / юридической регламентации на примере нормы «Нахождение транспортного средства в парке запрещено», Харт пишет: «Конкретные фактические ситуации не ожидают нас уже выделенными друг относительно друга и отмеченными в качестве примеров употребления общего правила, исследуемого на предмет его применения; не может и само такое правило выступить вперед, чтобы заявить о примерах своего собственного употребления. Во всех областях опыта <...> существует предел, свойственный природе языка, по отношению к тому руководству, которое может обеспечить язык общих терминов (*general language*). Действительно, будут иметь место ясные (*plain*) случаи, постоянно повторяющиеся в схожих обстоятельствах, по отношению к которым четко применимы соответствующие общие выражения («Если что-то и является транспортным средством, то это – [легковой] автомобиль»), но наряду с этим будут существовать и случаи, когда непонятно, применяются ли к ним подобные выражения или нет («Рас-

пространяется ли используемый здесь термин ‘транспортное средство’ на велосипеды, самолеты, роликовые коньки?»). К последним относятся фактические ситуации, которые непрерывно подбрасывает природа или человеческое изобретение, обладающие лишь некоторыми из признаков, свойственных ясным случаям, имея также иные признаки, которые у таковых отсутствуют. <...> Ясные случаи, когда общие термины, как кажется, не нуждаются в толковании и когда определение примеров их употребления видится беспроблемным или «автоматическим», суть только знакомые случаи, постоянно повторяющиеся в схожих обстоятельствах, по которым имеется общее согласие в суждениях относительно применимости классифицирующих терминов» [5, р. 126]. И далее: «Общие термины были бы для нас бесполезны в качестве средства общения, если бы не было таких знакомых, в целом не подвергающихся сомнению случаев. Но модификации знакомого тоже требуют классификации с помощью общих терминов, которые в любой рассматриваемый момент образуют часть наших языковых ресурсов. Здесь мы ввергаемся во что-то, похожее на кризис коммуникации: имеются доводы и «за», и «против» использования нами общего термина, и никакая устойчивая конвенция или общее соглашение не диктует его употребление или, наоборот, отказ от такового человеком, проводящим классификацию. Для того чтобы разрешить имеющиеся в таких случаях сомнения, всякий, кто стремится к этому, должен совершить нечто вроде выбора между открытыми альтернативами» [5, р. 126–127].

Таким образом, Харт раскрывает (юридические) понятия / термины и правила как составляющие социальной / лингвистической жизни сообщества, существующие в качестве устоявшихся, типизированных, институционализированных элементов социальной практики, отражаемых в языке как практическом инструментарии и руководимых / организуемых последним. Характер такой практики, возникающих ситуаций и, следовательно, языковых ресурсов неоднороден и различается по степени типичности, привычности, устойчивости, повторяемости, разработанности и т.п. Соответственно различается и ясность употребления лингвистических единиц, а также способность содержащих их правил выступать в качестве нормативных оснований действия и судебного решения [21].

По Харту, существование *ясного случая* («ядра» значения) – по сути, существование значения и правила вообще – возможно как соединение 1) некоего набора устойчивых практических ситуаций, и 2) согласованного опыта / инструментария обхождения с ними. Т.е.,

речь идет о наличии постоянно воспроизводимых и схожих между собой социально значимых ситуаций, которые определенным образом идентифицируются в сообществе, становятся знакомыми, распознаются через совокупность неких устойчивых, типичных проявлений / признаков, закрепляются в языке / рассуждениях, в их отношении формируется общее согласованное употребление (конвенция), вырабатываются, транслируются и усваиваются навыки и стандарты правильного обозначения, классификации, квалификации данных ситуаций. Устойчивость ситуаций, наличие и воспроизводство общей конвенции и навыков их обозначения (соотнесения с референтами), в свою очередь, обеспечивает очевидность / простоту употребляемых языковых единиц, основанных на них нормативных положений и вменяемых статусов (включая юридические термины, правила и заключения), автоматизм, несомненность и непосредственность применения, отсутствие необходимости специального рассуждения, обращения к анализу, разъяснениям, оправданиям, помощи «экспертов», осуществления и обоснования выбора между альтернативами и т.п. В указанном контексте сложившиеся стандарты языка обеспечивают возможность корректного употребления лингвистической единицы, т.е. следования правилам языка, а базирующаяся на них юридическая норма дает ясные ориентиры для поведения – разграничения действия «в соответствии с правилом» и «вопреки ему» – и способна предопределить решение по делу.

