



<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-288-308>

EDN: SFWNCD

Научная статья / Research Article

## Проблема оснований и критериев права: критика теории социальных правил и конвенционального «правила распознавания» в доктрине «раннего» Р. Дворкина

С.Н. Касаткин  

Самарский государственный экономический университет,

г. Самара, Российская Федерация

 [kasatka\\_s@bk.ru](mailto:kasatka_s@bk.ru)

**Аннотация.** Предмет — доктрина американского правоведа Рональда Дворкина, представленная в очерке «Социальные правила и правовая теория» (1972) и рассматриваемая как этап в его масштабной полемике с юридическим позитивизмом. В рамках данной доктрины автор критикует базовую для оппонентов теорию «социальных правил» и конвенционального «правила распознавания», требующую согласованного единства практики, отстаивая спорность и моральную ангажированность нормативных оснований права, их приоритет и автономию относительно практик сообщества. Актуальность темы обусловлена как фундаментальностью спора Р. Дворкина и позитивистов, так особенностями (мало обсуждаемой) доктрины 1972 года, сформировавшей ряд «сквозных» для него элементов. Статья имеет целью систематизацию и оценку доктрины 1972 года, опирается на тексты автора, его оппонентов и исследователей, использует различные инструменты, прежде всего идейно-исторический метод, сосредоточенный на разьяснении взглядов и проблем, развивающихся в истории мысли. Результатами исследования выступают обобщение оригинальных компонентов доктрины Р. Дворкина 1972 года, ее локализация в контексте спора автора и позитивистов, выявление ее идейно-исторических следствий. В качестве выводов в статье подчеркивается стимулирующая роль доктрины 1972 года для эволюции соперничающих подходов, а также ее потенциал для философии права, ассоциируемый с проблематизацией Р. Дворкином связи нормативности и фактичности в праве, лингво-аналитической идеи правила как обыкновения и конвенционалистской трактовки оснований права, децентрирующей нормативные разногласия.

**Ключевые слова:** Р. Дворкин, юридический позитивизм, основания права, юридическая действительность, правило распознавания, конвенциональность права, разногласия в праве, право и мораль

**Конфликт интересов.** Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

**Информация о финансировании.** Исследование подготовлено при финансовой поддержке РФФИ, проект № 20-011-00914 «Проект позитивизма сегодня: историческая траектория, проблемное поле и система юридического позитивизма в англо-американской традиции».

*Дата поступления в редакцию: 30 октября 2022 г.*

*Дата принятия к печати: 15 апреля 2023 г.*

---

© Касаткин С.Н., 2023



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode>

**Для цитирования:**

*Касаткин С.Н.* Проблема оснований и критериев права: критика теории социальных правил и конвенционального «правила распознавания» в доктрине «раннего» Р. Дворкина // *RUDN Journal of Law*. 2023. Т. 27. № 2. С. 288—308. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-288-308>

**Issues of foundations and criteria of law:  
criticism of the theory of social rules and conventional rule  
of recognition in “early” R. Dworkin’s doctrine**

**Sergei N. Kasatkin**  

Samara State University of Economics, *Samara, Russian Federation*

 [kasatka\\_s@bk.ru](mailto:kasatka_s@bk.ru)

**Abstract.** The article investigates the doctrine of an American jurist, Ronald Dworkin, presented in the essay “Social Rules and Legal Theory” (1972) and considered as a stage in his large-scale polemics with legal positivism. In this doctrine the author criticizes the theory of “social rules” and the conventional “rule of recognition”, which is basic for his opponents. The theory requires an agreed unity of practice and defends the controversial character and moral engagement of normative grounds and criteria of law, their priority and autonomy against community practices. The relevance of the topic is due both to the fundamental nature of the Dworkin — positivists dispute, and peculiarities of the 1972 doctrine, which formed a number of its “cross-cutting” elements. The article is aimed at systematization and assessment of the 1972 doctrine, relies on the texts by its author, his opponents and researchers, and uses various tools, primarily the ideological and historical method, focused on explication of views and issues developing in the history of thought. The study results are generalization of original components of R. Dworkin’s 1972 doctrine, its localization within the dispute between the author and positivists and discerning its ideological and historical implications. Summing up the article emphasizes a stimulating role of the 1972 doctrine for evolution of the rival approaches, as well as its potential for the philosophy of law, associated with R. Dworkin’s problematization of a link between normativity and facticity in law, linguistic-analytical idea of a rule as a practice, and conventionalist account of foundations of law which decenters normative disagreements.

**Key words:** R. Dworkin, legal positivism, foundations of law, legal validity, rule of recognition, conventionality of law, controversies in law, law and morality

**Conflict of interest.** The author declares no conflict of interest.

**Funding information.** The study is funded by RFBR, project No. 20-011-00914 “The positivism project today: historical trajectory, problem field and system of legal positivism in the Anglo-American tradition”.

*Article received 30th October 2022*

*Article accepted 15th April 2023*

**For citation:**

Kasatkin, S.N. (2023) Issues of foundations and criteria of law: criticism of the theory of social rules and conventional rule of recognition in “early” R. Dworkin’s doctrine. *RUDN Journal of Law*. 27 (2), 288—308. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-288-308>

**Введение**

В центре внимания настоящей статьи находится полемика между американским правоведом Рональдом Дворкином и сторонниками влиятельного учения юридического позитивизма — масштабная дискуссия о надлежащем объяснении права

и организации правовой теории, системообразующая для языка и повестки современной англо-американской правовой философии. Охватывая широкий круг концептуальных, ценностных и практических тем (понятие и состав права, юридическая действительность и определенность, судебское решение и усмотрение, юридическое толкование и аргументация, методология юриспруденции и пр.), данная полемика актуальна как в плане ее обособленного исторического и систематического изучения, так и с точки зрения компаративной рефлексии образцов юридического теоретизирования за пределами систем общего права.

### **Р. Дворкин в очерке 1972 года «Социальные правила и правовая теория»**

Статья сосредотачивается на построениях Р. Дворкина в очерке 1972 года «Социальные правила и правовая теория» (Dworkin, 1972: 855—890)<sup>1</sup>. Автор обращается здесь к господствующему в (англо-американском) позитивизме воззрению об укорененности права в факте принятия обществом правила распознавания, которое фиксирует институциональные критерии действительности норм системы и обусловливает возможность отделения права от морали и его ценностно-нейтральную концептуализацию. При этом само правило распознавания мыслится как социальное конвенциональное правило, трактующее единообразную практику судей и должностных лиц по идентификации и применению права в качестве обязывающего образца. Р. Дворкин отвергает состоятельность такого взгляда, который, по его мнению, выводит должное из сущего и локализует начала права в конвенции, требующей согласия в оценке единообразного поведения. В противовес автор акцентирует нормативность оснований юридических правил и обязанностей, их масштабную спорность, морально-политическую ангажированность и автономию от социальных практик, связывая «юридичность» стандартов с конкурирующими нормативными теориями правоведов и судей, претендующими на «наиболее здравое» объяснение и легитимацию действующего права.

В таком качестве доктрина 1972 года представляется ценной для анализа, особенно на фоне ее ограниченного обсуждения в зарубежной литературе и полного отсутствия такового в российской среде. Демонстрируя фундаментальность суждений Р. Дворкина, она не просто дополняет его известный вызов позитивистам — «юриспруденцию принципов» (Dworkin, 1967: 14—46), но, по сути, задает ряд ключевых линий в их дальнейшей полемике, предвосхищая наиболее дебатлируемые сегодня и знаковые для восприятия автора идеи «тезиса о правах», «теоретических разногласий», «семантического укуса», «права как толкования», «права как целостности» и т.д. (Dworkin, 1978: 81—130; Dworkin, 1985: 119—204; Dworkin, 1986: 1—275; и др.).

В свете сказанного цель настоящей статьи состоит в обобщении и анализе основных (оригинальных) элементов доктрины Р. Дворкина 1972 года, оценке ее идейно-исторических следствий в контексте спора автора с позитивизмом. Соответственно, по своей структуре статья включает 1) изложение исходных позиций сторон в данном споре, в том числе очерк учения Г. Харта 1961 года, ее критики Р. Дворкином 1967 года и ответов позитивистов, 2) выявление и разъяснение ключевых положений доктрины Р. Дворкина 1972 года, затрагивающих вопросы оснований и критериев права, а также 3) оценку ее места и значимости в развитии полемики автора с позитивизмом, в том числе определение ее неучтенного оппонентами потенциала.

<sup>1</sup> Далее цитирование этого очерка Р. Дворкина будет вестись по изданию 1978 года (Dworkin, 1978: 46—80).

