

УДК 340.12
ББК 67.0я73
А 45

А 45 **Антропология права : філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : Статті учасників Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 3-5 грудня 2010 року).** – Львів : Галицький друкар, 2010. – 696 с.

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

У збірці представлено наукові статті, підготовлені учасниками Міжнародного круглого столу “Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)”, який відбувався на юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка 3-5 грудня 2010 року.

Статті друкуються в авторській редакції.

- © М. Альчук, Б.Бабін, Т. Багрій, О. Балинська, О. Бандура, В. Бігун, Д. Бочаров, В. Братасюк, Д. Вовк, Т. Герасимів, А. Генералова, В. Гончаров, О. Гришук, Р. Губань, Д. Гудима, А. Дідікін, С. Добрянський, О. Довгополова, А. Дудчик, О. Дьячкова, Б. Єсенкулова, М. Єфімов, Н.Звенигородська, А. Істомін, Т. Іщук, С. Касаткін, О. Климович, Д. Кобринський, О. Ковальчук, Ю. Козенко, А. Колесніков, В. Кравець, Н. Красильникова, О. Курінний, О. Лисянюк, Т. Луцина, С. Максимов, Б. Малишев, О. Маслак, К. Медеуова, А. Меликян, Ф. Мехдієв, Н. Морська, К. Наумова, О. Никитченко, А. Николаєнко, В. Оглезнів, О. Одинцова, І. Осветимська, О. Павлишин, В. Петрушенко, О. Погорєлова, С. Погребняк, С. Позняков, Т. Полянський, О. Помніков, Г. Попадинець, П. Рабінович, С. Рабінович, І. Рубець, Н. Сагохіна, В. Смородинський, А. Суходольський, М. Тарнавська, В. Токарев, Л. Удовика, А. Фальковський, Р. Чередник, С. Шевцов, О. Шевченко, Р. Шульга, М. Яремченко, 2010.
- © Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2010.

ISBN 978-966-970-442-9

ДОКТРИНА СУДЕЙСКОГО УСМОТРЕНИЯ В КОНЦЕПЦИИ ГЕРБЕРТА Л.А. ХАРТА

С. Касаткин

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

Настоящая работа связана с рассмотрением одного из значимых вопросов сегодняшней юридической теории и практики – проблемы судебного усмотрения (правотворчества), с опытом обоснования последнего в концепции выдающегося британского философа права, профессора Оксфордского университета, автора влиятельной концепции юспозитивизма, Герберта Лайонела Адольфа Харта (1907-1992). В работе раскрывается предложенная им доктрина судебного усмотрения, его обоснование как результата нормативно-правовой неопределенности («открытой структуры») правил и юридического языка) и ряда других факторов, анализируется критика Хартом альтернативных трактовок юридической неопределенности и усмотрения в западном правоведении, а равно соответствующая полемика между Хартом и Дворкиным.

Судейское усмотрение и «открытая структура» юридического языка в концепции Г.Л.А. Харта. Существо позитивистской концепции права Герберта Харта состоит в рассмотрении права в качестве системы принятых и действующих в обществе первичных и вторичных правил. При этом его концепция воплощает три ключевых постулата современного юспозитивизма [10]:

1) *тезис о социальном факте*: существование права возможно благодаря определенной разновидности социального (в противовес моральному) факта (для Харта таковым является (вторичное) правило признания, устанавливающее критерии юридического, отличающее правовые нормы от неправовых и конституирующее правовую систему как артефакт);

2) *тезис о конвенциональности*: критерий юридической действительности / силы конвенционален по природе (в концепции Харта правило признания раскрывается в согласованной практике судов и должностных лиц, принимающих его как образец поведения и основание для порицания);

3) *тезис о разделимости*: необходимое пересечение между правом и моралью отсутствует; иначе говоря, моральные принципы не являются концептуально необходимым элементом критерия юридической силы; или: существует хотя бы одна концептуально возможная правовая система, в которой критерии действительности основаны исключительно на своем источнике / происхождении (по Харту: не является необходимой истиной то, что правовые нормы воспроизводят определенные требования морали или удовлетворяют им, хотя фактически зачастую дела обстоят именно таким образом).

Одним из положений юридического позитивизма Г. Харта, его концепции норм и юридического (судебного) решения, является утверждение ученым неизбежного присутствия в правовой системе судейского усмотрения (правотворчества), существующего вне зависимости от его официального признания. Вот его позиция, выраженная в «Понятии права» (1961): «В любой правовой системе большая и важная область остается открытой для проявления усмотрения судами и другими должностными лицами в приведении исходно неясных стандартов в состояние определенности, в разрешении неопределенностей статутов или в развитии и ограничении правил, лишь приблизительно заданных авторитетными прецедентами» [9, 136]. И еще: «<...> Существуют области поведения, в которых многое должно быть предоставлено на рассмотрение судов или должностных лиц, устанавливающих (с учетом конкретных обстоятельств) равновесие между конкурирующими интересами, значение которых может меняться от случая к случаю. <...> Здесь, на границе применимости правил, и в областях, которые оставляет открытыми теория прецедента, суды выполняют функцию продуцирования правил <...> очень похожую на исполнение [законодательно] делегированных полномочий по выработке правил административными органами» [9, 135-136]. Данная позиция воспроизводится им и в ряде других работ, в частности, в широко известном «Постскрипуме» (1994) к «Понятию права»: «В любой правовой системе всегда будут юридически неурегулированные случаи, когда отсутствует так или иначе предписанное правом решение по какому-либо вопросу, и право, соответственно, является частично неопределенным или неполным. Если в таких случаях судье надлежит принимать решение и не надлежит <...> отказываться от отправления правосудия или передавать неурегулированные существующим правом вопросы для решения законодательной власти, он должен использовать свое *усмотрение* и *создавать* право для данного случая вместо того, чтобы просто применять уже существующее установленное право. Таким образом, в рамках таких юридически непредусмотренных или неурегулированных дел судья и создает новое право, и применяет установленное право, которое и предоставляет ему правотворческие полномочия, и ограничивает их» [9, 272; См. также: 8].

