

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2024-28-4-778-797>
EDN: HRUCMM

Научная статья / Research Article

Пересматривая юридический позитивизм: концепция юридического рассуждения Г. Харта 1958 г. в прочтении Дж. Постемы

С.Н. Касаткин  

Самарский государственный экономический университет, г. Самара,
Российская Федерация
[✉kasatka_s@bk.ru](mailto:kasatka_s@bk.ru)

Аннотация. О «гарвардской» концепции юридического рассуждения 1958 г. британского философа и правоведа Герберта Харта, рассмотренной в контексте ее оригинального прочтения, предложенного в наши дни американским правоведом и историком правовой мысли, Джеральдом Постемой. Согласно последнему, концепция Харта, маркируемая как «позитивизм установленного значения», представляется единством, с одной стороны, утверждения о резком различии типов аргументации в сферах «ядра» и «полутени» (лингвистически опосредованных ясных и спорных случаях правоприменения), с другой – сведения права и юридического рассуждения к «ядру» правил, их установленному языковому значению. Целью является анализ трактовки Постемы в «сквозной» перспективе развития взглядов Харта на правовую неопределенность и судебное решение. Актуальность темы обусловлена необходимостью более объемной и взвешенной реконструкции теории Харта, парадигмальной для современного позитивизма и англоязычной юриспруденции, на фоне дискусионности и узости ее оценок, а равно авторитетностью трактовки Постемы, открывающей новые ракурсы в осмыслении творчества британского правоведа. Исследование использует различные, прежде всего герменевтические, методы и опирается, помимо работы Постемы, на доступный сегодня корпус сочинений Харта и репрезентативную биографическую и научную литературу. Как результат в статье рассматриваются исторические условия создания очерка 1958 г., присущая ему доктрина судебного рассуждения, дается характеристика и оценка истолкования этой доктрины Постемой. В качестве выводов в статье признается стимулирующая роль прочтения и переописания Постемой доктрины 1958 г., однако его ключевые утверждения (включая понимание Хартом природы правовой неопределенности и судебного выбора, вменение ему «позитивизма установленного значения» и доктрины господства права) видятся спорными / необоснованными.

Ключевые слова: Г.Л.А. Харт, Дж. Постема, юридический позитивизм, юридическое рассуждение, правовая неопределенность, судебское усмотрение, границы права, право и язык, логика в праве, господство права

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Поступила в редакцию: 19 января 2024 г.

Принята к печати: 15 октября 2024 г.

© Касаткин С.Н., 2024



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. Пересматривая юридический позитивизм: концепция юридического рассуждения Г. Харта 1958 г. в прочтении Дж. Постемы // *RUDN Journal of Law*. 2024. Т. 28. № 4. С. 778–797. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2024-28-4-778-797>

Revisiting legal positivism: H. Hart’s 1958 conception of legal reasoning in the lens of G. Postema

Sergei N. Kasatkin  

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

kasatka_s@bk.ru

Abstract. The article explores the 1958 “Harvard” conception of legal reasoning presented by the British philosopher and jurist Herbert Hart, within the context of a contemporary reinterpretation by American jurist and historian of legal thought, Gerald Postema. Postema’s interpretation, labeling Hart’s view as “settled-meaning positivism”, posits it as a unity that encompasses both the delineation of distinct types of argumentation in the realms of “core” and “penumbra” (linguistically mediated clear and controversial cases of law enforcement) and the reduction of law and legal reasoning to the “core” of rules and their established linguistic meanings. The article aims to analyze Postema’s perspective in the broader context of the evolution of Hart’s views on legal indeterminacy and judicial decision-making. The relevance of this topic lies in the necessity for a more comprehensive and balanced reconstruction of Hart’s theory, which is paradigmatic for modern positivism and Anglophone jurisprudence, in the light of the contentious and narrow character of its assessments. The authority of the Postema’s interpretation, seen as providing new insights into the work of the British jurist, adds to the relevance of this analysis. The research uses diverse, primarily hermeneutical, methods, drawing from Postema’s paper and the available body of Hart’s writings, as well as the representative biographical and scientific literature. The article examines the historical context of the 1958 essay’s creation and the doctrine of judicial reasoning contained within it. Ultimately, while recognizing the stimulating role of Postema’s re-description of the 1958 doctrine, the article finds some of its key assertions (including Hart’s understanding of the nature of legal indeterminacy and judicial choice, the attribution of “settle-meaning positivism”, and a doctrine of the rule of law) to be contentious or unwarranted.