В противовес этому *неясный случай* («полутень» значения), по мысли Харта, выступает отклонением от опривыченных ситуаций и образцов речи / действия, способов употребления знака: такой случай зачастую связан либо с новыми (порождаемыми природой или развитием общества) ситуациями, либо с ситуациями редко встречающимися (мало значимыми) и периферийными, и при этом разделяет лишь часть элементов / признаков имеющих типичных знакомых случаев; соответственно в их отношении отсутствует устойчивая и согласованная конвенция и практика обозначения / нормативного вменения, связанные с этим навыки и стандарты правильного словоупотребления. Подобная неясность случая порождает своего рода «кризис коммуникации», затрудняя непосредственное и беспроblemное производство речевого / нормативного действия и не обеспечивая возможности четкого (в том числе юридического) руководства поведением – разграничения действия «в соответствии с правилом» и «вопреки ему» – и предопределения решения по делу. Здесь необходимы дополнительные рассуждения, толкование, аргументация, обращение к «экспертам» и

т.д., требуется решение или, иначе говоря, *усмотрение*, т.е. выбор между как минимум двумя сравнительно приемлемыми и обоснованными вариантами употребления знака / правила и, соответственно, переустройство прежних границ дифференциации между ясными привычными образцами. Таким образом, Харт не утверждает, что в подобных нетипичных случаях следование (юридическому) правилу невозможно: скорее его тезис заключается в том, что таковое не является здесь автоматическим, беспроблемным, а потому предполагает использование особых ресурсов, рефлексии, усмотрения. Последнее, по Харту, – это не столько действие в отсутствие правила, сколько опыт нахождения правилосообразного поведения, элемент и инструментарий следования юридическим нормам в нестандартных обстоятельствах.

Таким образом, именно с неясными / проблемными случаями, сложными делами (*hard cases*) Харт и связывает наличие судейского усмотрения, которое осмысливается им как продолжение фундаментальных свойств права и языка, как следствия «открытой структуры» лингвистических / нормативных образцов – присущей им склонности иметь «край неопределенности» (неоднозначности, смутности (*vagueness*)), становиться неопределенными в своем применении к пограничным случаям [5, p. 128].

В свете вышеизложенных взглядов британского философа, характер и специфика организации человеческой деятельности, языка, взаимосвязи здесь устойчивых, типичных, ясных случаев и случаев периферийных, проблемных как раз и выступают тем, что очерчивает параметры правовой недоопределенности и судейского усмотрения: с одной стороны, их неизбежность, с другой – их ограниченную распространенность и вторичный, подчиненный статус.

Так, неизбежность юридической неопределенности и усмотрения, согласно Харту, обусловлена ограниченностью языковых ресурсов и постоянным воспроизводством пограничных ситуаций. По мысли философа, «открытая структура» составляет общую и неустранимую черту человеческого языка; в отношении юридического словоупотребления она обнаруживается в конкретных случаях правоприменения, неучтенных при установлении и практике того или иного правила, и так или иначе отличающихся от подразумеваемой здесь ситуации / образца: «Свойством употребляемых человеком <...> категорий является то, что всегда, когда мы стремимся – заранее и недвусмысленно – урегулировать некоторую сферу поведения посредством общих стандартом, подлежащих использованию в конкретных случаях без дальнейших

официальных указаний, наша деятельность затруднена двумя взаимосвязанными препятствиями [:] <...> нашим относительным незнанием фактов [т.е. ограниченным знанием и предвидением, и] <...> относительной неопределенностью нашей цели [ее осуществления в непредвиденных ситуациях]» [5, р. 129]. Вследствие этого, любые механизмы сообщения поведенческих образцов – будь то законодательная норма или прецедент – могут рано или поздно «оказаться неопределенными, когда их применение будет под вопросом» [5, р. 128], что делает неизбежными ситуации проблемного следования соответствующим правилам. С этих позиций, неопределенность в пограничных случаях и судебское усмотрение – это «та цена, которую приходится платить за использование общих классифицирующих терминов в любой форме сообщения, касающегося фактов» [5, р. 128]. Данное положение дел не может быть полностью преодолено и через интерпретацию: «Каноны «толкования» не могут устранить подобные неопределенности, хотя и могут их уменьшить, ибо эти каноны сами суть общие правила употребления языка и используют общие термины, которые также требуют истолкования. Равно как и другие правила, они бессильны обеспечить собственную интерпретацию» [5, р. 126]. Не дает принципиального решения и достижение соответствующего согласия в использовании термина / нормы в сообществе: оно не исключает постоянного воспроизводства («благодаря природе или человеческому изобретению») проблем «открытой структуры» в силу регулярного появления новых маргинальных случаев на смену тех, которые приобрели ясность в силу конвенции [5, р. 126]. Как следствие, воспроизводство неопределенности, по Харту, влечет за собой и неизбежность судебного усмотрения, его присутствие во всякой правовой системе вне зависимости от официального признания: «В любой правовой системе большая и важная область остается открытой для применения усмотрения судами и другими должностными лицами при приведении изначально неясных стандартов в состояние определенности, при разрешении неопределенностей законов или при развитии и ограничении правил, выраженных лишь в общих чертах авторитетными прецедентами» [5, р. 136].