Судейское усмотрение, по Харту, обусловлено в первую очередь фундаментальной (частичной) неопределенностью самого права, его понятия и правил, что в свою очередь обусловлено сущностной неопределенностью самого языка, включая юридическое словоупотребление.

Еще в своих более ранних произведениях – следуя идеям базовой для него лингвистической аналитической философии (Л. Витгенштейн, Ф. Вайсман, Дж.Л. Остин, Г. Райл, С. Хэмпшир) – Харт указывает на проблему неопределенности права (юридического языка) в связи с использованием здесь традиционных методов описания и классических дефиниций, отмечая, в частности:

- характерное для прецедентной системы отсутствие четкости и единообразия правовых понятий, определяемых по преимуществу через систему

отсылка к руководящим делам (прецедентам) в той или иной сфере в сочетании с выражением «и так далее» [4, 246];

- отсутствие у терминов юридического языка непосредственных фактуальных аналогов / референтов, чем обусловлена частая проблематичность ясных общих (родовых) категорий, в которые можно вписать юридические понятия, а равно многообразию и разнородности («семья») случаев, к которым применяется один и тот же юридический термин, сложность нахождения «стоящего за ними» унифицирующего принципа (видового отличия) [3, § I, III; См. также: 10, Ch. 1. § 3];

- приписательность и особенно отменяемость используемых понятий (содержащих их правил и квалификаций), что делает невозможным (дефектным, вводящим в заблуждение) простое определение понятия через общую формулу необходимых и достаточных условий их применения [4, § 1].

В «Понятии права» Герберт Харт вводит новую аргументацию, где главным (в том числе для защиты судейского усмотрения и правотворчества) становится тезис о частичной неопределенности правил / юридического языка, основанный на различии «ядра» / «сердцевины» (*core*) и «полутени» (*penumbra*)» значения, присущих правовым нормам (составляющим их словам и выражениям) вне зависимости от формы их закрепления – статута (общего правила) или прецедента (образцового примера) – т.е. набора как очевидных, центральных, так и неясных, пограничных, маргинальных случаев их употребления, а также на утверждении доктрины «открытой структуры» (*open texture*) права / языка.

Так, рассматривая проблемы определения области значения общего термина в контексте решения вопроса о применении того или иного нормативного образца к конкретной ситуации, Харт, на примере нормы «Нахождение транспортного средства в парке запрещено», демонстрирует неопределенность юридической регламентации посредством вербализованных общих правил: «Частные фактические ситуации не ожидают нас уже выделенные друг относительно друга и помеченные как примеры общего правила, применение которого обсуждается; также и правила сами по себе не могут выступать вперед и предъявлять относящиеся к ним примеры. Во всех сферах опыта <...> существует, заложенный в природе языка, предел для тех указаний, которые может предоставить язык общих терминов. Действительно, бывают очевидные случаи, постоянно возникающие в сходных контекстах, к которым четко применяются общие выражения («Если что-нибудь и является транспортным средством, то это – автомобиль»), но нередко встречаются и ситуации, когда неясно, применимы ли к ним подобные выражения или нет. (Включает ли в себя используемое здесь понятие «транспортное средство» велосипеда, самолеты, роликовые коньки?) Последними являются постоянно порождаемые природой или человеческим изобретением фактические ситуации, которые обладают лишь некоторыми из черт, присущих очевидным случаям, не имея остальных. <...> Ясный случай, когда кажется, что общие термины не нуждаются в толковании, и когда признание их конкретных

примеров выглядит беспроблемным или “автоматическим”, возникает лишь в хорошо знакомых и постоянно повторяющихся в схожих контекстах ситуациях, когда существует общее согласие в суждениях относительно применимости классифицирующих терминов» [9, 126]. И далее: «Общие термины были бы бесполезны для нас в качестве средства общения, если бы не было таких знакомых, в целом не подвергающихся сомнению случаев. Но варианты того, что является знакомым, также требуют классификации в общих терминах, которые в любой данный момент составляют часть наших языковых ресурсов. Здесь проявляется нечто вроде кризиса коммуникации: имеются доводы и “за”, и “против” употребления общего термина, но нет никакой устойчивой конвенции или общего соглашения, которое определяло бы его использование или <...> отказ от него со стороны лица, осуществляющего классификацию. Чтобы сомнения в таких случаях были преодолены, всякий, кто хочет разрешить их, должен сделать нечто вроде выбора между явными альтернативами» [9, 126-127; Прим. I].

Описанное здесь свойство нормативных образцов, присущая им склонность к тому, чтобы иметь «край неопределенности» (смутности, неоднозначности (*vagueness*)), становится неопределенными в ситуации применения к пограничным случаям, Харт именует «открытой структурой» [9, 128].

Таким образом, с заявленных позиций, по Харту, судебское усмотрение (правотворчество) выступает результатом правовой неопределенности, следствием «открытой структуры» правил и языка в целом, а потому, разделяет все связанные с этим характеристики.