Key words: H.L.A. Hart, G. Postema, legal positivism, legal reasoning, legal indeterminacy, judicial discretion, limits of law, law and language, logic in law, the rule of law

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

Received: 19th January 2024

Accepted: 15th October 2024

For citation:

Kasatkin, S.N. (2024) Revisiting legal positivism: H. Hart’s 1958 conception of legal reasoning in the lens of G. Postema. *RUDN Journal of Law*. 28 (4), 778–797. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2024-28-4-778-797>

Введение

Настоящая статья посвящена проблематике интеллектуальной правовой истории и имеет двоякий предмет исследования. С одной стороны, это концепция права, правовой неопределенности и судейского усмотрения выдающегося

британского философа и правоведа, профессора Оксфорда, Герберта Л.А. Харта, сформулированная им в очерке «Позитивизм и разделение права и морали» 1958 г. (Hart, 1958) и ставшая впоследствии частью его знакового спора с профессором Гарварда и приверженцем юснатурализма Лоном Фуллером (Fuller, 1958). С другой стороны, это оригинальная трактовка данной концепции, предложенная в наши дни известным американским правоведом и историком правовой мысли Джеральдом Постемой (Postema, 2010).

Избранная тема может представлять ценность в качестве идейно-исторического формата обсуждения философских / доктринальных начал судебной аргументации, выступающей значимым компонентом практики современных государств и требующей осмысления. Вместе с тем ключевой интерес статьи связан с «картографией» англо-американской мысли второй половины XX – начала XXI вв. и прежде всего с дискуссиями о надлежащем понимании и оценке здесь творческого наследия Герберта Харта, определившего не только современный облик юридического позитивизма, но во многом и основания, методологию и язык послевоенной англоязычной юриспруденции. С этих позиций актуальность предлагаемого исследования обусловлена, среди прочего, следующими обстоятельствами.

Во-первых, на фоне масштабности фигуры Г. Харта восприятие его правовой теории и особенно теории судебного рассуждения носит, так или иначе, усеченный характер, базируясь в первую очередь на главном труде автора, «Понятии права» 1961 г. (Hart, 1961), и на его трактовках в последующих спорах в англо-американской философии права (прежде всего в рамках полемики, инициированной Рональдом Дворкином (Dworkin, 1978; Dworkin, 1986)) (см.: Cohen, 1984; Marmor, 2005; Postema, 2011:341 ff.; Spaak & Mindus (eds.) (eds.), 2021:675 ff.). Отсюда важной исследовательской задачей является более объемная и взвешенная историческая реконструкция взглядов британского правоведа, которая опирается на доступный сегодня запас его работ, а также на их «сквозное» прочтение, раскрывающее более широкую и разнородную систему идей автора, изменчивую траекторию их развития.

Во-вторых, в рамках указанной идейно-исторической реконструкции взглядов Г. Харта центрируемый в статье очерк 1958 г. играет особую роль. Он примечателен не только как маркер этапа, прямо предшествующего базовому трактату 1961 г., впервые заявляя многие тезисы и аргументы, «сквозные» для авторской теории права и судебного рассуждения. Очерк обнаруживает важное – и недооцененное в литературе (Shaw, 2013) – влияние на Г. Харта юридической школы Гарварда с ее подходами, оппозиционными установкам британского аналитика-позитивиста, – влияние, обусловившее, с одной стороны, оформление канона его теории в диалоге английской и американской правоведческих традиций, с другой – их синтез, включающий целый ряд потенциальных (в том числе не избранных автором) путей развития (Lacey, 2013). Теоретизируя здесь в границах альтернативного социального и академического поля, Г. Харт отходит от привычного для себя философско-аналитического обсуждения права и судопроизводства, связывая решение концептуальных проблем с исторической, институциональной и морально-политической аргументацией (Lacey, 2008:1061, и др.; Shaw, 2013:724, и др.). Как следствие, текст 1958 г. оказывается несводимым лишь к статусу более ранней и краткой версии трактата 1961 г., являясь уникальным для всего творчества британского правоведа и заслуживая самостоятельного исследования.