**Р. Дворкин против позитивистов (1967):  
проблема объяснения правовых принципов**

*1. Отправная точка: позитивистская концепция Г. Харта*

Исследование доктрины Рональда Дворкина 1972 года следует начать с фиксации предшествующего ей идейно-исторического контекста. Как отмечалось, указанная доктрина выступает одним из этапов в споре автора с позитивистами, в связи с чем определение базовых моментов данной полемики необходимо как для понимания анализируемых заявлений Р. Дворкина, так и для их адекватной оценки.

Как известно, отправной точкой для современного англо-американского позитивизма и, соответственно, для обсуждаемой полемики стало учение британского философа и правоведа Герберта Харта. Рассуждая в свете начал философско-лингвистического анализа, Г. Харт стремится реанимировать идущий от британских утилитаристов-позитивистов (Джеремии Бентама, Джона Остина и др.) проект аналитической юриспруденции как философского объяснения основополагающих правовых понятий (Hart, 1958:600). Он заявляет общую, описательную и морально-нейтральную концептуализацию права как системы правил, опирающуюся на понятийно-лингвистические структуры и институциональные практики сообщества (Hart, 1961: 1—17; ср.: Hart, 1994:239—240). При этом автор отвергает, как «искажающее факты», классическое «командное» истолкование права через приказы суверена: по его мнению, подобная трактовка, помимо прочего, не позволяет адекватно объяснить нормативную природу права (сводя его к простым эмпирическим фактам), а также скрывает его институциональную сложность (Hart, 1961:18—78; Postema, 2011: 267).

Собственный подход Г. Харта центрирует идею социального правила, противопоставленную идее «обыкновения» (*habit*). Последняя используется Дж. Остином в объяснении массового соблюдения приказов властей в политическом сообществе, фундаментального для правовой системы. По Г. Харту, и правило, и обыкновение предполагают наличие общего (единообразного, пересекающегося) регулярного поведения большинства членов социальной группы в тех или иных обстоятельствах. Вместе с тем правило отличается от обыкновения в трех важных моментах. Во-первых, отступление от поведения, регулируемого правилом, обычно рассматривается как упущение или виновное действие, открытое для порицания / критики, и сталкивается с социальным давлением. Во-вторых, подобное отступление считается надлежащим основанием для такой критики и требований следовать правилу, которые тем самым являются оправданными в отношении всех членов группы. В-третьих, соответствующее поведение полагается общим стандартом, обязательным для группы в целом. Т.е., согласно Г. Харту, помимо (присущего и обыкновению) «внешнего аспекта» — доступного наблюдению регулярного поведенческого единообразия, для существования социального правила необходим также «внутренний аспект» — критическое осмысленное отношение к определенным образцам поведения как общим стандартам, выражающееся в отмеченной критике и требованиях соответствия, в признании их легитимности (Hart, 1961: 55—57; Raz, 1990: 51—53).

С этих позиций Г. Харт объясняет право в качестве «единства» первичных и вторичных правил, различающихся между собой по логической форме, социальным функциям, уровням в системе (Hart, 1961: 18—49, 79—123). Так, наряду с «первичными» правилами — обязывающими стандартами, направленными прежде всего на регулирование поведения граждан, британский правовед указывает на существование в правовой системе «вторичных» правил, наделяющих полномочиями должностных и частных лиц (Hart, 1961: 26—49). В числе последних Г. Харт выделяет три типа

метаправил: во-первых, правила распознавания (*recognition*)<sup>2</sup> или идентификации, определяющие, что считать юридическими правилами в рассматриваемой системе; во-вторых, правила изменения, точнее, правотворчества, касающиеся создания, корректировки и отмены действующих юридических правил; в-третьих, правила судебного решения (*adjudication*), точнее, по сути, правоприменения, наделяющие полномочиями разрешать споры, констатировать правонарушения, а также привлекать нарушителей к ответственности. Учреждение подобных метаправил трактуется Г. Хартом в качестве фундаментального механизма устранения проблем неопределенности, статичности и неэффективности доправовой нормативной регламентации и водораздела в становлении правопорядка как такового (Hart, 1961:94), а идея единства первичных и вторичных правил полагается им концептуальной моделью, способной объяснить сложность институциональной организации правовых систем (Hart, 1961:81, 98–99; Schauer, 2006:869).

Ключевым среди метаправил Г. Харта называется правило распознавания. В его концепции таковое играет роль предельного основания правовой системы, условия ее автономии и единства, выступая авторской альтернативой фигуре суверена в командной теории Джона Остина и «основной норме» в чистом учении о праве Ганса Кельзена. В отличие от других правовых стандартов правило распознавания не обладает юридической действительностью, но является социальным фактом, обнаруживаясь в конвенции и согласованной практике судей и должностных лиц по установлению и воспроизводству того, что является правом в сообществе. Функционально правило распознавания (апеллируя прежде всего к официальным источникам права) определяет «авторитетные критерии идентификации» юридических правил — набор признаков, наличие которых у предполагаемого стандарта принимается сообществом в качестве исчерпывающего утвердительного указания на его юридический статус и должное подкрепление социальным давлением (Hart, 1961:79–123)<sup>3</sup>. Отсюда существование, власть и обязывающий характер юридического правила определяется не по его (моральным) достоинствам, но исходя из его соответствия институциональным критериям, принятым в правопорядке: из противоречия правила моральным стандартам автоматически не следует утрата им юридической действительности так же, как из моральной желательности правила с необходимостью не следует его юридическая сила (Hart, 1958:594; Hart, 1961:185—186).

Осмысливая право в качестве системы правил, Г. Харт, вместе с тем отмечает ограниченность юридической регламентации. По его мнению, в силу невозможности

<sup>2</sup> Отечественный перевод выражения «*rule of recognition*» как «правила признания», несмотря на свою распространенность, видится менее удачным. С одной стороны, он не выражает важную функцию данного правила — идентификацию (распознавание, узнавание) юридических правил, связанную с институционализацией критериев действительности юридических правил и тем самым с их отграничением от иных социальных стандартов. С другой стороны, он совпадает / пересекается с русскоязычным переводом другого важного для Г. Харта термина «*acceptance*», имеющего иной смысл и призванного отразить признание или принятие юридических правил участниками правовой коммуникации с «внутренней точки зрения» (ср.: Hart, 1961: 56 ff.).

<sup>3</sup> Следует отметить неоднозначность в изложении Г. Хартом идеи «правила распознавания». Так, среди прочего он употребляет данный термин как в единственном, так и во множественном числе, а равно, полагая его в качестве разновидности «вторичных» правил (наделяющих полномочиями / властью), одновременно мыслит его в качестве верховного правила, обязывающего судей и должностных лиц в системе (ср.: Hart, 1961: 94—110, etc.). В рамках данной статьи правило распознавания Г. Харта обсуждается в качестве предельного основания правовой системы, фиксирующего критерии юридической действительности ее стандартов.

всесторонне предопределить значение языковых терминов, построенные на них юридические правила имеют «открытую текстуру», обеспечивая руководство в большинстве ясных / типичных случаев, но оказываясь смутными в пограничных / спорных ситуациях, с необходимостью требуя от судей (правоприменителей) выбора между заданными альтернативами, т.е. использования усмотрения (Hart, 1961:124–129).

## 2. Вызов Р. Дворкина: «модель правил» и «юриспруденция принципов»

Концепция Герберта Харта, взятая в качестве наиболее продвинутой и влиятельной версии юридического позитивизма, становится объектом целенаправленной критики со стороны американского правоведа, Рональда Дворкина, начиная с его известного очерка «Модель правил» 1967 года (Dworkin, 1967: 14—46)<sup>4</sup>. При этом если Г. Харт исходно ассоциирует позитивистский характер своей доктрины лишь с тезисом об отсутствии необходимой понятийной связи между правом и моралью (выражающимся прежде всего в разграничении действительности юридического правила и его моральной ценности) (Hart, 1961: 185–186 ff.; Hart, 1958: 594, etc.; Schauer, 2006: 876–877), Р. Дворкин использует собственную трактовку позитивизма, излагая его через три компонента, обозначаемые в литературе как тезисы происхождения, усмотрения и обязанности (Shapiro, 2007: 7–10; Patterson, 2021: 678).

Итак, по Р. Дворкину, во-первых, позитивизм мыслит право в качестве совокупности правил (стандартов «все или ничего»), устанавливающих поведение, подлежащее принуждению или наказанию со стороны публичной власти. Данные правила идентифицируются — через критерии в верховном правиле системы — по своему происхождению / «родословной», т.е. способу их (официально-властной) разработки и принятия, а не по их содержанию, моральной ценности (Dworkin, 1978: 17, 21).