Так, судебское усмотрение является неизбежным в силу неустранимости и постоянной возобновляемости ситуаций неопределенности. По мысли философа, «открытая структура» составляет неустранимую общую черту человеческого языка (и естественных, и юридических форм речи); она порождается конкретными случаями правоприменения, неучтенными при установлении того или иного правила, и различным образом отличающимися от изначально подразумеваемого образца / ситуации: «Свойством употребляемых человеком (в том числе в законодательных целях) логических категорий является то, что какие бы мы ни находили способы – заранее и недвусмысленно – урегулировать некоторую сферу поведения посредством общих образцов, которые использовались бы в конкретных случаях без дальнейших официальных указаний, мы не можем избежать двух недостатков [:] <...> нашего относительного незнания фактов [т.е. ограниченного знания и предвидения, и] <...> нашей относительной неопределенности касательно цели [ее осуществления в непредвиденных ситуациях]». Отсюда, продолжает автор, любые механизмы сообщения поведенческих образцов, будь то законодательная норма или прецедент, могут рано или поздно «оказаться неопределенными, когда их применение будет под вопросом» [9, 128]. С этих позиций, судебское усмотрение, как и неопределенность в пограничных случаях – это «та цена, которую приходится платить за использование общих классифицирующих

терминов в любой форме сообщения, касающегося фактов» [9, 128]. Данное положение дел не преодолевается и через интерпретацию: «Каноны “толкования” не могут устранить эти 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» [9, 126]. Ясность нестандартного употребления термина возможна при достижении соответствующего согласия в сообществе [9, 126], однако и это не исключает постоянного воспроизводства проблем неопределенности в силу регулярного появления «фактических ситуаций, постоянно порождаемых природой или человеческим изобретением, которые обладают лишь некоторыми из черт, присущих ясным случаям, не имея остальных» [9, 126]. Иначе говоря, длительно устанавливаемое согласие в отношении применения общего термина к конкретным, сравнительно привычным маргинальным случаям мало что дает для смягчения проблемы «открытой структуры», ибо жизнь вскоре предоставит еще более неопределенные пограничные случаи на смену тех, которые благодаря конвенции были преобразованы в образцы очевидно-го словоупотребления.

Далее, Харт отстаивает необходимость равновесия между определенностью и неопределенностью нормативной регламентации, рассматривая это как значимую цель и распространенное состояние правовых систем, как составляющую «компромисса между двумя социальными потребностями: потребностью в некоторых правилах, которыми индивиды могут руководствоваться во многих сферах деятельности, не нуждаясь каждый раз в указаниях должностных лиц или в осмыслении вопросов общественной жизни, и потребностью оставить для последующего решения компетентными должностными лицами проблемы, которые можно оценить и разрешить надлежащим образом лишь тогда, когда они возникнут в том или ином конкретном случае» [9, 130]. Ситуации, когда, с одной стороны, «слишком многое приносится в жертву определенности, и <...> судебное истолкование статутов или прецедентов слишком формально и, таким образом, не способно реагировать на сходства и различия между разбираемыми случаями, видимые лишь при их рассмотрении в свете социальных целей», и, с другой стороны, когда «слишком многое в прецедентах трактуется судами как постоянно открытое или доступное пересмотру, и слишком мало уважения отдается таким ограничениям, которые, несмотря на открытость своей структуры, все же ставит язык законодательства», полагаются автором крайностями, которые лучше избежать [9, 130].

В этом плане судебское усмотрение (правотворчество) выступает важным средством поддержания данного равновесия, одним из инструментов устранения (восполнения) правовой неопределенности [Прим. II]. Даже применительно к факту неизбежности усмотрения, у Харта обнаруживается его скорее оптимистическая оценка. Подобно «открытой структуре», его можно рассматривать скорее как преимущество, обуславливающее возможности

обоснованного толкования правил при их применении к ситуациям и к типам проблем, которые их авторы (субъекты нормотворчества) не предвидели либо не могли предвидеть, а потому обеспечивающее адаптацию правил к разнородным жизненным ситуациям и социальным изменениям, достижению связанных с ними целей [9, 128-130].

Признавая неизбежность и значимость судейского усмотрения (правотворчества), Харт, тем не менее, указывает скорее на его подчиненный статус в правовой системе (в первую очередь по отношению к законодателю), вытекающем из подчиненного положения нормативной / лингвистической неопределенности в юридической регламентации по сравнению с подавляющим большинством случаев / дел, которые регулируются и разрешаются на основании ясных и определенным образом применяемых правил: «Жизнь права в весьма значительной степени состоит в руководстве должностными и частными лицами посредством определенных правил, которые <...> в действительности *не* требуют от них в каждом новом случае свежего 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 судейского усмотрения] не должно маскировать тот факт, что и те рамки, в которых оно имеет место, и его главный конечный продукт относятся к общим правилам. Это правила, которые частные лица могут раз за разом применять к своим действиям, без дальнейшего обращения к официальным указаниям или усмотрению» [9, 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» [9, 154].

У Харта в «Понятии права» можно обнаружить и определенный механизм толкования судами законодательно установленных правил [См., в частности: 5, 54, 69-70], сочетающую своеобразную реконструкцию правотворческих намерений автора, опосредованную и ограниченную у философа соответствующим официальным текстом, и усмотрение (создание новых норм). Харт смешивает подходы, используя модели «образца» и «критериев», уподобляя истолкование общей нормы вычитыванию правила из конкретного образца. Когда устанавливается некое правило, и законодатели, и общественность имеют в виду конкретную проблему либо ситуации, которых нужно добиться или избежать; определяя общий термин с точки зрения предназначения того или иного правила, интерпретатор, в частности судья, начинаем с установления того образа, примера или конкретной ситуации, на которые нацелено данное правило. Так, истолковывая норму «Нахождение транспортного средства в парке запрещено», можно начать с размышления «Если что-нибудь и