В этом контексте, в-третьих, крайне значимым видится «прочтение» доктрины Г. Харта 1958 г., предложенное Джеральдом Постемой (Postema, 2010). Принадлежа

одному из наиболее авторитетных сегодня историков англоязычной философско-правовой мысли, данная трактовка сочетает внимание к деталям анализируемого текста и учет широкой перспективы работ Г. Харта, вводя новые «доопределения» его позиций гарвардского периода. Среди прочего Дж. Постема, с одной стороны, идет вразрез с традиционным воззрением о содержательной близости подходов 1958 и 1961 гг. (см.: Vix, 1993:29, и др.; Lacey, 2004:179 ff.; Marmor, 2005:95 ff.), фиксируя разницу в их «диагностике» правовой неопределенности и судьейского выбора. С другой стороны, он увязывает концепцию судебного рассуждения Г. Харта с пониманием им права, морали и языка и квалифицируя ее в качестве «позитивизма установленного значения» (с вмененным ему разделением аргументов в ясных и пограничных случаях, а также сведением права и юридического рассуждения к сфере четкой языковой / официальной регламентации). Как следствие, даже несмотря на спорность целого ряда положений трактовка Дж. Постемы выступает ценным, интеллектуально стимулирующим источником по теме: она позволяет иначе, и более объемно, взглянуть на систему и траекторию развития представлений Г. Харта о праве и юридическом рассуждении, а равно обеспечивает их реактуализацию (и проблематизацию) в контексте современных полемик о границах правовой системы, природе нормативного регулирования и наилучших форматах воплощения идеала господства права.

Названные обстоятельства обусловили задачи и структуру исследования. В первой части статьи рассматриваются особенности гарвардского периода в творчестве Герберта Харта, сформировавшие уникальный контекст создания им очерка 1958 г., фиксируются основные позиции очерка по вопросам судебного рассуждения. Вторая часть статьи суммирует описательные и критические элементы в трактовке доктрины 1958 г. Джеральдом Постемой. Третья ее часть предлагает развернутый критический анализ данной трактовки, затрагивающий как понимание Г. Хартом природы неопределенности и усмотрения в праве (взаимосвязи здесь нормативности, логики и языка), так и вменение ему «позитивизма установленного значения» и доктрины господства права, с особым акцентом на экспликации (проблемных) интерпретативных установок Дж. Постемы, подрывающих состоятельность ряда ключевых его толкований и выводов.

Гарвардский период творчества Герберта Харта и его очерк «Позитивизм и разделение права и морали» (1958)

Концепция британского философа и правоведа, профессора Оксфордского университета, Герберта Харта часто рассматривается в качестве парадигмальной для современного юридического позитивизма и одной из базовых для сегодняшней англоязычной философии права в целом (Spaak & Mindus (eds.), 2021:301 ff.). Опираясь на идеи философского анализа языка (Дж.Л. Остин, Л. Витгенштейн и др.), она вводит теоретически и методологически обновленную версию классической аналитической юриспруденции (Sugarman, 2005:271 ff.; MacCormick, 2008:23–30; Lacey, 2004:112 ff.). Как известно, Г. Харт отвергает прежние позитивистские истолкования права через подкрепленные силой приказы суверена, не способные, по его мнению, объяснить нормативную природу права (редуцируя его к простым, «внешним» эмпирическим фактам) и сложность его институциональной организации. Автор отталкивается от «герменевтической» модели социального правила, которое объединяет