Вместе с тем юридическая неопределенность и усмотрение, по мысли Харта, занимают подчиненное положение в правовой системе, вытекающее из ограниченной частоты и вторичности проблемных случаев относительно подавляющего большинства обстоятельств / дел, которые юридически регулируются и разрешаются на основании ясных и четко применяемых правил: «Жизнь права в весьма значитель-

ной степени состоит в руководстве должностными и частными лицами посредством определенных правил, которые <...> в действительности *не* требуют от них в каждом новом случае нового решения. Этот характерный факт общественной жизни остается истинным, даже несмотря на возможное появление неопределенностей относительно применимости какого-либо (писаного или установленного прецедентом) правила к конкретному случаю <...> [Широкое использование судебного усмотрения] не должно маскировать тот факт, что и те рамки, в которых оно реализуется, и его главный конечный продукт относятся к общим правилам. Это суть правила, которые частные лица могут раз за разом применять к своим действиям без дальнейшего обращения к официальным указаниям или усмотрению» [5, р. 135–136]. И далее: «В пограничной сфере <...> мы должны приветствовать того, кто скептически настроен в отношении правил <...> [при этом не закрывая глаза] на тот факт, что то, что делает возможным проводимое судами <...> разительное развитие наиболее фундаментальных правил, – это в огромной степени престиж, накопленный судами благодаря их действиям в отношении многочисленных, базовых областей права – действиям, неоспоримо руководимым правилами» [5, р. 154].

Концепции правовой неопределенности и судебного усмотрения Харта: разбор критических замечаний. Концепция, предложенная Гербертом Хартом, вызвала различную реакцию: от общего принятия ее положений и аргументов до острой и целенаправленной критики. Обратимся к анализу основных вызовов / замечаний, обращенных к британскому философу, следуя от умеренной критики к ее радикальным формам.

Умеренная критика воззрений Харта. Применительно к западной (англо-американской) литературе можно сконструировать несколько критических аргументов в отношении рассматриваемой концепции Харта, которые так или иначе принимают ее положения (деление на ясные и пограничные случаи употребления правила / языка, тезисы о способности правила предопределять решение по делу, об отсутствии единственно верного ответа в сложных делах, о неизбежности судебного усмотрения и проч.), но оспаривают отдельные ее аспекты и / или указывают на ограниченность ее объяснительного потенциала. К такого рода замечаниям можно отнести следующие:

1) Харт основывает неопределенность нормы лишь на неопределенности языка, не рассматривая иные ее источники, а также плохо прописывая институциональные механизмы ее нейтрализации, прису-

щие самому праву – сложившиеся каноны юридического толкования, аргументации, правила умолчания (например, «все, что не запрещено, разрешено») и проч. – и, соответственно, четко не определяя градацию ясных и проблемных случаев: «открытая структура» права не тождественна «открытой структуре» языка [13; 6; 10; 3; 2].

2) Теория Харта не дает четких руководств судье / деятелю там, где они особенно необходимы – при вынесении решения по сложному делу: в ней отсутствует четкая нормативная стратегия действий в ситуации неопределенности, анализ критериев выбора аргументов, оценки / выбора окончательного юридического исхода, особенности судейской аргументации при использовании различных официальных оснований (правила или принципа, закона или прецедента и др.) и т.п. [17].

3) Из построений Харта следует идея связанности судьи четко установленным правилом (ясным случаем), что игнорирует возможность и факты отступления от такового в рамках судебного процесса [15].

4) Концепция Харта концентрируется на ситуации судебного решения в случаях определенности и неопределенности, не описывая ситуацию, которая наступает после вынесения судьей решения по сложному делу, не объясняя общие механизмы становления и фиксации новых ясных случаев, механизмы изменения существующей системы юридических стандартов [8].

В этом контексте воззрения Харта мыслятся как в целом верная теория с ограниченными объяснительными возможностями – во многом, как учение, хорошо объясняющее ясные (но не проблемные) случаи и сосредоточенное на общем ценностно-нейтральном описании ситуаций судебного решения, способности нормы предопределять юридический результат.

Как представляется, подобные упреки верны лишь отчасти; в их анализе обратим внимание на следующие моменты:

1) Безусловно, концепция Харта не решает всех проблем и не претендует на это. Ее оценка должна исходить из обоснования значимости тех или иных целей и способности данной теории предложить адекватные средства их достижения. Кроме того, оценку воззрений Харта на правовую неопределенность и судейское усмотрение следует рассматривать в контексте базовых целей и параметров исследовательского проекта автора и тех конкретных оппонентов, спор с которыми составлял идейно-исторический контекст его осуществления. Харт стремится реализовать проект теории / философии права как аналитической

юриспруденции, общего морально-нейтрального описания права как социального феномена, системы правил, признаваемых и практикуемых в сообществе. В этом плане обращение к проблематике правовой / нормативной неопределенности и судьейского усмотрения для Харта было прежде всего связано с созданием обобщенной картины права. Последнее, в частности, предполагало, с одной стороны, (в противовес американскому правовому реализму) апологию значимости норм (и сосредоточения теории на нормах) как на возможных и действительных основаниях судебного решения, с другой – (в противоположность концепциям естественного права / нормативной юриспруденции) свободное от моральных оценок объяснение незаданности юридического результата, разбор имеющихся вариантов и практик судебного решения. Как считается, с подобными задачами Харт в целом справился, что обуславливает и значимость его построений для тех, кто признает важность общего нейтрального описания права.