является транспортным средством, то это – автомобиль». Принимая решение о том, применяется ли с точки зрения цели рассматриваемого правила (исключения движения автомобилей, автобусов и мотоциклов в парке) термин «транспортное средство» к роликовым конькам или к игрушечным машинкам, суд бы учитывал то, «в достаточной ли степени» представленные варианты в «значимых» отношениях напоминают ясный случай» применения правила / термина [9, 127]. Судья начинает с очевидного образца (автомобиль), а затем рассматриваем перечень критериев, позволяющих ему оценить, насколько близким по отношению к образцовому случаю является предлагаемое расширение области словоупотребления. Здесь будут и сходства (шум, угроза безопасности и порядку), и различия (загрязнение воздуха), одни критерии будут удовлетворены, другие – нет. «Усмотрение, предоставляемое <...> [судье, интерпретатору] языком, может быть весьма широкой; так что если он применяет правило, то заключение, даже не будучи случайным или иррациональным, в действительности составлять результат выбора. Он по своему выбору добавляет к ряду случаев новый случай из-за тех сходств, которые могут обоснованно отстаиваться и как уместные в юридическом смысле, и как в достаточной степени близкие ясному случаю. В отношении правовых норм, критерии уместности подобного сходства и его близости образцу зависят от многих сложных факторов, пронизывающих правовую систему, и от целей, достижение которых можно приписать рассматриваемому правилу. Охарактеризовать последние – значит охарактеризовать то, что является особенным или специфичным для правового мышления» [9, 127].

Крайности в оценке судейского усмотрения: критика Г. Хартом нормативного формализма и скептицизма. Итак, базируясь на метафорах «ядра и полутени» и «открытой структуры» юридического языка и раскрывая фундаментальную (частичную) неопределенность правил, Харт обосновывает ограниченное судейское усмотрение (правотворчество). Тем самым он пытается выстроить срединную, промежуточную позицию между нормативным формализмом и скептицизмом.

Формализм (механическая юриспруденция), отстаиваемые в основном представителями традиционного позитивизма, постулирует (в пределе, жесткую и всеобъемлющую) определенность норм права и, соответственно, отрицает судейское усмотрение и правотворчество, сводя роль судьи (любого субъекта права) к строгому, механическому применению установленных стандартов, что с очевидностью противоречит позиции Харта. Философ усматривает порок формализма в «таком отношении к вербально сформулированным правилам, когда пытаются и скрыть, и минимизировать потребность в <...> выборе [совершаемом (судьей) при приложении общих правил к частным случаям], как только было установлено общее правило» [9, 127]. Формализм «замораживает» значение нормы, так что его общие термины имеют одно и то же значение в каждом случае его (неясного) использования, постулируя некие черты соответствующего очевидного примера в качестве «необходимых и достаточных» для включения в область применения

данного правила всего, что имеет подобные свойства, вне зависимости от иных характеристик случаев-референтов либо социальных последствий осуществления такого правила. Пределом формализма выступает разработанный правоведами «рай понятий», обретаемый, когда «общему термину придется постоянное значение не только при каждом применении некоего единичного правила, но и всякий раз, когда он возникает в любом правиле правовой системы», что исключает потребность в каких-либо усилиях судьи / интерпретатора по толкованию данного термина в свете различных вопросов в различных повторяющихся ситуациях. Ценой вводимой таким образом определенности и предсказуемости, по Харту, будет слепая заданность поведения обычного гражданина и судьи в будущих неизвестных обстоятельствах и утрата возможности его оперативного исправления сообразно разумным социальным ориентирам: «ригидность наших классификаций вступает <...> в конфликт с теми целями, ради которых мы имеем или поддерживаем данное правило» [9, 129-130].

Не принимает Харт и скептического отношения к правилам, разделяемым в первую очередь сторонниками американского правового реализма. Согласно последнему, правила полагаются не более чем оправданиями действий суда, скрывающими его подлинную работу, и / или предсказаниями его будущих решений; судья здесь не связан общими нормативными стандартами (каждый случай требует самостоятельного разбирательства) и принимает решения исходя из иных индивидуальных и / или социальных факторов. По мысли философа, утверждение скептицизма, согласно которому «разговор о правилах – это миф, скрывающий истину о том, что право состоит лишь из решений судов и предсказаний последних», не является верным ни по отношению ко вторичным правилам (без которых невозможен ни сам суд, ни официальный / авторитетный статус его решений), ни по отношению к правилам первичным (которые разделяются индивидами не в качестве простой привычки или судебного прогноза, а как поведенческие стандарты и основания оценки и критики, в том числе действий судей и иных должностных лиц) [9, 136-138]. Более серьезным представляется Харту вызов скептицизма как «теории функционирования правил в судебных решениях», утверждающей нормативно неограниченное судебское усмотрение: применительно к судам «невозможно ограничить область открытой структуры права», а значит является неверным (бессмысленным) относиться к судам так, словно они подвластны правилам или «обязаны» разрешать вопросы так, как они это делают. Согласно «скептикам», суды могут действовать с достаточно предсказуемой регулярностью и единообразием, а судьи могут даже испытывать – предсказуемое – чувство принуждения при вынесении решений; однако «за этим не стоит ничего, что можно было бы описать как наблюдаемое ими правило. Нет ничего, что суды трактовали бы как образцы надлежащего судебного поведения, и, таким образом, в их поведении нет ничего, что обнаруживало бы внутреннюю точку зрения, характерную для принятия тех или иных правил [т.е. принятие правил в качестве стандартов