Во-вторых, позитивизм признает ситуации исчерпанности / пробельности права, когда решение по делу не предусматривается ясным или подходящим юридическим правилом и когда «применение права» невозможно: в этих случаях судьи «действуют по своему усмотрению», (произвольно) применяя внеправовые стандарты и создавая на их основе новые юридические правила или дополняя прежние (Dworkin, 1978: 17, 33).

В-третьих, позитивизм связывает наличие у лица юридической обязанности исключительно с существованием юридического правила — отсюда использование судьей усмотрения в спорных случаях не может считаться обеспечением корреспондирующей обязанности юридического правомочия (ни одна из сторон в подобных делах не имеет предзаданного права на победу) (Dworkin, 1978: 17).

Как следует из приведенных позиций, Р. Дворкин переформулирует позитивизм с точки зрения практики судопроизводства и обоснования прав и обязанностей субъектов — сторон в процессе: ключевая для Г. Харта доктрина сложной системы первичных и вторичных правил, восходящей к правилу распознавания, «сжимается» здесь в рамках одного тезиса происхождения, дополняемого скорее второстепенными для британского правоведа тезисами усмотрения и обязанности (Schauer, 2006:869—881, etc.). Главный же для позитивизма «тезис делимости» лишь подразумевается в расшифровке тезиса происхождения (ср.: Dworkin, 1978:44;46), при этом постоянно присутствуя в критических рассуждениях Р. Дворкина, по сути выступая в качестве

<sup>4</sup> В собрании работ Р. Дворкина «Принимая права всерьез» данный очерк публикуется под названием «Модель правил I» (Dworkin, 1978:14—45). Далее цитирование этого очерка будет вестись по изданию 1978 года.

оппозиции его базовой установке об укорененности права в морали сообщества (Priel, 2020:23—32), а также в качестве основной мишени его критики (Shapiro, 2007:5, etc., Pattaro, 2005:179).

В изложенном виде позитивистское учение отвергается Р. Дворкином как несоответствующее юридической (судебной) практике. По мысли критика, позитивизм выступает моделью системы правил и для системы правил, а его центральное понятие единичного основополагающего критерия права не позволяет увидеть важную роль отличных от правил юридических стандартов, прежде всего правовых принципов (Dworkin, 1978:22).

Формулируя собственный подход, Р. Дворкин отстаивает — упускаемую позитивизмом — специфику принципов, прежде всего их «логическое» отличие от правил. Согласно автору принципы не работают по модели «все или ничего», давая лишь общие основания или ориентиры для судебного решения. Они измеряются не действительностью, а «весом», и соответственно не поддаются исчерпывающей фиксации. Отсюда они также могут конкурировать между собой в применении к конкретным случаям, не утрачивая своего правового характера (Dworkin, 1978:24—28).

Как только мы вычленим принципы как отличные от правил правовые стандарты, продолжает Р. Дворкин, мы осознаем их всепроникающее присутствие. Будучи типичными для юридической практики и судебной аргументации, они воспринимаются (судьями и участниками процесса) как обязывающие стандарты, составляющие «право, как оно есть», а не «право, каким оно должно быть» — ориентиры в применении усмотрения (Dworkin, 1978:28; Postema, 2011: 406—407; ср.: Hart, 1958:605—615). Более того, принципы играют здесь определяющую роль, формируя аргументативную основу как для применения действующих юридических правил, так и для вынесения судебных решений в случаях неопределенности, противоречивости или отсутствия таких правил, либо даже вопреки последним (при их неразумности, несправедливости и т.п.) (Dworkin, 1978:28—39, etc.). Как следствие, принципы исключают возможность судейского правотворчества и обеспечивают легитимность утверждений о правах и обязанностях участников процесса даже в сложных делах (Dworkin, 1978:44).

Вместе с тем, по мысли Р. Дворкина, вопреки «модели правил», принципы включаются в правовую систему не по критериям происхождения, а в силу своего авторитета — «чувства правильности», которое с течением времени формируется в профессиональной корпорации и в обществе в целом. Иначе говоря, в отношении принципов неуместно строгое разделение их обоснования / оправдания и юридического статуса: обязывающая сила принципа есть следствие его ценностной значимости и укорененности в морали сообщества (Dworkin, 1978:40—41). Более того, содержание и вес принципа, а равно система принципов конкретной юрисдикции не исчерпываются частными примерами их официального закрепления, но определяются в контексте «сплава» практики, истории системы, и множества меняющихся и взаимодействующих юридических и иных представлений и стандартов (Dworkin, 1978:32). Это, в свою очередь, обуславливает невозможность идентификации правовых принципов через сколько-нибудь четкий, всеобъемлющий и постоянный критерий (набор критериев), подразумеваемый в идее правила распознавания (Dworkin, 1978:43—44).

С этих позиций, резюмирует американский правовед, позитивистская модель системы правил, выделенных и объединенных по своему «происхождению», не способна учесть специфику принципов как особых правовых стандартов. Она не может — даже расширяя элементный состав права — адекватно объяснить глубинную

моральную ангажированность правовых принципов, отраженную в характере их включения в правовую систему и функционирования в юридической практике. Она также не может, оставаясь в рамках конструкции правила распознавания, предложить работающий ценностно-нейтральный критерий, который бы объяснял содержание, применимость и вес многообразия принципов, принимаемых в правовой системе, и тем самым позволял четко отграничивать право от морали. Как следствие, позитивистская юриспруденция должна быть отброшена (Dworkin, 1978:43—45, etc.).

### 3. Ответы Р. Дворкину: *исключающий и включающий позитивизм*

Вызов Р. Дворкина, изложенный в очерке 1967 года, имел большой резонанс в англо-американском правоведении, получив различные оценки и контраргументацию. Представители позитивизма во многом приняли доводы критика о широте использования и особой роли правовых принципов в юридическом рассуждении, о тесной связи обязывающего статуса правовых принципов с их морально обусловленной разумностью, правотой. Вместе с тем они разошлись относительно теоретической значимости данного факта — его надлежащего объяснения и совместимости с позитивизмом. Споры коснулись не только места морали в юридической аргументации, но и понимания самих базовых постулатов позитивистской теории, породив значимое сегодня деление ее сторонников на два лагеря: «исключающего» / «жесткого» и «включающего» / «мягкого» позитивизма (Leiter, 2003:11—15; Shapiro, 2007:18—26; Postema, 2011:407; Patterson, 2021:680—682).

Первый тип ответа Р. Дворкину представлен, например, у Джозефа Раза. По его мнению, Р. Дворкин в целом верно описывает начала позитивизма: критерии юридической действительности в правиле распознавания должны всегда отграничивать право от неправа лишь на базе социальных источников, без обращения к моральным оценкам («тезис источников») (Raz, 1979:46). Он также прав, отмечая распространённость принципов в юридической аргументации, частое отсутствие у них «происхождения» и профессиональную обязанность судей учитывать принципы в своих решениях. Однако, подчеркивает Дж. Раз, Р. Дворкин не различает общую обязательность принципа и его обязательность как действующего правового стандарта. Распространённость принципов в юридической практике не делает их правовыми без должного «происхождения» (даже если судьи юридически обязываются применять их в спорных случаях), а значит, не угрожает и позитивистской трактовке природы права. Расходящееся же с этим восприятие принципов судьями и участниками процесса видится Дж. Разу сомнительным или недостаточным (Raz, 1983; Postema, 2011:408).

Второй тип ответа Р. Дворкину предлагается, например, у Джулза Колмана, который допускает не только важность морально обусловленных принципов для судебной аргументации в ряде правовых систем, но и корректность их рассмотрения — и восприятия — в качестве правовых принципов, юридически обязательных для судопроизводства. Следуя Г. Харту, правовед возводит критерии юридической действительности к базовой конвенции права — правилу распознавания, проявляющемуся в практике правоприменительных органов. Иначе говоря, эти критерии целиком определяются данной конвенцией / практикой, являясь контингентными («тезис конвенциональности»), и потенциально могут включать содержательную разумность, справедливость и прочие измерения морали («тезис инкорпорации»). Вместе с тем, продолжает Дж. Колман, такое допущение не подрывает доктрину позитивизма, который, вопреки трактовке Р. Дворкина, не привержен тезису происхождения. Позитивизм предполагает, что в основе права лежит социальный факт —

признанное в сообществе правило распознавания, конституируемое правоприменительной практикой и фиксирующее конвенциональные критерии юридического. Отсюда принципы, разумные или истинные с моральной точки зрения, могут (как и формально установленные правила) быть действительными правовыми стандартами в конкретной системе. Для этого необходимо, чтобы в практике судей этой системы такие принципы признавались исходя из их моральной разумности или истинности, либо чтобы, хотя бы иногда, такая практика состояла в разрешении споров о действующем праве через обращение к моральному рассуждению (Coleman, 2002:12; Postema, 2011: 408—409; ср.: Hart, 1994:250, 263—268).