2) Выстраивая свою общую философскую теорию, Харт концентрируется на стабильных / устоявшихся чертах нормативного порядка как на главных в функционировании правовой системы, в руководстве поведением и в обосновании судебного решения (никоим образом не отрицая, но скорее оставляя за скобками те ценностные, интерпретативные, институциональные и проч. факторы и механизмы создания и воспроизводства искомой стабильности) [5, р. 244 ff]. В этом плане, сообразно своим целям, автор вводит дифференциацию ясных и пограничных случаев, вскрывает их практико-лингвистические и иные основы и отстаивает имеющуюся множественность стратегий юридической аргументации и юридических исходов. Кроме того, Харт приводит и возможные варианты обоснования в ситуации неопределенности: апелляцию к цели или общему смыслу законодательства (намерению законодателя), суждение по аналогии, использование правил интерпретации [27; 5; 4], а также, более подробно, модель достижения результата через соотнесение имеющейся официальной формулировки, связанного с ним ясного образца и целей правоустановления (в его основе лежит опора на ясные устоявшиеся случаи, рассмотрение нового в контексте прошлых типичных образцов, оценка близости им спорного случая и распространение на него известных стандартов употребления / действия, т.е. его включение в ту или иную известную понятийную «семью») [5, р. 127–128]. В этом плане подобное описание ясных и проблемных случаев можно считать вполне достаточным и адекватным по отношению к целям автора.

3) Теория Харта безусловно имеет ограничения, как на уровне общего проекта, так и применительно к конкретным элементам его теории. Помимо упоминавшейся слабости концепции философа как методологии юридического решения в сложном деле и как социологической теории правовых изменений (что, как кажется, выходит за пределы притязаний автора), Харт действительно не столь детален относительно видов неопределенности, правил толкования, умолчания, юридической аргументации, не прописывает он и следствия конкретного решения, принятого в ситуации «открытой структуры», а равно возможности вынесения решения вопреки ясной норме. Вместе с тем отсутствие подробной разработки названных (и иных) моментов не означает их отрицания, а равно не указывает на их несовместимость с построениями философа [10; 15]. (так, например, ключевой пример Дворкина, «дело Элмера» (когда наследнику, убившему своего наследодателя, отказывают в наследстве, ссылаясь на принцип и действуя вопреки четкому правилу) [17; 1] вполне может быть истолкован как проблемный случай (например, как «аксиологический пробел» между нормой и ценностью [16]), где имеет место столкновение двух юридических стандартов, со всеми вытекающими практическими и теоретическими следствиями). Соответственно, подобные возражения также не отрицают значимости построений Харта, но скорее обнаруживают необходимость их дальнейшего развития.

Радикальная критика воззрений Харта. Наряду с изложенными замечаниями в западной (англо-американской) литературе имеются и вызовы более фундаментального характера, оспаривающие общую состоятельность анализируемой концепции Харта: она мыслится здесь не просто в качестве не достаточно полного описания (нормативных оснований) судопроизводства в проблемных случаях, но в качестве искаженной репрезентации процесса принятия судебного решения в целом, включая и т.н. простые дела / ясные случаи. Можно назвать несколько подобных возражений / направлений критики.

1) Одна из форм такой критики связана с переосмыслением наследия американского правового реализма. Как отмечалось ранее, согласно этому учению, судьи принимают решения, ориентируясь не на нормы, а на факты: в рамках судопроизводства юридические правила, трактуемые как писанные и рационализированные стандарты, либо играют вторичную и опосредованную роль, либо вообще выступают в качестве ширмы, скрывающей реальные причины решения. То же, что является определяющим в производстве судебного решения – типичные спо-

собы обхождения судей с различными категориями дел, – выступает манифестацией тех стандартов, образцов, обыкновений, которые складываются и усваиваются в судейской среде, институционализируются в рамках действительной юридической практики. Отсюда, разбор Хартом ясных и пограничных случаев употребления правила / юридического языка, связываемых здесь лишь с абстрактными писаными стандартами с неочевидной ролью в процессе, видится поверхностным и некорректным: любые значимые нормы суть отражение более фундаментальной институционально-практической структуры, оставшейся, согласно данному воззрению, за пределами концепции автора [9; 14; 8].

2) Лон Фуллер приписывает Харту «указательную» теорию значения и сопряженную с этим концентрацию в рассуждениях о неопределенности на отдельных терминах, что, как отмечает критик, не соответствует ни современной теории языка, ни реальной лингвистической и юридической практике. Фуллер отстаивает тезис о фундаментальной контекстуальности / системности нашей деятельности и речи, где слова всегда существуют и определяются в контексте фразы (отсюда, с одной стороны, возможность понимания знакомого слова даже в новых, нетипичных обстоятельствах, с другой – невозможность его верного понимания без знания контекста); в юридическом же плане отдельные правила, их термины и формулировки всегда существуют в ценностно-целевом и смысловом поле / окружении правовой системы и, более конкретно, замысла законодателя, что и обеспечивает надлежащее толкование и применение соответствующих юридических стандартов. Согласно автору, Харт некорректно выводит «открытую структуру» права / нормы из «открытой структуры» общих классифицирующих терминов, игнорирует (конституирующий значение / правило) нормативно-лингвистический контекст, абсолютизирует ясный случай употребления термина в качестве основы решения, который всегда контекстуален / телеологичен и не существует сам по себе. Отсюда, проводя черту между решением простого дела (механическим применением ясных стандартов к имеющейся фактологии) и сложного дела (вынужденным в отсутствии четких правил обращением судьи к рефлексии и к усмотрению / правотворчеству), Харт, по мнению ученого, неверно трактует роль судьи и разрушает целостную структуру судебной аргументации, присущую ей системную рефлексию и целевую экспликацию предзаданных нормативных оснований судебного решения (в этом плане показательно предложенное Фуллером уподобление судьи сыну умершего проектировщика, который должен по

карандашному наброску отца завершить разработку проектируемого устройства [24, с. 105 и др.] [25].