/ образцов собственного и чужого поведения и оснований для порицания]» [9, 138]. Указанная позиция, полагает философ, может быть связана с тем, что нормативный скептик выступает порой как «разочарованный абсолютист»: он обнаружил, что «правила – это совсем не то, чем они были бы в раю формалистов, или в мире, где люди подобны богам и могут предсказывать все возможные сочетания фактов, так что открытая структура не была бы необходимым аспектом правил». Недостижимость данного идеала ведет к отрицанию существования каких бы то ни было нормативов и связанности ими судебных инстанций: «тот факт, что правила, которые, по утверждению судей, ограничивают их в вынесении решений, имеют открытую структуру или исключения, которые невозможно заранее полностью определить, а также тот факт, что отклонение от правил не повлечет физических санкций по отношению к судьям <...> часто используются для укрепления позиции скептика» [9, 138-139]. Однако, подобная аргументация, по Харту, игнорирует действительные свойства норм, рассуждая в рамках дилеммы: «Либо правила являются тем, чем они были бы в раю формалистов, и связывают, как пути, либо не существует никаких правил, а есть лишь предсказуемые решения и поведенческие образцы». Такая дилемма ложна: правило, которое завершается словами «если не...», по-прежнему остается правилом [9, 139 ff]. Впоследствии Харт назовет скептическое отношение к правилам и обоснование произвольности судебных решений «ночным кошмаром» американской правовой мысли XX века. Он заключается в том, что «вопреки притязаниям на обратное, судьи создают то право, которое они применяют по отношению к сторонам, и не являются беспристрастными, объективными глашатаями существующего права». Несмотря на кажущуюся непредвзятость, судья в действительности является законодателем, неотличимым от политика, а раз так, то образ судейской беспристрастности – это полный обман. Между тем, по Харту, стороны или защитники вправе ожидать того, чтобы судьи применяли существующее право справедливо, а не создавали новое право для каждого случая [8, 127 ff].

Таким образом, Харт отвергает, как крайние и неудовлетворительные позиции, и формализм, и нормативный скептицизм – «Сциллу и Харибду юридической теории»: «Они являются великими преувеличениями, полезными, когда они исправляют друг друга, но истина лежит между ними» [9, 147].

Судейское усмотрение в споре между Хартом и Дворкиным. Полемика Герберта Харта и Рональда Дворкина относительно судейского усмотрения и правотворчества составляет одну из ярких сторон их противостояния (вместе с тем за расхождением в оценке роли судьи и статуса его решений стоят более фундаментальные причины: разница в онтологиях и методологиях авторов).

Критика Дворкиным теории усмотрения Харта (начиная с работы «Принимая права всерьез») является частью его общей критики предложенной Хартом позитивистской картины права. Дворкин отвергает основные положения теории Харта: что право состоит только из правил (тогда как, по мнению критика, оно включает также принципы и иные стандарты); что

правовые нормы определяются посредством «правила признания», т.е. через критерии, связанные с их происхождением, а не с содержанием (что может относиться к нормам, но не применяется к принципам); что там, где правило не предусматривает решения по делу, судьи обладают усмотрением (тогда как, по Дворкину, учет принципов отрицает это); и что в случаях судейского усмотрения, ни одна из сторон не имеет заранее существующего юридического права на выигрыш дела (надлежащее истолкование принципов и норм при отрицании усмотрения обуславливает наличие в праве одного правильного ответа на любой правовой вопрос) [7, 17].

Составляющей концепции Р. Дворкина является различие им «сильного» и «слабого» усмотрения. В первом случае усмотрением обладает принимающее решение лицо, когда оно «просто не связано стандартами, установленными соответствующей властью»; во втором случае усмотрение сводится к тому, что «стандарты, которые надлежит применять должностному лицу, не могут быть применены механически, но требуют вынесения определенного суждения (*judgement*)» [7, 31-32]. Поскольку Дворкин настаивает на включении в право наряду с правилами, действующими по модели «все или ничего», также и «принципов» (толкуемых им в качестве правовых стандартов, которые не могут задаваться правилом признания, измеряются не действительностью, а весом, и оцениваются при разрешении дела судьей по отношению к другим принципам [9, 261]), то «слабое» усмотрение представляется ему и очевидным, и неизбежным. А посему проблемным является обоснование усмотрения в сильном смысле. Однако, продолжает ученый, включение принципов в состав права делает ситуацию, при которой судьи «не связаны [официальными] стандартами», невозможной: они и вправду могут быть вынуждены выносить решения, применяя принципы (такие, как «никто не должен получать выгоду от своего правонарушения» и т.п.), но это лишь означает признание того, что всегда, когда это связано с принципами, судьи обладают «слабым» усмотрением.

Впоследствии (в «Империи права») Дворкин предлагает развернутое обоснование собственной концепции права как юридического интерпретативизма и холизма («права как целостности»). Право здесь не сводится к набору существующих конвенций, текстов, решений (к праву в «доистолковательном» / «доинтерпретативном» смысле), но является результатом их «конструктивного» / «творческого» истолкования через своеобразное наложение цели / ценности на предмет или практику, т.е. через определение принципов, которые и наилучшим образом «соответствуют» / согласуются с установленным правом и юридической практикой правовой системы, и обеспечивают им наилучшее моральное оправдание, показывая тем самым право «в его лучшем свете» [6]: право здесь приравнивается Дворкиным к его наилучшей интерпретации.

Отсюда вытекает ряд (противоположных друг другу) критических следствий для доктрины усмотрения Харта. С одной стороны, через принципы право укоренено в морали сообщества, ценностные противоречия которой

порождают споры о самих основаниях права («теоретические разногласия»), и делают дискуссионной любую интерпретацию любого юридического правила. Тем самым ставится под сомнение само разделение «ядра» и «полутени» значения норм (возможной стабилизации последнего), осуществляется своеобразная абсолютизация их «открытой структуры», подрывая таким образом указанные Хартом ограничения судейского усмотрения. С другой стороны, вхождение принципов в состав права в качестве ключевого, системообразующего элемента обеспечивает полноту, беспробельность права, (предзаданное) существование единственного правильного ответа на каждый юридический вопрос в системе. Подобная холистская трактовка, наоборот, не оставляет места для отстаиваемого Хартом судейского усмотрения. Неслучайно, что идеалом судьи для Дворкина выступает придуманный им Геркулес, «воображаемый судья со сверхчеловеческой интеллектуальной силой и терпением, трактующего право как целостность», т.е. знающий все нормы и принципы, и способный их правильно истолковать, соотнести и применить [6, 239].