В итоге какую бы линию контраргументации не избрали позитивисты, отвечая на вызов Р. Дворкина, последний в целом не поколебал их веру в состоятельность позитивистского учения, в его способность представлять адекватное объяснение права, включая специфику правовых принципов (Shapiro, 2007:26, etc.; Postema, 2011:407; Patterson, 2021:682; и др.).

В свою очередь, американский правовед также сохранил приверженность собственным взглядам, возможно, оставшись неудовлетворенным их принятием со стороны оппонентов (Shapiro, 2007:26). Примечательно, что ответ Дж. Колмана и других позитивистов так или иначе отталкивался от тезиса Р. Дворкина, согласно которому правовой характер принципа обусловлен сформировавшимся в обществе «чувством правильности», а его вес — объемом «институциональной поддержки», воплощенной в примерах его использования в законодательстве и судебной аргументации (Dworkin, 1978:40). Для позитивистов такой тезис был равнозначен идентификации правовых принципов через их признание судебным обычаем / практикой, т.е. заданность социальным фактом (Sartorius, 1971:156; Raz, 1983:79—81). Вместе с тем такая трактовка не учитывала важные возражения Р. Дворкина (Postema, 2011:409—411). Как отмечалось, по мысли критика, разработка формулы, определяющей объем и тип институциональной поддержки, необходимой для придания принципу правового характера, а тем более для установления его веса, невозможна — всякий принцип обосновывается в столкновении множества развивающихся и взаимодействующих стандартов (принципов институциональной ответственности, толкования закона, силы прецедентов, их связи с моралью и пр.), несводимых в одно, даже сложное, «правило». Более того, бесчисленность действующих правовых принципов, спорность и изменчивость их содержания / веса исключают и возможность их простого перечисления, также означающего «капитуляцию» доктрины правила распознавания и его конвенциональных критериев в объяснении права (Dworkin, 1978: 40, 43—44).

Именно критика конвенциональности становится ключевой в рассматриваемых далее построениях американского правоведа 1972 года.

### **Новый вызов Р. Дворкина (1972): социальные правила, конвенции и нормативные основания права**

#### *1. Теория социальных правил и обоснование юридических обязанностей*

Итак, в 1972 году Рональд Дворкин публикует очерк «Социальные правила и правовая теория» (Dworkin, 1972:855—890), вошедший в собрание «О правах всерьез» под названием «Модель правил II» (Dworkin, 1978:46—80). Сохраняя приверженность идеям «юриспруденции принципов» 1967 года, он предлагает здесь новую линию аргументации, сосредотачиваясь на критике заявленной Г. Хартом и поддержанной многими позитивистами доктрины правила распознавания как социального

факта и социального, конвенционального и обязывающего правила, фундаментального для правовой системы.

Как и ранее, в своей критике 1972 года Р. Дворкин отталкивается от анализа оснований (истинности) утверждений о юридической обязанности, в частности, обязанности судей следовать правилу распознавания, идентифицируя и применяя определенные стандарты в качестве права. В его трактовке, для Г. Харта такая обязанность существует, когда имеется соответствующее обязывающее социальное правило, которое, в свою очередь, имеет место при совпадающем поведении группы и его восприятии как стандарта собственного и чужого поведения: факт поведенческого единообразия конституирует здесь социальное правило и его производные (Dworkin, 1978:49). Так, в примере Г. Харта, правило, запрещающее мужчинам в церкви носить головной убор, существует, если члены группы прихожан а) следуют обыкновению, входя в церковь, снимать головной убор, б) объясняют такое свое поведение, ссылаясь на данное правило, и в) осуждают или наказывают тех, кто забыл это сделать (Dworkin, 1978:49—50; ср.: Hart, 1961:55 ff.). Отсюда обязанность судей следовать закону также будет производной соответствующего социального правила. Последнее имеет место, если судьи в своих решениях регулярно применяют установленные законом правила, обосновывают эту практику, апеллируя к обязывающему их «правилу», и осуждают нарушающих его должностных лиц (Dworkin, 1978:50).

Согласно Р. Дворкину подобный взгляд не учитывает различия двух типов утверждений с понятием правила. Когда социолог говорит о «наличии» правила или «следовании» ему в сообществе, он лишь описывает поведение, т.е. указывает на убежденность членов сообщества в их соответствующей обязанности, но не выражает своего согласия на этот счет. Когда же к правилу апеллирует прихожанин, порицая на его основе свое или чужое поведение, он также дает оценку последнего: он подразумевает не просто, что другие члены сообщества убеждены в наличии у них определенной обязанности, но что она у них действительно есть. Другими словами, если первый рассуждает о социальном правиле, второй — о нормативном, если истинность первого утверждения предполагает определенное фактическое положение дел, второе — положение нормативное (Dworkin, 1978:50—51). По мысли критика, судья в процессе находится в положении не социолога, а прихожанина: утверждая судебскую обязанность, он ссылается не на убеждения других судей, а на ее действительное существование. А это значит, что само по себе социальное правило не может быть источником судебского долга (Dworkin, 1978:51).

Развивая сказанное, Р. Дворкин последовательно указывает на три ограничения в применимости доктрины социальных правил, демонстрирующие невозможность исчерпать нормативные основания (утверждений об) обязанности ссылками на поведенческие обыкновения.

Во-первых, утверждение обязанности не всегда предполагает наличие соответствующей социальной практики и ее принятие в качестве поведенческого стандарта. Так, вегетарианец, говоря о запрете убийства животных ради их потребления в пищу, ссылается не на — отсутствующее в обществе — социальное правило, а на моральный принцип, согласно которому лишение жизни есть зло (Dworkin, 1978:52—53).

Во-вторых, то же верно в отношении признаваемой сообществом обязанности. Факт общего согласия по нормативному правилу полагается (важной) частью оснований следования такому правилу лишь в случае «конвенциональной», но не «совпадающей» (*concurrent*) общественной морали. Так, прихожане могут считать, что обязанности снимать в церкви головной убор не было бы без соответствующей социальной практики, но будут считать, что обязанность не лгать сохраняется, даже

если большинство людей лгут. Это же может касаться судей, которые следуют праву в силу политических принципов, обладающих для них самостоятельной ценностью (Dworkin, 1978:53—54).

В-третьих, — и это то, что образует авторский «аргумент от разногласия» (Coleman, 2002:16—18; Bayles, 1991:355—356; Postema, 2011:412 ff.) — даже когда единообразная социальная практика сообще воспринимается как необходимое основание утверждений об обязанности, она зачастую неспособна гарантировать единство заявляемого на ее основе нормативного правила и обязанности. Так, опираясь на социальное правило о запрете мужчинам носить головные уборы в церкви, люди все равно могут расходиться в том, на кого распространяется эта обязанность. Касается ли она младенцев мужского пола? Если это требование поддерживает лишь половина прихожан, какое социальное правило конституируется таким поведением? Данное правило нельзя полагать неопределенным, ибо все поведенческие факты известны. Отсюда — поскольку конвенциональное правило конституируется совпадающей практикой и ограничивается ей — единственным правилом здесь следует считать распространение запрета на взрослых мужчин (Dworkin, 1978:54—55). Однако, настаивает Р. Дворкин, последнее означает фатальные последствия для теории социальных правил. Обычно утверждаемые людьми нормативные правила различаются по своему охвату и деталям, по крайней мере, они различались бы у разных людей при их более точной формулировке. На фоне таких расхождений два человека не могут апеллировать к одному и тому же социальному правилу (а один из них может не апеллировать к социальному правилу вовсе), даже если в большинстве случаев использования принимаемых ими правил они друг с другом согласны. Отсюда, теория Г. Харта уместна лишь в случаях, когда считается, что спорная обязанность обязанностью не является. Но тогда, по Р. Дворкину, к судейскому долгу она не применима (Dworkin, 1978:55).

С этих позиций американский правовед считает неудовлетворительным объяснение связи социальных обыкновений и нормативных суждений, подразумеваемое в теории социальных правил. Именно нормативные основания — а не факты согласованного поведения — являются главными в утверждении обязанностей, действуя без соответствующей социальной практики, наряду с такой практикой и даже вопреки ей.