3) Рональд Дворкин вменяет Харту некорректное объяснение права и судопроизводства: сведение права к правилам как строго определенным юридическим стандартам, действующим по модели «все или ничего» (например, «скорость движения по шоссе не должна превышать 60 м/ч»), и, как следствие, ограничение такого рода правилами нормативных оснований решения и неизбежность («сильного») судебного усмотрения – как свободного от правоограничений обращения к неюридическим доводам – при решении сложных дел. Согласно Дворкину, право состоит из различных стандартов и мыслится как интерпретативная / аргументативная целостность (*law as integrity*), ключевую роль в которой играют принципы (например, «Никто не должен получать выгоды от своего правонарушения»). С одной стороны, по мысли критика, принципы существенно отличаются от правил (они не предписывают конкретного исхода, но дают общие ориентиры; обладают измерением не действительности, а веса, имея разное значение в различных делах; они включаются в правопорядок не по формальным, а по содержательным / ценностным критериям, укоренены в морали сообщества; и т.п.), с другой – они играют определяющую роль, обеспечивая надлежащий юридический результат: рассматривая дело, судья создает наилучшую теорию разбираемого случая как систему принципов, которая и наиболее соответствует институциональной истории правовой системы (прошлым официальным установлениям: законам, прецедентам) и обеспечивает ей наилучшее моральное оправдание (отсюда и предлагаемый Дворкином образ судьи как соавтора уже начатого другими романа (*chain novel*), который на основе толкования имеющего текста должен, сохраняя его аутентичность и целостность, предложить его наилучшее продолжение [1]). Соответственно Дворкин, по аналогии с Фуллером, отрицает свободное от правоограничений судебское усмотрение / правотворчество в сложных делах: отсутствие четких правил не разрушает основу решения – принципы (ценности, конвенции, интерпретативные каноны) института права, которые образуют базу / алгоритмы истолкования официальных данных и обуславливают возможность и обязанность судьи (как придуманного Дворкином юридического Геркулеса со сверхчеловеческим интеллектом и терпением) найти содержащийся в праве единственно верный ответ на любой юридический вопрос. Более того, ученый оправдывает возможность решения вопреки правилу, когда последнее противоречит более фундаментальным стандар-

там системы – принципам. Таким образом, то, что у Харта выступает оплотом определенности и основанием права / решения – ясные случаи употребления нормы, «ядро» языкового значения, – в учении критика утрачивает подобный статус, будучи открытым для пересмотра в свете избираемых приоритетных принципов, структуры и практики юридической идеологии / интерпретации: ясные случаи Харта – это лишь начало рассуждения, «доинтерпретативные данные», которые подлежат истолкованию в свете наилучших юридических, морально-политических начал. Концепция Харта, по Дворкину, оперирует категориями «очевидных фактов» (*plain facts*) и не учитывает интерпретитивной природы права и судебной аргументации (как и у Фуллера, общей для простых и для сложных дел) [1; 17].

Как и в случае с умеренной критикой, данные замечания представляются верными лишь отчасти, а использованные ранее аргументы в поддержку позиции Харта могут работать и здесь:

1) Для начала еще раз подчеркнем общий характер рассуждений британского философа, связанный с попыткой реконструкции общего понятия права и его апологией в спорах с альтернативными концепциями, и следующую отсюда относительную краткость в разработке тех или иных вопросов, включая учение о судебном решении. Повторим также тезис о том, что неупоминание Хартом отдельных понятий, положений, неиспользование им соответствующей терминологии (хотя и создает неясность в четком осмыслении взглядов и позиций автора, порождая возможные неверные / необоснованные трактовки) не означает их отрицание и / или несовместимость с построениями ученого.

2) Далее, критика со стороны последователей американского реализма, как кажется, может быть оправдана скорее в части общего восприятия Хартом данного учения, его трактовки в качестве общей теории права (в духе позитивизма или юснатурализма) и позиции крайнего нормативного скептицизма и судейского активизма, и, как следствие, затемнение тех его важных аспектов, которые связаны с прагматикой юридической деятельности и образования, институциональными основами и социальными функциями судопроизводства. В этом плане Харт анализирует и критикует лишь часть учения американского правового реализма, тогда как сам в определенном смысле отстаивает близкую позицию: трактует правила в качестве устоявшихся, типизированных, институционализированных элементов социальной практики, принятых и реализуемых членами сообщества (в том числе судьями), мыслит ясный случай правила в качестве соединения устойчивых практиче-