В подтверждение полноты, беспробельности права Дворкин апеллирует к риторике судей и адвокатов, описывающей задачи суда, и к феноменологии принятия судебного решения, особенно по «сложным делам». Как замечает автор, судьи при решении дел и оказывающие на них давление адвокаты сторон не говорят, что судья «создает» право, в том числе в отношении новых, нестандартных дел. Даже в самом сложном из подобных случаев судья зачастую не обнаруживает осознания того, что есть, как считают позитивисты, две различных стадии в процедуре принятия решения: одна, на которой судья сначала находит, что существующее право не может предписать какого-либо решения, а вторая, на которой он затем отворачивается от существующего права с тем, чтобы *de novo* и *ex post facto* создать право для сторон согласно его представлению о том, что является наилучшим в данной ситуации. Вместо этого адвокаты обращаются к судье так, как если бы он всегда был заинтересован в том, чтобы обнаружить и реализовать существующее право, а судья выражается так, как если бы право было беспробельной системой правомочий, в которой решения по любому делу ожидают своего открытия, но не своего изобретения [7, 81; 6, 37-39]. Позиция же Харта, по мысли критика, по сути, означает юридическую произвольность судебной власти и ее решений, ее прямую конкуренцию с законодателем.

Наконец, в дополнение к сказанному, Дворкин обращает внимание на недемократизм и несправедливость концепции Харта. Во-первых, осуществляющие правотворчество судьи не избираются, тогда как демократия предполагает наделение подобными полномочиями лишь выборных представителей народа. Во-вторых, судейское усмотрение реализует форму ретроспективного правотворчества или правотворчества *ex post facto* [7, 84-85].

Широкая, обстоятельная и целенаправленная критика, проводимая Р. Дворкиным, потребовала соответствующего ответа со стороны Харта, который в итоге увидел свет в «Постскриптуме» к «Понятию права». Харт неоднократно указывает на общее неверное изложение его взглядов оппонентом,

что к тому времени уже считается известным фактом. С одной стороны, Харт признает принципы в качестве стандартов, составляющих правовую систему (поскольку не связывает правило исключительно с моделью «все или ничего», уподобляя его любому юридическому стандарту), и указывает на возможность ценностных и содержательных ограничений в правиле признания (отстаивая идею «мягкого позитивизма»); с другой стороны, он действительно отстаивает судебское усмотрение и, соответственно, отсутствие в этих случаях у любой из сторон процесса заранее существующего юридического права на выигрыш дела [9, PS].

Вместе с тем, предлагаемая Дворкиным критика доктрины судебское усмотрения Харта не ухватывает общего смысла последней. Ключевое обоснование британским философом усмотрения по «сложным» делам (когда право не предусматривает четкого решения) базируется на лингвистическом аргументе, упущенным (искаженным) в различении сильного и слабого усмотрения, т.е. на раскрытии «открытой структуры» правил и юридического языка, возникающих в пограничных случаях правоприменения. Харт не утверждает полного отсутствия здесь связанности судьи какими-либо официальными стандартами, наоборот, вполне допуская наличие здесь тех или иных нормативных стандартов, которые пусть и не предопределяют исхода дела, но сужают область возможных решений. С другой стороны, предлагаемая Дворкиным интерпретативная / холистическая картина права, процесса и судебного решения вовсе не исключает отстаиваемую Хартом неопределенность нормативных положений и образцов: даже несмотря на то, что официальные стандарты ограничивают сферу возможных решений, всегда «будут иметь место вопросы там, где существующее право [вне зависимости от того, идет ли речь о «правилах», «принципах» или иных стандартах] не может предписывать какого-либо решения в качестве решения правильного», т.е. такие вопросы, в отношении которых судьи должны применять «правотворческие полномочия» [9, 273]. Предлагаемое Дворкиным введение принципов в число официальных правовых стандартов не устраняет этой возможности, ибо принципы, как и правила, могут быть неопределенными, когда их ключевые слова и выражения попадают в область полутени значения (Принцип «никто не должен получать выгоду от своего правонарушения», будучи примененным к наследникам, чье неосторожное поведение привело к смерти их благодетеля, может быть столь же неопределенным, сколь и правило, согласно которому «нахождение в парке транспортного средства запрещено», в своем применении к мотороллерам [2, § I]). Рассуждение по аналогии или обращение к общим целям конкретных правовых норм, «безусловно, откладывает момент судебного правотворчества, [но] не устраняет его, поскольку в любом сложном деле могут присутствовать различные принципы, поддерживающие конкурирующие аналогии, и судье часто приходится выбирать между ними, полагаясь, подобно добросовестному законодателю, на свое понимание того, что является наилучшим, а не на любой уже установленный порядок приоритетов, предписанных для него правом. Только

если для всех подобных дел всегда может быть найден в существующем праве некоторый уникальный набор принципов более высокого порядка, приписывающий относительный вес или приоритеты таким конкурирующим принципам более низкого порядка, момент для судейского правотворчества был бы не просто отсрочен, но устранен» [9, 275].

Можно утверждать, что подобная неустранимость выбора (а соответственно и усмотрения) вполне совместима с построениями самого Дворкина, предполагающего выбор между ценностными ориентирами морали сообщества (притом, что обнаружение и экспликация объективных ценностных данностей, в том числе в рамках конкретного судебного процесса, составляет проблему), между возможными трактовками институциональной истории правовой системы и ее наилучшими ценностными обоснованиями / оправданиями, между конкурирующими правовыми принципами, целями, аналогиями и т.п. В этом смысле отстаиваемый Дворкинским тезис (предзаданного) единственного правильного ответа повисает в воздухе (если, конечно, он не трактуется в духе догматической юриспруденции и / или *ex post facto*: то, что в итоге принято и получает официальное признание, и составляет правильный ответ) и нуждается в дополнительном обосновании.