Так, по словам Р. Дворкина, нормативные суждения могут полагать социальную практику существенным элементом обоснования (как в конвенциональной морали). Однако, вопреки Г. Харту, такая практика не образует принимаемое здесь нормативное правило, а помогает его оправдывать, например, как в практике прихожан, создавая способы совершения нарушений и порождая соответствующие ожидания, которые являются вескими основаниями для утверждения нормативного правила и обязанности снимать в церкви головной убор. Теория социальных правил терпит неудачу, настаивая, что практика должна каким-то образом иметь то же содержание, что и правило, утверждаемое от ее имени отдельными индивидами, тогда как последнее по охвату может быть шире и уже такой практики. К тому же, продолжает автор, если кто-то находит социальную практику бессмысленной, оскорбительной или глупой, он, вопреки другим, может в принципе не считать ее оправданием каких-либо обязанностей или нормативных правил. Наконец, при наличии в сообществе некой практики, например, исключаяющей головные уборы в церкви, его члены часто будут провозглашать разные нормативные правила, предположительно оправдываемые этой практикой, расходясь в вопросе о требованиях данного правила и налагаемых им обязанностях. При этом, однако, они будут ссылаться не на образуемое общим поведением социальное правило, а на оправдываемое им нормативное правило,

содержание которого и составляет спор. Схожим образом, когда судьи цитируют правило, например, о долге следовать законам, они могут обращаться к нормативному правилу, оправданному практикой, и спорить о его точном содержании, не ограничиваясь лишь разногласием о фактах поведения других судей. Отсюда, резюмирует Р. Дворкин, позитивист может быть прав, считая судейский долг случаем конвенциональной морали, но он не должен при этом опираться на упрощенное объяснение теории социальных правил (Dworkin, 1978: 57—58).

Таким образом, в очерке 1972 года данная теория становится объектом «разноуровневой» критики. Даже допуская неясность конкретной мишени вводимого Р. Дворкином «аргумента от разногласий» (Postema, 2011: 414—415), можно утверждать, что автор оспаривает как общее понимание Г. Хартом и позитивистами социальных практик, истолкованных в терминах конвенций, так и понимание ими самих конвенций, по которому конвенциональное согласие устанавливает границы распространения их нормативной силы (ср.: Postema, 2011: 414 ff.). Для Р. Дворкина нормативные основания стандартов и обязанностей членов сообщества обладают автономией и приоритетом в отношении сложившейся социальной практики и тем самым несводимы к конвенциональному признанию совпадающего социального поведения. Отсюда даже там, где поведенческое единообразие выступает частью нормативных оснований, соответствующие стандарты и обязанности могут иметь различную — не ограниченную согласованной конвенцией — сферу действия, зачастую выступающую предметом разногласий (которые, судя по текстам автора, производны от несовпадения более фундаментальных морально-политических установок членов сообщества).

## *2. Базовые критерии права:*

### *правило распознавания и «наиболее здравая правовая теория».*

Изложенные позиции создают основу для новой трактовки и критики американским правоведом идеи правила распознавания, дополняя аргументы 1967 года и намекая альтернативу позитивистской концепции юридической действительности.

Отвергая попытки оппонентов переписать его подход, включив принципы в позитивистскую «модель правил», Р. Дворкин формулирует три «тезиса» в отношении «основополагающего критерия права» в системе. Таковые условно можно назвать концепциями 1) социального критерия, 2) нормативного критерия и 3) мажоритарного нормативного критерия. Согласно первой из них в качестве стандарта, подлежащего использованию судьями в идентификации правил и принципов правовой системы, выступает социальное правило (их совокупность), согласно второй — нормативное правило или принцип (их совокупность), которые, в рамках третьей концепции, имеются у большинства судей системы. Иначе говоря, в первом случае обязанность судьи по применению статутов, прецедентов и обычаев базируется на согласованном признании такой обязанности судьями как целостной социальной группой (подразумевая согласованную официальную практику), во втором случае — на разделяемых отдельными судьями или юристами нормативных правилах и принципах, вне зависимости от единообразия их понимания и применения, в третьем случае — на таких же (но не обязательно тождественных друг другу) нормативных правилах или теориях, которые имеются у большинства судей в сообществе (Dworkin, 1978: 59—60, 66—67).

В этой перспективе, подчеркивает Р. Дворкин, между ним и Г. Хартом имеется принципиальное расхождение, касающееся первого — социального — тезиса. По его мнению, таковой дефектен в силу несостоятельности теории социальных правил,

не способной обосновать критерий строгого ограничения правовых стандартов от моральных и политических. Не позволяют этого сделать и нормативные тезисы. Так, рассуждает автор, если допустить, что я принимаю некую нормативную теорию права, не разделяемую остальными, она будет включать спорные положения, например, об обязанности судей отдавать приоритет недавним прецедентам, что потребует аргументации, например, теории о смысле института прецедента, которая, в свою очередь, зависит от спорных принципов политической морали (о месте суда в демократии и пр.). Этот тип зависимости и отрицается в позитивизме (Dworkin, 1978:60—61). Отсюда, заключает Р. Дворкин, если его концепция и подразумевает деление принципов, подлежащих и не подлежащих применению судьями в качестве права, это означает, что он отвержен не первому — позитивистскому — тезису о признании судьями социального правила с базовым критерием права, а версии второго тезиса, допускающей возможность обосновать нормативную теорию о том, как судьям следует решать сложные дела (Dworkin, 1978: 61).

Доводы в пользу социального тезиса видятся Р. Дворкину неудовлетворительными. Во-первых, речь о позиции Г. Харта, согласно которой правило распознавания допускает неясность лишь в малом числе случаев (например, в установлении того, действителен ли акт парламента, ограничивающий полномочия его будущего состава?), ясно регламентируя большинство ситуаций, что для первого тезиса достаточно. По Р. Дворкину, такой довод противоречит идеи социального правила, которая предполагает согласованность практики, конституирующей стандарт поведения и выступающей необходимым и достаточным условием фиксации того, что судьи должны считать правом — по сути, позитивистское правило распознавания является определенным, не охватывая при этом спорные полномочия парламента. Между тем такое ограничение не исключает новые контрпримеры: вопреки Г. Харту, споры о критериях юридического не сводятся к редким экстраординарным случаям, постоянно возникая при рассмотрении судами сложных дел, что для доктрины правила распознавания фатально (Dworkin, 1978:61—62).

Во-вторых, продолжает автор, можно было бы утверждать, что социальное правило распознавания существует, если судьи принимают как руководство его конкретную словесную формулировку, которая и может быть смутной в спорных случаях. Однако такой довод придает слишком большое значение языковым и историческим случайностям: спор идет — и обычно воспринимается участниками как спор — о существовании социального правила, а не о разных его формулировках (Dworkin, 1978: 62—63).

В-третьих, по Р. Дворкину, можно заявлять, что правило распознавания фиксирует только минимальные / пороговые обязанности судей, пригодные для ясных случаев, давая лишь рекомендацию для спорных ситуаций, решаемых по усмотрению. Однако такой довод не способен дать целостное объяснение судейскому долгу, базируется на сомнительной моральной доктрине, по которой обязанности не могут быть спорными, а также противоречит принятым моральным обычаям и употреблению понятия обязанности в моральных рассуждениях (где споры касаются понимания обязанностей, а не самого их существования) (Dworkin, 1978: 63—64).

Наконец, несостоятельной Р. Дворкин считает и возможную переработку позитивистской доктрины правила распознавания в духе идеи «институциональной поддержки» (предложенной им ранее для иллюстрации обоснования правового характера принципов и их веса, и связанной с апелляцией судей к принятым законам и прецедентам (Dworkin, 1978: 40 ff.)).

Учение об институциональной поддержке автор излагает следующим образом. Во-первых, можно собрать все очевидно действующие юридические правила

в каком-либо штате США, а также все явные правила институциональной компетенции, составляющие основу для рассмотрения первого множества правил как действующих. Во-вторых, можно спросить, какое множество принципов будет достаточным для оправдания собранной совокупности материальных и институциональных правил. Любой судья или юрист этого штата может разработать «теорию права», которая бы описывала это множество принципов и придавала каждому из них соответствующий вес, и утверждать, что именно его множество принципов следует считать принципами данной правовой системы. В этом контексте, резюмирует Р. Дворкин, принцип является правовым, если он присутствует в «наиболее здоровой» (*sound*) теории права, которую можно предложить в качестве оправдания для явных материальных и институциональных правил рассматриваемой юрисдикции (Dworkin, 1978: 66).