как «внешний аспект» – наличие в обществе единообразной поведенческой практики, так и «внутренний» аспект – принятие практики ее участниками в качестве образца своего поведения и основания оценки поведения других, применения мер ответственности. Он также подчеркивает отсутствие у юридических правил единой структуры («условие – санкция»), разницу их регулятивных функций и уровней (возложение обязанностей или наделение правами, адресация к гражданам или к должностным лицам и пр.). В этой перспективе Г. Харт представляет право в качестве системы первичных и вторичных правил: норм первого и второго порядков. К последним, помимо правил изменения (правотворчества) и судебного решения (правоприменения), относится основополагающее правило распознавания¹, которое, проявляясь в согласованной практике / конвенции должностных лиц, устанавливает критерии действительности в системе, обеспечивая то, что юридические правила определяются по своему формальному, институциональному статусу, а не по своим достоинствам или содержанию. Сказанное обуславливает – весьма умеренную – трактовку Г. Хартом позитивизма как прежде всего тезиса об отсутствии необходимой понятийной связи между юридической действительностью и моральной ценностью, одновременно признающую иные пересечения морали и права (историческое взаимовлияние, общие правила и принципы, возможная инкорпорация правом моральных ценностей и обязанность судей им следовать, необходимый для общества «минимум естественного права» и т. п.). Важным дополнением концепции автора является и рассматриваемый далее тезис о (лингвистически опосредованной) невозможности исчерпывающей юридической регламентации: признание, наряду с ясными, пограничных случаев, где отсутствует единственно верный юридический ответ и где суд должен выбрать один из исходов, т.е. применить усмотрение (Hart, 1961; MacCormick, 2008; Postema, 2011:261 ff.).

Будучи наиболее компактно и системно выраженными в базовом трактате автора, «Понятие права» 1961 г., эти и другие характерные позиции Г. Харта имеют более раннюю датировку, получая оформление в его заметках, учебных курсах, выступлениях и публикациях 1950-х гг. Одним из ключевых этапов такого пути стал период пребывания Г. Харта в качестве приглашенного профессора в Гарварде (1956–1957 гг.), являвшемся тогда центром юридической мысли США.

Как отмечается в биографической литературе, данный период оказал огромное стимулирующее воздействие на британского мыслителя, погрузив его в насыщенную культурно-интеллектуальную и академическую атмосферу, значительно отличающуюся от Оксфорда. Это касается и приоритета здесь правоведения перед философией, и интерактивных форм проведения занятий, а главное – глубинных расхождений в подходах Г. Харта и гарвардской (в целом американской) юриспруденции: если исследования Г. Харта базировались на скрупулезном, философски нагруженном понятийном анализе юридического языка, то типичным для его

¹ Используемый здесь вариант перевода английского выражения «*rule of recognition*» видится, при прочих равных, более предпочтительным в сравнении с его традиционным переводом как «правила признания». Последний, с одной стороны, менее четок в отражении важной функции данного правила в теории Г. Харта – идентификации (узнавания, распознавания) юридических правил, связанной с институционализацией критериев действительности в правовой системе и, тем самым, с ограничением соответствующих правил от иных социальных стандартов. С другой стороны, он пересекается с русскоязычным переводом другого важного для Г. Харта термина «*acceptance*», имеющего иной смысл и призванного отразить признание или принятие социальных правил участниками коммуникации с «внутренней точки зрения» (см.: Hart, 1961:56 ff.).

американских коллег было неприятие философской автономизации правоведения (трактуемой в качестве узкой версии правовой теории) и следующее из этого неприятие юридического позитивизма, ассоциируемого с концептуализмом и формализмом (Sebok, 1995). Так, почетный декан, Роско Паунд (Pound, 1941), олицетворявший дух юриспруденции в Гарварде, отстаивал социологическую теорию права, тесно связанную с социальными науками и сосредоточенную на разнообразных функциях права в обществе. Его взгляды находили продолжение у влиятельной в Гарварде школы юридического процесса (Генри Харт, Альберт Сакс и др. (Hart, Sacks, 1994)), нацеленной на анализ реального правоприменения в противовес его абстрактно-теоретическим (позитивистским) концептуализациям. Оппозиционной Г. Харту также являлась авторитетная доктрина Лона Фуллера (Fuller, 1940), активного сторонника естественно-правовой теории «внутренней» / процедурной морали права (Sugarman, 2005:278–281; Lacey, 2004:179–202; Lacey, 2013:637–641; Shaw, 2013:676–689).