При этом, согласно Харту, используемые оппонентом апелляции к официальному словоупотреблению не образуют здесь надлежащей аргументации (выступают овеществлением юридической риторики и мифологии). Философ признает, что известный язык судебной процедуры способствует представлению об отсутствии в развитой правовой системе юридически неурегулированных случаев (в частности, имеется «давняя европейская традиция и доктрина разделения властей, которая инсценирует различие между Законодателем и Судьей, настаивая, что Судья всегда <...> есть простой “голос” (*mouthpiece*) права, которое им не создается или не формируется»). Между тем, полагает автор, следует разграничивать ритуальный язык, используемый судьями и адвокатами при решении судебных дел, от их более продуманных общих утверждений о судебном процессе, подчеркивающих наличие неурегулированных правом ситуаций и судейского правотворческого усмотрения [9, 274]. В этом контексте, можно говорить о том, что основанная на юридическом словоупотреблении критика Дворкинским Харта не учитывает инаковости методологической позиции последнего, разделяемой им (здесь: скорее «внешней») перспективы, не связанной официальной риторикой правовой системы, в том числе отрицающей судейское усмотрение [Прим III]. В итоге, Харт называет холизм Дворкина утопической «благородной мечтой»: утверждение, в соответствии с которым судьи никогда не создают нового права, не определяют то, каким оно должно быть, но всего лишь применяют его (пусть порой и прямо не выраженное (например, как в случае с принципами)) согласно собственной трактовке, противоречит существующим свидетельствам, необоснованно отрицает реальность судейского усмотрения [8, 127 ff].

Определенную проблему для теории Харта можно увидеть в заявлениях Дворкина о (ценностно-обусловленной) неустранимой дискуссионности

любого положения в системе, и в связанном с этим возможным отрицанием стабильного «ядра» значений правовой нормы, радикализации «открытой структуры» ее языка. Несмотря на отсутствие прямого ответа на данный выпад в Постскриптуме (в первом издании «Понятия права» Харт с очевидностью отстаивает подобный взгляд, критикуя нормативный скептицизм), его, как кажется, вполне можно реконструировать, причем в выигрышном для Харта свете. В частности, в контексте общей методологии философа (прежде всего его приверженности идеям лингвистической аналитической философии, постулатам Л. Витгенштейна об отсутствии у знака объективного значения и невозможности логического решения парадокса следования правилу [Прим IV]) можно утверждать признание автором возможности существования множества интерпретаций знака / правила. Последнее, однако, не противоречит тому, что в применении к конкретной практике эти интерпретации приостанавливаются, прекращаются: внутри сообщества устанавливается относительно стабильная связь между знаком (правилом) и референтом, формируются традиционные значения (способы толкования / употребления), т.е. (в среде бесчисленных пограничных ситуаций) ясные случаи толкования правила, следования ему. Такой взгляд делает утверждения Дворкина вполне совместимыми с концепцией юридического языка британского философа.

Отвергает Харт и вменение ему неограниченной версии судейского усмотрения и правотворчества. Он еще раз подчеркивает подчиненный характер судебной деятельности законодательно установленным нормативам: «Полномочия судьи не только подчинены многим ограничениям, *сужающим его выбор*, от которых законодательный орган может быть совершенно свободен, но, поскольку полномочия судьи применяются только для того, чтобы разрешить конкретное текущее дело, он также не может использовать их для проведения широкомасштабных реформ или принятия новых кодексов. Таким образом, его полномочия носят *промежуточный* характер и подчинены многим существенным ограничениям. <...> [Усмотрение не означает произвольности: судья] всегда должен иметь общие основания [например, принципы, цели и задачи права, юридические аналогии и проч.], оправдывающие его решение, и он должен действовать так же, как бы действовал добросовестный законодатель, принимая решения согласно своим собственным убеждениям и ценностям» [9, 273].

Парирует Харт и обвинения Дворкина в недемократизме и несправедливости его доктрины усмотрения и правотворчества. В частности, философ указывает, что судейское правотворчество в ситуации неурегулированности правового спора – это «необходимая цена за обход неудобства альтернативных методов их регламентации, таких как обращение к законодательному органу. И эта цена может выглядеть небольшой, если судьи ограничены в применении этих полномочий и не вправе формировать кодексы или проводить широкомасштабные реформы, но могут только создавать правила для решения частных вопросов, возникающих в рамках конкретных дел». Кроме того, «делегирование ограниченных законодательных полномочий

исполнительной власти – известная черта современных демократий, и такое делегирование судебной власти не выглядит большей угрозой демократии. При обеих формах делегирования выборный законодательный орган будет иметь остаточный контроль и вправе отменить или внести поправку в любые правовые нормы более низкого порядка, которые он находит неприемлемыми». Наконец, «когда, как в США, полномочия законодательной власти ограничены писаной конституцией и у судов есть широкие полномочия по конституционному контролю, демократически избранный законодательный орган может оказаться неспособным отменить акт судебного нормотворчества. Тогда окончательная демократическая регламентация может гарантироваться только с помощью громоздкого механизма внесения конституционных поправок. Это та цена, которую необходимо заплатить за правовые ограничения государственной власти» [9, 275-276]. Что касается упрека в несправедливости судейского усмотрения как правотворчества с обратной силой или *ex post facto*, то, возражает Харт, подобная трактовка обусловлена следующим: она «разочаровывает оправданные ожидания тех, кто в своем поведении основывался на предположении, что правовые последствия их действий будут определяться известным состоянием права, установленным на момент их совершения. Однако даже если это возражение имеет силу против ретроспективного изменения или отмены судом ясно установленного права, оно видится совершенно неуместным в сложных делах, которые не полностью урегулированы правом и в которых нет известного состояния ясного установленного права, необходимого для того, чтобы оправдывать ожидания» [9, 276].