При этом, подчеркивает правовед, в силу нетождественности друг другу, теории отдельных судей и юристов не образуют отстаиваемое позитивистами социальное правило распознавания. Недостаточно для этой роли и самой институциональной поддержки, завязанной на вопросах «происхождения». По Р. Дворкину (фактуальный), критерий институциональной поддержки не обеспечивает автоматической, исторической или морально-нейтральной основы для утверждения какой-либо теории права как наиболее здоровой, не позволяя даже отличать правовые принципы от моральных и политических. Между тем, чтобы создаваемая правовая теория обеспечивала основу для судебного долга, ее принципы должны выявлять не причины или мотивы принятия соответствующих юридических правил, а оправдывающие их политические и моральные интересы и традиции сообщества. Разработка такой теории, выбор наилучшей из них, зависит не только от официальных материалов, но и от широкого круга нормативных соображений, идущих далеко за пределы позитивистских доводов, значимых для идентификации права: трудно помыслить какой-либо принцип общественной или политической морали сообщества (не вычеркнутый конституционно), который бы отсутствовал в развернутой схеме оправдания действующих правил правовой системы. Позитивист может принять критерий институциональной поддержки в качестве предельного основания права лишь ценой отказа от всех остальных используемых здесь соображений (Dworkin, 1978:67—68).

В итоге, по Р. Дворкину, невозможность создать закрытый список стандартов для надлежащего обоснования юридических прав и обязанностей подрывает построенное на выявлении таких стандартов и традиционное для (аналитической / позитивистской) юриспруденции определение права — отграничение юридических прав и обязанностей должно идти иным путем (Dworkin, 1978:68).

Таким образом, следуя от критики теории социальных правил, Р. Дворкин в очерке 1972 года приходит к отрицанию позитивистской теории конвенциональных оснований и критериев права — доктрины единого, верховного правила распознавания, игнорирующей морально-политическое содержание и восприятие судебной аргументации, спорность используемых судьями стандартов, и не способной отграничить право от морали. В качестве альтернативы автор предлагает модель «наиболее здоровой» нормативной теории (их конкурирующего множества), которая претендует на наилучшее оправдание установленного в сообществе права и определение юридического характера и веса принципов для разрешения конкретных судебных дел.

При этом Р. Дворкин четко не фиксирует статус предлагаемой им нормативной теории. Позитивистам она зачастую видится альтернативной концепцией юридической действительности (или «институциональной поддержки» (Sartorius, 1971:156, etc.)), которая полагает мораль необходимым условием / критерием легальности и

которая в этом качестве расценивается как ограниченная, необоснованная и нуждающаяся в позитивистских критериях установленного права (Coleman, 2002:4 ff.; Shapiro, 2007:5, 13, etc.; Hart, 1994:264—273). Вместе с тем, важно учитывать, что сам Р. Дворкин не использует подобное обозначение, оставляя параметр «действительности» для юридических правил, определяемых по «происхождению» (Dworkin, 1978:17, 26 ff.). Более того, специфичной является и перспектива рассуждений американского правоведа. С одной стороны, он следует в русле (нормативной) политической и моральной философии (Dworkin, 1978:vii—xv), рассматривая право как институт, легитимирующий применение государственного принуждения (Dworkin, 1978:17; Dworkin, 1986 93, 98), а юридические права — как наиболее обоснованные морально-политические притязания (Dworkin, 1978:xi ff., 82 ff., etc.). С другой стороны, он выстраивает доктрину судопроизводства, где ключевым выступает не столько формальная идентификация стандартов, сколько их применимость и вес в судебном решении (Dworkin, 1978:44—45, 105 ff., etc.; ср.: Dworkin, 1986 vii ff.). Отсюда, при допустимости трактовок доктрины Р. Дворкина в духе классической теории юридической действительности (сосредоточенных на ее пересечении с тематикой позитивистской юриспруденции), вполне уместными видятся ее оценки как теории юридической обоснованности / аргументации или морально-политической легитимности права (Perry, 1997:794—801; Priel, 2020:16—20; ср.: Alexy, 2010).

### **Доктрина 1972 года в полемике Р. Дворкина и позитивистов: идейно-исторические следствия**

#### *1. Идеи 1972 года в развитии взглядов Р. Дворкина*

Переходя теперь от изложения обновленных позиций Рональда Дворкина 1972 года к оценке их идейно-исторической значимости, необходимо снова поместить таковые в более общую перспективу, начиная прежде всего с траектории развития взглядов американского правоведа.

Во-первых, как отмечалось, доктрина 1972 года вводится Р. Дворкином как разъяснение, переформулирование и дополнительная аргументация исходных идей 1967 года: «юриспруденции принципов» и построенного на ней вызова позитивистской модели правил и судебных решений. В этом плане вполне уместно говорить, что в центре внимания автора — по-прежнему проблемность тезисов усмотрения и обязанности, согласно которым, когда исчерпаны юридические правила, исчерпаны и все возможные значимые утверждения о судебной обязанности (Postema, 2011:415). Вместе с тем, как представляется, вызов Р. Дворкина имеет и более амбициозную цель. Его полемика с позитивистами здесь и далее (учитывая в том числе признание убедительности их контрдоводов) несводима к дебатам о том, является ли право системой правил, обладают ли судьи усмотрением, и т.п. По сути, это спор правовых онтологий, различающихся прежде всего в вопросе отношений моральности (легитимности) и легальности, где главной мишенью американского правоведа выступает разделительный тезис позитивизма (Pattaro, 2005:181 ff.; Shapiro, 2007:3—5, etc.; Priel, 2020:44 ff.). Не заявляя тождества в требованиях права и морали, Р. Дворкин — четче, чем в 1967 году — стремится показать ущербность позитивистского критерия их дифференциации: по его мнению, любой подобный критерий в своей основе должен включать моральное рассуждение и оценку (Dworkin, 1978:59—61 ff.; Postema, 2011:407).

Во-вторых, следуя критической и позитивной программе «юриспруденции принципов», доктрина Р. Дворкина 1972 года предлагает значимое расширение

авторских позиций. Последнее, в частности, сопряжено со сдвигом фокуса дискуссии, обращенной теперь к позитивистскому тезису конвенциональности как иному аспекту в ограничении власти правила распознавания (Coleman, 2002:14) или в объяснении права через социальные факты (Postema, 2011:415).

Соответственно, идея правила распознавания как предельного основания действительности юридических правил и существования юридических обязанностей оспаривается в новой перспективе. Ранее дефект верховного правила усматривался Р. Дворкином в сведении критериев права к вопросам происхождения, что не позволяет учесть правовые принципы, признаваемые в силу своего содержания, ценности. Теперь же он оспаривает саму идею — социального, обязывающего — правила распознавания, которая связывает критерии определения юридических стандартов и обязанностей в системе исключительно с фактом их принятия и использования судами (правоприменителями), т.е. с наличием в обществе соответствующей конвенции. По мнению автора, конвенция как сложный социальный факт не может объяснить правовые суждения и поведение участников юридической практики. С одной стороны, она сама по себе не дает нормативных оснований для правового обязывания (из сущего не следует должное). С другой стороны, она не может сформировать надежного и автономного базиса юридической регламентации, поскольку предполагает согласие по содержанию и охвату социальных правил, учреждаемых на основе практики, что противоречит масштабу (реальных и потенциальных) разногласий между членами сообщества. По аналогии с очерком 1967 года, Р. Дворкин противопоставляет позитивистской «модели правил» представление о множестве разнородных нормативных стандартов и соображений, используемых в судебной аргументации, которые не сводятся к «институциональной поддержке» правовой системы, не имеют прямой / необходимой связи с устоявшейся социальной практикой и восходят к морально-политическим доктринам и образцам. При этом, в трактовке 1972 года, «юридичность» стандартов — принципов — определяется их соответствием наиболее «здоровой» нормативной теории, обеспечивающей наилучшее оправдание ясно установленному позитивному праву, а юридическая практика характеризуется конкуренцией таких теорий, отражающей разногласия нормативных воззрений правоведов и судей.