Существенной спецификой обладала и интеллектуальная повестка американской юриспруденции, традиционно сосредоточенная на вопросах судопроизводства и обхождения со сложными судебными делами (Hart, 1957:955–959; Hart, 1958:615; Hart, 1983:123–125). Одна из центральных дискуссий в Гарварде того времени касалась проблем совместимости, с одной стороны, широкой правовой неопределенности и судейского усмотрения, провозглашенных движением американских «реалистов» (О.У. Холмс, К. Льюэллин², Дж. Фрэнк и т.п.), с другой – фундаментальных идей и институтов господства права. Так, объектом критики реалистов выступало учение формализма, ассоциируемое с трактовкой права как «закрытой системы» стандартов, содержащей ответы на все юридические вопросы, а деятельности судьи – как выведения таких ответов для частных случаев «автоматически» или посредством логических процедур. Как показывали реалисты, правила не могут учесть всех обстоятельств дела, допускают разные толкования, а потому имеют лишь подчиненное значение в аргументации либо выступают частью официальной риторики и оправдания решений задним числом. По их мнению, судьи реагируют не на (писанные) правила, а на конкретные фактические ситуации, действуя сообразно принятым в их сообществе стереотипам и установкам, в чем и состоит их роль как «социальных инженеров», ориентированных на продвижение, разграничение и защиту социальных интересов и ценностей (MacCormick, 2008:153–157; Spaak & Mindus (eds.), 2021:80 ff.; Postema, 2011:81 ff.). Реалисты, однако, не предложили какой-либо теории, способной направлять или ограничивать судейский выбор, тем самым проблематизируя его совместимость с идеалами «правления права, а не людей». На этот вызов и стремилась ответить гарвардская школа юридического процесса. Принимая тезис о неопределенности, ее представители допускали симбиоз усмотрения и господства права при условии, что юридические решения принимаются ответственными судьями разумным образом, с учетом своей институциональной позиции по отношению к иным подразделениям государственной власти, и сопровождаются письменной экспликацией своего обоснования, которое должно отражать

² Вопреки сложившейся в отечественной литературе традиции, более предпочтительным видится перевод фамилии американского правоведа – «*Llewellyn*» – не как «Левеллин» или «Ллевеллин», а как «Льюэллин». Последнее не только соответствует принятому произношению этой фамилии в англоязычном (в том числе научном) обороте, но и прямо вытекает из правил чтения буквосочетания «ew» (ср., например: Исаак Ньютон (*Isaac Newton*), Льюис Кэрролл (*Lewis Carroll*) и т.д.).

профессиональное искусство, рационализм и мудрость судейского корпуса, т.е. то, чему общественность может доверять (Hart, Sacks, 1994; Shaw, 2013:668, и др.).

Изложенные проблемы и взгляды получают прямое отражение в построениях Г. Харта. Находясь в альтернативной для себя социальной и идейно-полемической среде, он по-новому осмысливает и аргументирует прежние позиции. Это касается и одного из знаковых событий гарвардского периода – почетной «холмсовой лекции» Г. Харта по теме «Позитивизм и разделение права и морали» (1957), опубликованной в 1958 г. как очерк в журнале «Harvard Law Review» (Hart, 1958) вместе с критическим ответом Л. Фуллера (Fuller, 1958) и заложившей основу знаменитой в англо-американской мысли XX века полемики двух правоведов (Lacey, 2008:1059 ff.; Spaak & Mindus (eds.), 2021:71–74). Учитывая антипозитивистский тренд в гарвардском (и в целом американском) сообществе, Г. Харт обращается здесь к обоснованию «позитивистского» тезиса о разделении права и морали – отсутствии необходимой концептуальной связи между юридической действительностью и моральной ценностью, а также важности разделения вопросов о том, что такое право, и о том, должно ли ему следовать (Hart, 1958:959 ff.). Данный тезис раскрывается автором через разбор целого ряда полемически значимых тем: состоятельности наследия классической аналитической юриспруденции, теоретических следствий опыта нацистского государства, необходимости моральных оснований правовой системы, определения минимума естественных прав, познаваемости правовых ценностей и пр.

Затрагивает обоснование Г. Харта и «специфически американскую» критику разделительного тезиса, инициированную вызовом реализма формализму (Hart, 1958: 606) – критику, анализируемую в разделе III очерка 1958 г. и прямо связанную с предметом настоящей статьи. Ключевые позиции данного раздела можно изложить следующим образом.