Резюмируя вышеизложенное, отметим, что итогом рассуждений Герберта Харта стало последовательное обоснование судейского усмотрения и правотворчества (его неизбежности, ограниченности и подчиненного характера) на основе доктрины «открытой структуры» правил / юридического языка, с привлечением иных сопутствующих аргументов. Подобная концепция, выступая срединной позицией между формализмом и холизмом, с одной стороны, и нормативным скептицизмом, с другой, можно рассматривать как значимый вклад британского философа в теорию юридического (судебного) решения, в общую теорию и философию прав в целом.

Примечания

I. Следовательно, заключает автор, «в этом смысле авторитетный общий язык, посредством которого выражается правило, может руководить столь же неопределенно, сколь и авторитетный пример. <...> Язык правил лишь выделяет авторитетный пример, т.е. пример, образуемый ясным случаем. Это может использоваться во многом так же, как и прецедент, хотя, в отличие от последнего, язык правил и ограничит множество аспектов, требующих внимания, с большим постоянством и большей четкостью» [9, 127].

II. Исходя из различных предсказательных возможностей человека в разных областях поведения, Харт называет следующие средства восполнения неопределенности в праве: 1) изначальное установление правила, требующего конкретных действий, с небольшой «открытой структурой» (запрет убийства), 2) предельно общее законодательное регулирование (стандарты «справедливой цены» и «безопасной системы работы» для промышленности) с делегированием их конкретизации уполномоченному административному органу с учетом особенностей соответствующих социальных ситуаций, и 3) употребление общераспространенных критериев «разумности» (например, должной осторожности в ситуации небрежности), которые осмысливаются самими индивидами и *ex post facto*, в случаях нарушения, корректируется судом [9, 131-134]. Несмотря на то, что суд упоминается здесь лишь в третьем случае, на базе доктрины Харта вполне логично предположить существование неустранимой «открытой структуры» правил во всех этих случаях, что ведет и к соответствующей универсализации судебсого усмотрения.

III. Дворкин в этом плане, по-видимому, наоборот, исходит из официального словоупотребления, как основания построения своей концепции и ее верификации (что, в свою очередь, как кажется, упускается Хартом).

IV. Ср. с формулировкой парадокса у Л. Витгенштейна «Наш парадокс был таким: ни один образ действий не мог бы определяться каким-то правилом, поскольку любой образ действий можно привести в соответствие с этим правилом. Ответом служило: если все можно привести в соответствие с данным правилом, то все может быть приведено и в противоречие с этим правилом. Поэтому тут не было бы ни соответствия, ни противоречия. <...> Существует такое понимание правила, которое является не интерпретацией, а обнаруживается в том, что мы называем “следованием правилу” и “действием вопреки” правилу в реальных случаях его применения» [1, §201]. Идея «открытой структуры» правил / языка Харта есть ни что иное как ответ философа на данный парадокс.

Список использованных источников:

1. Витгенштейн Л. Философские исследования // Витгенштейн Л. Философские работы. Ч. I. М., 1994.
2. Лайгер Б. За пределами спора Харта и Дворкина: о методологической проблеме в юриспруденции // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2 СПб., 2011.
3. Харт Г.Л.А. Определение и теория в юриспруденции // Правоведение. 2008. № 5. С. 6-32.
4. Харт Г.Л.А. Приписывание ответственности и прав // Юриспруденция в поисках идентичности: Сборник статей, переводов, рефератов. Самара, 2010. С. 242-270.
5. Bix В. H.L.A. Hart and the «Open Texture» of Language // Law and Philosophy. 1991. № 1. Pp. 51-72.

6. Dworkin R. Law's Empire. Cambridge, Mass., 1986.
7. Dworkin R. The Model of Rules I // Dworkin R. Taking Rights Seriously. Cambridge, Mass., 1977.
8. Hart H.L.A. American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream // Hart H.L.A. Essays in Jurisprudence and Philosophy. Oxford, 1983.
9. Hart H.L.A. The Concept of Law. 2nd ed. Oxford, 1994. (Рус. пер. первого издания: Харт Г.Л.А. Понятие права. СПб., 2007).
10. Himma K. E. Inclusive Legal Positivism // The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. Oxford, 2002. P. 125-165.

ДОКТРИНА СУДЕЙСКОГО УСМОТРЕНИЯ В КОНЦЕПЦИИ ГЕРБЕРТА Л.А. ХАРТА

С. Касаткин

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

Статья посвящена рассмотрению доктрины судейского усмотрения (правотворчества) британского философа-позитивиста Г.Л.А. Харта, анализируются лежащие в ее основе лингвистические и иные аргументы, критика Хартом формализма и нормативного скептицизма, а также изучается связанный с усмотрением спор между Г. Хартом и Р. Дворкиным.

Ключевые слова: Г.Л.А. Харт, Р. Дворкин, правило, юридический язык, неопределенность в праве, судейское усмотрение, судейское правотворчество, толкование права, правоприменение, открытая структура права, ядро и полутень значения, центральные и периферийные случаи словоупотребления, юридический позитивизм, формализм, скептицизм в отношении правил, американский правовой реализм, юридический интерпретативизм, юридический холизм.

DOCTRINE OF JUDICIAL DISCRETION IN THE CONCERTION OF HERBERT L.A. HART

S. Kasatkin

Samara Academy of Humanities,

Samara, Dybenko Str., 21, e-mail: kasatka_s@bk.ru

This article is devoted to the consideration of the doctrine of judicial discretion, proposed by British legal philosopher Herbert L.A. Hart, to the analysis of its underlying linguistic and other arguments as well as of Hart's critique of formalism and rule-skepticism, and also to the study of the relevant debate between H. Hart and R. Dworkin.

Key-words: Herbert H.L. Hart, R. Dworkin, rule, legal language, indeterminacy / vagueness in law, judicial discretion, interpretation of law, application of law, open texture of law, core and penumbra of meaning, central and peripheral cases of language use, legal positivism, formalism, rule-scepticism, American legal realism, legal interpretativism, legal holism.