В-третьих, в очерке 1972 года Р. Дворкин формулирует ряд «сквозных» идей, сохраняющих состоятельность в итоговой системе его взглядов, включая каноническое для современного восприятия автора учение «юридического интерпретизма». Так, идея спорности нормативных оснований получает резонанс в качестве доктрины «теоретических разногласий» (1986), подчеркивающей широту дебатов между судьями по самим критериям юридического в правовой системе, игнорируемых и / или искажаемых в позитивизме как «теории простого факта» (Dworkin, 1986:3—6, etc.). Другое ее продолжение — тезисы Р. Дворкина о дискуссионности этических, эстетических и т.п. теорий, порождающей спорность построенных на них интерпретаций, в том числе правовых суждений (Dworkin, 1985:146—166). Авторская идея «наиболее здоровой правовой теории» разворачивается далее в концепции решения сложных дел 1975 года и концепциях «права как толкования» и «права как целостности» 1980-х гг.: здесь, как и ранее, принимая решение и защищая юридически признанные права сторон в процессе, судья формулирует наилучшую теорию рассматриваемого дела, которая и наиболее соответствует истории системы (прежним политическим решениям), и обеспечивает ей наилучшее моральное оправдание (Dworkin, 1978:81—130; Dworkin, 1985:146—166; Dworkin, 1986:225—275). Наконец, акцент Р. Дворкина на приоритете деонтологии в обосновании права

воплощается в его критике дескриптивно-семантического проекта позитивизма (Dworkin, 1986: 33—46, etc.) и в разработке собственной правовой теории как интерпретативной, описательно-оценочной юриспруденции, рассуждающей с точки зрения участников юридической практики и призванной обеспечить легитимацию судебных решений (Dworkin, 1986: vii—ix, etc.).

## 2. Идеи 1972 года: позитивистская перспектива

Доктрина Р. Дворкина 1972 года, будучи значимой для развития взглядов самого автора, оказала и существенное влияние на учение (англо-американского) позитивизма, вызвав среди его сторонников различную реакцию.

Во-первых, предметом дискуссий становится уместность вменения Р. Дворкином ряда идей Герберту Харту как автору базовой для позитивистов концепции права. Ранее, в ответ на вызов 1967 года, позитивисты уже показывали некорректность ее трактовки исключительно как теории правил, действующих по модели «все или ничего», связывающей критерии юридического лишь с вопросами «происхождения», мыслящей судебское усмотрение как произвольное правотворчество, и т.п. (Leiter, 2003:5 ff.; Shapiro, 2007:3, 15—18; Patterson, 2021:678, 680). Теперь же вопрос коснулся вменения Г. Харту тезисов о том, что а) конвенциональные обязывающие правила сообщества, прежде всего правило распознавания, «конституируются» единообразным поведением его членов, и что б) содержание конвенционального соглашения устанавливает сферу нормативного действия конвенции (Postema, 2011:413—415).

При сохраняющейся неопределенности относительно позиций Г. Харта, второй тезис Р. Дворкина считается вполне правдоподобным (ср.: Coleman, 2002:22 ff.; Shapiro, 2007:24 ff.), тогда как первый вызывает вопросы. Для Г. Харта существование социального правила предполагает совпадение соответствующих действий и установок в сообществе (Hart, 1961:55—57). При этом, если основания действительности и власти первичных правил возводятся к правилу распознавания, то обоснованность последнего аргументируется через ссылку на демонстрируемый факт его существования как социального правила, т.е. через описание факта совпадающего судебного поведения (Hart, 1961:103, etc.), что может видаться проблемным. Вопрос об основаниях первичных правил является нормативным и требует доводов с нормативной посылкой — правило распознавания может выступить таковой, лишь будучи нормативным суждением (Raz, 1990:56 ff.; Postema, 2011:413). Однако, вопреки трактовке Р. Дворкина, Г. Харт выстраивает не нормативную юриспруденцию, а теоретическое описание нормативности права, на каких бы началах она не строилась (Hart, 1994:242—244; Leiter, 2003:8—9). Отсюда, не показывая «подлинных» нормативных оснований суждений о действительности правил и их обязывающем характере, правило распознавания как описательное суждение по-прежнему имеет смысл, привязывая соответствующие нормативные суждения к рассматриваемому сообществу (Zipursky, 2001:238; Postema, 2011:413—414).

Во-вторых, аргументы Р. Дворкина 1972 года приводят к переосмыслению и корректировке ряда исходных позитивистских подходов.

Так, с одной стороны, принимается ограниченность используемой Г. Хартом «теории правил как обыкновений» (*practice theory of rules*), которая охватывает лишь случаи конвенциональной морали, подразумевающей не просто «консенсус независимого убеждения», но «консенсус соглашения», когда общее соблюдение группой некоего правила является частью оснований признания его обязательности. Это, в свою очередь, означает распространение данной теории на правила обычаев и ее

неприменимость в отношении законодательных норм, действительных (при соответствии институциональным критериям системы) с момента их вступления в силу и до случаев их реализации (Coleman, 2002:14—15; Raz, 1990:54 ff.; Hart, 1994:255—256).

С другой стороны, в рамках («жесткого») позитивизма разрабатывается альтернативная концепция юридических правил как особого рода практических оснований для действия — институционально признанных, обязательных поведенческих «оснований второго порядка». Согласно Дж. Рау такие обращаются к «основаниям первого порядка», используемым субъектами до и вне учета социальных норм и институтов (доводов разумности, морали и т.п.), и претендуют на их «замещение» / «исключение» и тем самым на их наиболее легитимную и успешную реализацию в поведенческой практике (Raz, 1990:15 ff.). В рамках такой конструкции правила выступают «защищенными основаниями» и «властными директивами», вводимыми через официальные источники права, тогда как принципы скорее относятся к «основаниям первого порядка» (Postema, 2011:406), выступая объектом властного / институционального «замещения» и преобразования.

В-третьих, несмотря на предложенные корректуры, позитивисты сохраняют приверженность объяснению права как системы стандартов, восходящих к социальным источникам (Raz, 1979:46 ff.; Leiter, 2003:12 ff.), в том числе к факту конвенционального принятия правила распознавания как формы судебного правила-обычая, используемого в практике судей и должностных лиц (Coleman, 2002:20 ff.; Hart, 1994:256). Критике Р. Дворкина противопоставляется серьезная контраргументация.

А. Заявленный критиком «аргумент от разногласия», согласно которому множественность споров о критериях юридической действительности исключает наличие единой социальной практики и, тем самым, обязывающего правила распознавания, парируется доводом, восходящим к Г. Харту: «Все, что состоялось, успешно» (Hart, 1961:149). Для Дж. Колмана, Г. Харта и др. правило распознавания может оказаться неопределенным, однако, вопреки Р. Дворкину, такие случаи немногочисленны, касаются в основном не содержания правовых критериев, а их применения, и компенсируются усмотрением. Отсюда правило распознавания по-прежнему способно выполнять функцию обеспечения определенности в системе (Coleman, 2002:20 ff.; Hart, 1994:251—252; Bayles, 1991:355—357).

Б. Замечание Р. Дворкина о недостаточности «институциональной поддержки» и необходимости моральных оснований для фиксации юридического статуса стандартов и обязанностей (например, при выборе между линиями прецедентов) также встречает ряд контрдоводов. С одной стороны, утверждается отсутствие юридической основы выбора решений в спорном деле и правомочие судей обратиться к дополнительным, экстралегальным соображениям. С другой стороны, заявляется, что правило распознавания налагает на судей обязанность использовать моральные аргументы в спорных случаях, формируя тем самым метод юридической идентификации / решения второго порядка (Coleman, 2002:22—23; Sartorius, 1971:153; Hart, 1994:247; Bayles, 1991:355).

В. Отвергается позитивистами и возражение Р. Дворкина, по которому отграничить правовые стандарты может лишь нормативное правило, восходящее к морально-политическим доктринам, а не социальное правило, образуемое совпадающим поведением. С одной стороны, утверждается, что правило распознавания не должно с необходимостью опираться на нормативные соображения, не укорененные в социальных правилах (Coleman, 2002:23; Bayles, 1991:357). С другой стороны, подчеркивается смешение Р. Дворкином правила и обнаруживающей его социальной практики либо оснований принятия людьми правила и соответствующего факта: как

отмечалось, согласно позитивистам, по каким бы мотивам ни принималось правило — а таковые не сводятся лишь к доводам морали (Hart, 1994:257) — констатация этого факта есть описательное, а не нормативное суждение (Bayles, 1991:357—358; Leiter, 2003:7—9).

### *3. Вызовы Р. Дворкина: неучтенный потенциал*

При всей весомости приведенных контраргументов позитивисты, как представляется, обеспечили лишь частичную нейтрализацию доводов американского правоведа, сохранивших в рамках полемики свой объяснительный и критический потенциал. Идейная перспектива, развернутая Р. Дворкином в очерке 1972 года, не ограничивается — зачастую обсуждаемой его оппонентами — тематикой правовых принципов, судебных решений или параметров верховной нормы системы, и содержит фундаментальные вызовы, связанные с онтологическими вопросами права (Priest, 2020:44 ff.; Patterson, 2021:677), проявившиеся в последующих, более комплексных построениях автора.