ских ситуаций и согласованного опыта / инструментария обхождения с ними, а также признает постоянное воспроизводство нестандартных ситуаций, где неизбежен выбор из возможных – и аналогичных прошлым – легитимных решений. Иначе говоря, то, что Харт понимает под правилом, является не столько его абстрактной рефлексивной писаной формулой с четко определенной сферой применения, сколько некий образец восприятия, суждения и поведения, связываемый с конкретной ситуацией, существующий и воспроизводимый в рамках неких социальных практик, усвоенный и реализуемый социальными деятелями [7]. Данная позиция во многом аналогична взгляду правового реализма, хотя ей и свойственен акцент на нормативности, взгляд на судью как на добросовестного исполнителя существующих норм (а не на законодателя и социального инженера) и отличная общая методология, логика и терминология. В этом плане представленное возражение базируется на неверной трактовке Харта и не выглядит достаточно обоснованным.

3) Определенная некорректность в изложении взглядов Харта присутствует и в критике Фуллера. Хотя из анализа британским философом своего главного примера – нормы «Нахождение транспортного средства в парке запрещено» – и могут следовать оценки, высказанные его оппонентом, Харт, тем не менее, не придерживается ни указательной теории значения, замыкающей его на отдельном слове, ни строит свои выводы о неопределенности права на «открытой структуре» отдельных используемых здесь терминов. Как раз наоборот, подобные положения скорее являются объектами его критики, что проистекает из методологических начал его концепции и его собственных разработок, продвигающих трактовку языка как деятельности, значение как употребления, необходимость определения (юридических) терминов в рамках наиболее типичных для них высказываний, в традиционных контекстах речевых практик и т.п. [26] В этом плане подчеркиваемая Фуллером контекстуальность и системность юридического языка, хотя и не акцентируется Хартом, но вполне согласуется с его построениями. То же во многом относится и к целевой трактовке права, юридического языка и судебного решения: британский философ вовсе не отрицает телеологической / институциональной природы права и возможностей целевого толкования конкретных правоположений (что более четко проявляется в его работах, написанных уже после полемики с Фуллером [5; 4]). Скорее Харт сосредотачивается на итоговой картине права, получаемой в результате действия разнородных факторов, применения различных толкований и аргументов, вынесения всевозможных

моральных оценок, – на образовании и институционализации в рамках социальной / юридической практики определенных стабильных образцов восприятия, суждения, поведения, составляющих фундамент его описательной морально-нейтральной теории и основу функционирования права и принятия судебного решения. В этом плане автор вовсе не отрицает целевой интерпретации правила / термина, ее роли в установлении ясных случаев употребления и в преодолении нормативной неопределенности в сложных делах. Просто для Харта, во-первых, телеологическая аргументация может уже «в свернутом виде» присутствовать в выделяемых ясных и пограничных случаях; во-вторых, она не является единственной формой юридического обоснования (в том числе в проблемных ситуациях); в-третьих, она сама по себе не отменяет иные формы толкования и не означает автоматического неприменения правила, противоречащего цели (утраты им юридического статуса): последнее зачастую составляет предмет (институционального, политического, личного и т.п.) выбора [13, р. 55–59 ff]; в-четвертых, теоретически и практически ценным является идентификация точных средств и линий обоснования, которые, по Харту, остаются в тени при сведении юридических рассуждений к одной лишь телеологической аргументации; наконец, в-пятых, апелляция к целям не способна полностью устранить неопределенности в основаниях судебного решения: как и в споре с Дворкином, здесь действует аргумент о том, что правила (в данном случае представления или нормативные формулировки цели) сами по себе не предопределяют способа своего применения, что всегда возможна конкуренция между толкованиями правила / цели и наличие как минимум двух обусловленных ими сравнительно легитимных юридических исхода. Что касается упреков Фуллера относительно разрыва Хартом некоего единства структуры судебной аргументации, то – если мы вообще принимаем тезис о необходимости такого единства – и этот выпад не выглядит достаточно обоснованным: скорее оппоненты расходятся в понимании самого этого единства / «ткани» права, которое для Харта базируется на ясных случаях употребления юридических терминов / правил и их распространении на новые ситуации (подчеркнем, усмотрение для Харта – это не действие «с чистого листа» и в отсутствии обязательных стандартов, не перечеркивание имеющегося права, не личная нормотворческая инициатива, но попытка применить имеющиеся правила в новом нестандартном контексте, что вполне согласуется с общим тоном рассуждений Фуллера (да и Дворкина), пусть и строится на иных посылах и излагается иным языком).