Во-первых, Р. Дворкин обсуждает ключевые для правовой философии проблемы соотношения нормативности и фактичности в праве. В противовес позитивизму, увязывающему базис правовой системы с конвенциональной практикой как сложным социальным фактом, автор отстаивает необходимость, автономию и приоритет именно нормативных оснований права: правило распознавания как обязывающее правило должно давать надлежащее объяснение не только тому, какие стандарты носят обязывающий характер, но и тому, в силу чего они таковыми являются (Postema, 2011:411). Даже если доктрина Р. Дворкина дефектна, а положения, вмененные им позитивизму, неверны, для утверждения состоятельности / ценности последнего по-прежнему важна его способность представить полноценную теорию о том, как «факты порождают право», выходящую за пределы простой констатации использования в сообществе тех или иных критериев юридического распознавания.

Во-вторых, отвергая введенную Г. Хартом-позитивистом теорию социальных правил, Р. Дворкин, по сути, оспаривает и общее понимание правила как такового, воспринятое британским правоведом из аналитической лингвистической философии. Образцом здесь выступают правила обыденного языка как социальной / институциональной практики — правила, которые мы усваиваем и которым следуем «слепо» (ср.: Wittgenstein, 1958: § 219). Р. Дворкин же подчеркивает рефлексивный и аргументативный характер правил и правилосообразного действия. Уже его доктрина 1967 года подразумевает, что следование юридическому правилу требует согласования многообразных и разноуровневых стандартов, и включает ориентацию на их наиболее оправданное — а не просто «типичное» — толкование и применение, возможность отступления от устоявшихся поведенческих образцов. В продолжение, в очерке 1972 года проблематизируется сама способность практики конституировать образцы должного поведения: акцент сдвигается на идеальные / моральные основания нормативности (в том числе в отсутствие социальных обыкновений и в противовес им), предполагающие выявление и оправдание «наиболее здоровой теории», рационально создаваемой социальными деятелями в спорном практическом контексте. Развитием этой линии выступает центрирование толкования как ключевой черты многих видов человеческой деятельности, включая юридическую практику (Dworkin, 1985:146 ff.), и разработка интерпретативной теории права в противовес — ограниченному здесь — позитивизму как сугубо аналитической / «семантической» теории (Dworkin, 1986:31—35 ff.), сосредоточенной на описании (понятия) права и

критериев его отграничения, и не предлагающей самостоятельной теории юридической интерпретации (Patterson, 2021:689).

В-третьих, Р. Дворкин отвергает позитивистскую идею конвенции как основания права, необходимо подразумевающую единство, согласие и определенность, что, по его мнению, противоречит многочисленным спорам между судьями относительно самих критериев юридического в системе, которые нельзя описать как заблуждения о действующем праве или как дискуссии о его усовершенствовании (Dworkin, 1986:4 ff.). В противовес этому Р. Дворкин акцентирует идею фундаментальной спорности ценностно-нормативного знания, лежащего в основе наших социальных практик и институтов (причем, как следует из текстов автора, такая идея вполне совместима с существованием наиболее обоснованной теории права, моральной или эстетической теории, истины в интерпретации, с полнотой правового регулирования и наличием единственно верного ответа даже в сложных судебных делах (Dworkin, 1985:119—189; Dworkin, 1986:76—85, 225—275; Dworkin, 1978:279—290)). В этом плане предлагаемая Р. Дворкином правовая теория, стремящаяся учесть феномен спорности, выглядит, при прочих равных, более значимой / амбициозной по сравнению с теорией позитивизма, которая, оставаясь внутри жесткой модели конвенции, оказывается неспособной адекватно объяснить не только «теоретические разногласия», но, по сути, и право в целом. Апеллируя к конвенциональной практике, позитивизм пытается отстоять наличие объективных, самодостаточных фактов, легитимирующих ценностно-нейтральное описание права и его отделение от морали. Отсюда признание Р. Дворкином спорных нормативных начал правового рассуждения не только связывает их с дискуссионными положениями морали, подрывая разделительный тезис позитивизма, но и намечает перспективу осознанного конструирования правовой теории в методологическом контексте скептицизма / релятивизма (Dworkin, 1985: 146—189; Dworkin, 1986: 76—85).

### Выводы

Рассмотренная в статье доктрина Р. Дворкина 1972 года, несмотря на скромное внимание к ней в зарубежной литературе, сформулировала ряд философски значимых положений, содержащих как критику базовой для современного (англо-американского) позитивизма теории социальных правил и правила распознавания, так и альтернативную модель оснований и критериев права, несводимых к конвенциональной практике. В идейно-историческом плане, указанные положения стали важным шагом в активизации полемики автора с позитивистами, расширяя ее предмет и аргументы, обеспечивая прогресс обоих подходов к осмыслению права. Между тем доктрина Р. Дворкина 1972 года имеет и более широкие следствия. Изложенное в ней видение нормативных, дискуссионных и рефлексивно-аргументативных начал права образует серьезный вызов классической позитивистской программе в юриспруденции и вводит собственный набор постулатов и проблем, меняющих пространство современной правовой философии и заслуживающих обсуждения за пределами англо-американского права и традиции правового теоретизирования.

### References / Список литературы

- Alexy, R. (2010) *A Theory of legal argumentation*. Oxford, Oxford University Press.  
 Bayles, M. (1991) Hart vs. Dworkin. *Law and Philosophy*. (10), 349—381.  
 Coleman, J.L. (2002) Negative and positive positivism. In: Coleman, J.L. *Markets, Morals, and the Law*. Oxford, Oxford University Press, pp. 3—27.

- Dworkin, R. (1967) The model of rules. *University of Chicago Law Review*. (35), 14—46.
- Dworkin, R. (1972) Social rules and legal theory. *Yale Law Journal*. 81(5), 855—890.
- Dworkin, R. (1978) *Taking rights seriously*. (2nd ed. with Reply to Critics) Cambridge, MA, Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1985) *A Matter of Principle*. Cambridge, MA, Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge, MA, Harvard University Press.
- Hart, H.L.A. (1958) Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*. (71), 593—629.
- Hart, H.L.A. (1961) *The concept of law*. Oxford, Clarendon Press.
- Hart, H.L.A. (1994) *The concept of law*. (2nd ed. with Postscript) Oxford, Clarendon Press.
- Leiter, B. (2003) *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*. Available at: <https://ssrn.com/abstract=312781> [Accessed 1st August 2022].
- Pattaro, E. (2005) *A Treatise of legal philosophy and general jurisprudence*. Vol. 1. Dordrecht, Springer.
- Patterson, D. (2021) Dworkin's Critique of Hart's Positivism. In: Spaak, T. & Mindus, P. (eds.). *Cambridge Companion to Legal Positivism*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 675—694.
- Perry, S. (1997). Two models of principles. *Iowa Law Review*. (82), 787—819.
- Postema, G.J. (2011) *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Vol. 11. Dordrecht, Springer.
- Priel, D. (2020) *Making sense of nonsense jurisprudence*. Available at: <http://ssrn.com/abstract=3696933> [Accessed 1st August 2022].
- Raz, J. (1979) *The Authority of Law*. Oxford, Oxford University Press.
- Raz, J. (1983) Legal principles and the limits of law. In: Cohen, M. (ed.) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Totowa, NJ, Rowman & Allenheld, pp. 73—87.
- Raz, J. (1990) *Practical reasons and norms*. (2nd ed.) Oxford, Oxford University Press.
- Sartorius, R. (1971) Social policy and judicial legislation. *American Philosophical Quarterly*. (8), 151—160.
- Schauer, F. (2006) (Re)Taking Hart. *Harvard Law Review*. 119(3), 852—883.
- Shapiro, S. (2007) *The «Hart-Dworkin» Debate: A Short Guide for the Perplexed*. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>. [Accessed 1st August 2022]
- Zipursky, B. (2001) The model of social facts. In: Coleman, J. (ed.). *Hart's Postscript*. Oxford, Oxford University Press, pp. 219—270.
- Wittgenstein, L. (1958). *Philosophical investigations*. (2nd ed.) Oxford, Blackwell.

**Сведения об авторе:**

**Касаткин Сергей Николаевич** — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории права и философии, Самарский государственный экономический университет; Российская Федерация, 443090, г. Самара, ул. Советской Армии, д. 141

**ORCID: 0000-0001-5541-9181; SPIN-код: 6195-5396**

*e-mail: kasatka\_s@bk.ru*

**About the author:**

**Sergei N. Kasatkin** — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at Theory of Law and Philosophy Department, Samara State University of Economics; 141 Soviet Army str., Samara, 443090, Russian Federation

**ORCID: 0000-0001-5541-9181; SPIN-code: 6195-5396**

*e-mail: kasatka\_s@bk.ru*