4) Близкую контраргументацию можно предложить и в отношении критических выпадов Дворкина (отчасти она содержится в Постскриптуме Харта к «Понятию права» [5; 20]). Действительно, вопросы юридической аргументации и судебного решения не являются центральной темой у Харта – автора «Понятия права», и с определенной точки зрения учение британского философа не является здесь достаточно разработанным (по сравнению с той же концепцией Дворкина). Нет у Харта и детального разбора принципов и их особого статуса и роли в праве и судопроизводстве. Вместе с тем, многие подобные моменты / положения (в том числе заявленные оппонентом) не обязательно отрицаются автором и представляются во многом совместимыми с его построениями. В дополнение к сказанному, важно указать на некорректное прочтение Харта Дворкином: во-первых, вопреки заявлениям критика, употребляемый автором термин «правило» имеет общий характер, не сводится к строгим императивам, действующим по модели «все или ничего», и синонимичен понятию юридического стандарта (т.е. включает правовые принципы, нормы-цели и проч.); во-вторых, судебское усмотрение не мыслится в качестве законотворчества судьи в отсутствие каких бы то ни было юридических ограничений, но трактуется как выбор из имеющихся и близких по обоснованности вариантов решения, заданных правом, как следование существующим правилам в нестандартных обстоятельствах; в-третьих, построения Харта не отрицают интерпретативной природы права и юридического рассуждения [11. р. 1–2; 23], а его «ясные случаи», как кажется, не нужно уподоблять неким объективным / «очевидным» данностям, действующим механически, самодостаточно и вне всякой интерпретации: как отмечалось ранее, Харт скорее концентрируется на итоговом положении дел, не говоря уже о том, что, вторя Витгенштейну, он не рассматривает толкование в качестве окончательного критерия идентификации правила и его верного применения [21]. Наряду с этим есть и прямые расхождения между Хартом и Дворкином (причем позиция Дворкина зачастую кажется здесь менее убедительной): во-первых, британский философ не приемлет резкого противопоставления правил и принципов (скорее различающихся по степени) и несовместимость принципов с правилом признания, как стандартом, устанавливающим критерии юридического в системе, – в этом плане с точки зрения концепции Харта акцентируемое Дворкином «дело Элмера», как отмечалось, может быть перетолковано, например, как сложный случай, где имеет место противоречие двух стандартов и где требуется выбор в пользу одного из них, т.е. применение судебское усмотрения, либо, при определенных

условиях, вообще как простой случай, где выбор в пользу более фундаментального, приоритетного или справедливого стандарта довольно очевиден; во-вторых, Харт допускает возможность различных вариантов юридически надлежащего судебного решения с различными вариантами обоснования, поэтому отстаиваемая оппонентом «модель Геркулеса», когда подобное решение мыслится как морально наилучшее из юридически возможных, с одной стороны, совместимо с позицией британского ученого, с другой – не исчерпывает имеющегося многообразия (в добавок, по мысли Харта, такая модель плохо согласуется с общей для него и Дворкина юридической практикой англо-американской системы); в-третьих, согласно Харту, Дворкину не удастся опровергнуть его тезис о неизбежности судейского усмотрения (т.е. выбора между имеющимися альтернативными решениями) и обосновать собственный постулат о возможности во всех случаях найти единственно верный ответ на любой юридический вопрос: как отмечалось ранее, несамодостаточность правила, наличие множественности толкований, аргументов, аналогий и т.п. может лишь отсрочить момент усмотрения, но не устранить его [5, р. 274–275] – апелляции же Дворкина к официальной риторике или конвенциям вполне согласуются с воззрениями Харта, который допускает непризнание усмотрения в рамках правовой системы, но строит свою теорию на иных методологических началах, несвязанных идеологией института права [22; 19]. В целом позиции оппонентов можно рассматривать как методологически разные проекты, конкурентные и взаимодополнительные по отношению друг к другу.

Итак, подводя итоги работы, можно констатировать следующее. В общем и целом предложенная Гербертом Л. А. Хартом концепция правовой неопределенности и судейского усмотрения имеет довольно высокий уровень обоснованности: имеющиеся в англо-американской юриспруденции критические замечания либо 1) принимают ее базовый взгляд, касаясь лишь отдельных аспектов, либо 2) выдвигают положения, которые строятся на ее неверном истолковании или 3) вполне с ней совместимы, либо 4) формулируют (методологический, ценностный и т.п.) альтернативный подход, в свою очередь также подверженный серьезной контраргументации со стороны разбираемой здесь концепции Харта. Притом, что целый ряд идей ученого, касающихся юридической неопределенности и усмотрения, сегодня является господствующим, его построения имеют и ограничения по степени проработанности тех или иных вопросов (подход автора видится слишком общим), по своей инструментальной направленности и идеоло-

гической ценности, а потому ее значимость следует определять в том числе исходя из важности тех задач, которые она способна решать, из ее теоретического и практического потенциала.

Список использованных источников:

1. Dworkin R. *Law's Empire*. Cambridge, Mass., 1986.
2. Dworkin R. No right answer? // *Law, Morality and Society*. Essays in honour of H.L.A. Hart / Eds. P.M.S. Hacker, J. Raz. Oxford, 1977.
3. Endicott T. *Vagueness in Law*. Oxford, 2000.
4. Hart H.L.A. Problems of the Philosophy of Law // Hart H.L.A. *Essays on Jurisprudence and Philosophy*. Pp. 88–119.
5. Hart H.L.A. *The Concept of Law*. 2nd ed. With Hart's Postscript / Eds. P. Bulloch, J. Raz. Oxford, 1994 (Русский перевод первого издания: Харт Г.Л.А. *Понятие права*. СПб., 2007). – Цитирование осуществляется по английскому изданию – С.К.
6. Himma K.E. Judicial Discretion and The Concept of Law // *Oxford Journal of Legal Studies*. 1999. Vol. 19. Pp. 71 ff.
7. Landers S. Wittgenstein, Realism and CLS: Undermining Rule Skepticism // *Law and Philosophy*. 1990. № 9. Pp. 177–203.
8. Livingstone S. Of the Core and the Penumbra: H. L. A. Hart and American Realism // *The Jurisprudence of Orthodoxy: Queen's University Essays on H.L.A. Hart* / Eds. Ph. Leith, P. Ingram. London, 1988. Pp. 147–172.
9. Llewellyn K.N. *The Common Law Tradition*. Boston, Ma., 1960.
10. MacCormick N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, 1978.
11. Raz J. Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison // *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to «The Concept of Law»* / Ed. J. Coleman. Oxford, 2001. Pp. 1–37.
12. Rumble W.E., Jr. *American Legal Realism: Skepticism, Reform and the Judicial Process*. Ithaca, NY, 1968.
13. Schauer F. *Playing By the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford, 2001.
14. Twining W. *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. London, 1973.
15. Waluchow W.J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford, 1994.
16. Альчуррон К.Э., Булыгин Е.В. *Нормативные системы // Российский ежегодник теории права*. 2010. № 3. СПб., 2011. С. 309–472.
17. Дворкин Р. *О правах всерьез*. М., 2004.
18. Касагкин С.Н. На пересечении факта, нормы и языка: понятие действия в концепции Герберта Л.А. Харта // *Проблема правосубъектности:*

современные интерпретации: Материалы международной научно-практической конференции. Вып. 9. Самара, 2011. С. 139–153.

19. Касаткин С.Н. Полемика Харта и Дворкина о судебском усмотрении: к проблематизации оснований и предмета спора // Российское правосудие в третьем тысячелетии: итоги и перспективы судебной реформы: Материалы VII ежегодной всероссийской научно-практической конференции. Томск, 2011. С. 360–374.

20. Касаткин С.Н. Постскрипtum к «Понятию права» Герберта Л. А. Харта // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. СПб., 2009. С. 753–785.

21. Касаткин С.Н. Проблема следования правилу: Харт и Витгенштейн // Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи). Львів, 2011. С. 245–265.

22. Касаткин С.Н. Судейское усмотрение в концепции Р. Дворкина (очерк основных позиций) // Проблема правосубъектности: современные интерпретации. Вып. 10. Ч. I. Самара, 2012. С. 64–71.

23. Лайтер Б. За пределами спора между Хартом и Дворкиным: проблема методологии в юриспруденции // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. СПб., 2011. С. 116–151.

24. Фуллер Л. Мораль права. М., 2007.

25. Фуллер Л. Позитивизм и верность праву: Ответ профессору Харту // Правоведение. 2005. № 6. С. 124–159.

26. Харт Г.Л.А. Определение и теория в юриспруденции // Правоведение. 2008. № 5. С. 6–32.

27. Харт Г.Л.А. Позитивизм и разграничение права и морали // Правоведение. 2005. № 5. С. 104–136.

**ПРОБЛЕМА НОРМАТИВНИХ ПІДСТАВ
СУДОВОГО РІШЕННЯ:
КОНЦЕПЦІЯ ПРАВОВОЇ НЕВИЗНАЧЕНОСТІ
Г. ХАРТА ТА ЇЇ КРИТИКИ**

С. Касаткін

*Самарська гуманітарна академія,
м. Самара, вул. Дибенко, 21, e-mail: kasatka_s@bk.ru*

Ця стаття присвячена розгляду засадничих положень концепції британського філософа права Герберта Л.А. Харта про правову невизначеність і суддівський розсуд, а також основних напрямків її критики в англо-американській юриспруденції. У статті подається огляд

онтологічної / дескриптивної тези автора про фундаментальну недовизначеність права та юридичної мови, досліджується трактування вченим ясного і проблемного випадків вживання, аналізуються найбільш поширені варіанти помірної та радикальної критики Харта, їх обґрунтованість.

Ключові слова: юридичний позитивізм, американський правовий реалізм, невизначеність у праві, відкрита структура права, ядро і півтінь значення, суддівський розсуд.

THE PROBLEM OF NORMATIVE FOUNDATIONS OF JUDICIAL DECISION: H. HART'S CONCEPTION OF LEGAL INDETERMINACY AND IT'S CRITICS

S. Kasatkin

*Samara Academy of Humanities,
Samara, Dybenko Str., 21, e-mail: kasatka_s@bk.ru*

This article examines key positions of the British legal philosopher Herbert L. A. Hart's conception concerning legal indeterminacy and judicial discretion and studies main lines of its criticism in Anglo-American jurisprudence. In the article there is a review of the author's ontological / descriptive thesis about fundamental underdeterminacy of law and legal language, a consideration of the scholar's account of plain and problematic cases of use, and an analysis of Hart's the most common moderate and radical criticisms, their validity and challengeability.

Key words: legal positivism, American legal realism, indeterminacy / vagueness in law, open texture of law, core and penumbra of meaning, judicial discretion.