Во-первых, как минимум отчасти, Г. Харт признает ценность вызова реалистов в адрес логико-дедуктивных моделей юридического рассуждения. По его мнению, он обнаруживает значимую для правопознания особенность человеческого языка и мысли – существование, наряду с ясными, спорных (нормативно неисчерпанных) случаев словоупотребления, т.е. наличие как «ядра установленного значения», так и «полутени неопределенности», порождающей необходимость для лиц, применяющих юридические правила с подобной терминологией, «принять ответственное решение» об их применимости в конкретных случаях (Hart, 1958:607 ff.).

Во-вторых, Г. Харт разделяет негативную оценку «ошибки формализма» как «слепых» судебных решений в ситуациях полутени и подчеркивает важность для судей осознания здесь неопределенности юридических правил и необходимости разумного выбора (Hart, 1958:607–608, 610–611).

В-третьих, возражая реалистам, автор отмечает некорректность в понимании и применении ими «ошибки формализма». С одной стороны, таковую нельзя отождествлять с «чрезмерным использованием» логики или аналитических средств: будучи формальной связью переменных, логика не затрагивает сердцевину судебного рассуждения – толкование терминов и квалификацию частных фактов. С другой стороны, «ошибку формализма» нельзя распространять на аналитическую юриспруденцию Дж. Остина и Дж. Бенгтама (по сути, на все учение юспозитивизма), а равно на большинство случаев судебной практики, когда не устраивающие критиков «слепые» решения на деле принимаются по отличным ценностным /политическим (например, консервативным) основаниям (Hart, 1958:608–611).

Наконец, в-четвертых, Г. Харт показывает, что само по себе признание правовой неопределенности и судейского выбора не подрывает тезиса о разделении права и морали. По его мнению, судьи вполне могут использовать социально-политические, моральные и т.п. доводы в полутени, однако вводимый на этой основе пересмотр понятия юридического правила через включение в него социальных целей, которые задают его применение в спорных случаях и образуют тем самым столь же важную часть права, лучше отвергнуть. Такой взгляд, с одной стороны, предлагает более «таинственную» картину того, что можно изложить яснее, указывая на «неисправимую неполноту» права, преодолимую через апеллирующий к целям разумный выбор, с другой – размывает саму идею ядра установленного значения юридических правил, образующего право в его «наиболее важном» смысле и необходимого для нормативного руководства и коммуникации (Hart, 1958:612–615).

Именно эти положения очерка 1958 г. во многом предвосхитили и составили основу «срединной» между формализмом и реализмом концепции правовой неопределенности и судейского усмотрения Г. Харта 1961 г. (Hart, 1961:147, и др.; см.: Hart, 1983:125 ff.) как части его «канонической» позитивистской теории права (MacCormick, 2008:153–167; Schauer, 2008:1112–1115, и др.; Postema, 2011:321–325; Marmor, 2005:95 ff.; Vix, 1993:7–35) и важного элемента западной юриспруденции второй половины XX – начала XXI вв. И именно к этим положениям автора прежде всего обращается в своем анализе современный американский правовед и историк англоязычной правовой мысли, Джеральд Постема.

Концепция Г. Харта 1958 г. глазами Дж. Постемы

Итак, в истолковании американского исследователя, в очерке 1958 г. – как и в «Понятии права» (1961) – Г. Харт стремится не заявить теорию юридического рассуждения, но извлечь ресурсы из базовых и широко признанных черт понятия права для корректуры ошибочных трактовок процесса юридического рассуждения, побудивших ряд американских правоведов к глубокому скептицизму относительно его разумности и цельности (Postema, 2010: 259). Согласно Дж. Постеме, отчасти разделяя критику реалистами формалистской юриспруденции и судопроизводства, Г. Харт переосмысливает ее основания, вводя ее более умеренную характеристику / формулировку (Postema, 2010: 260). Во-первых, он предлагает «аналитическую рамку» для обсуждаемых реалистами проблем — таковые связываются с лингвистически обусловленной внутренней особенностью правил, когда «ядро» их устоявшегося значения окружено «полутенью» неопределенности. При этом способы применения правил различны: присущий полутени элемент выбора и решения в сфере ядра отсутствует. Во-вторых, Г. Харт диагностирует причины необходимости решения и выбора в области полутени: они состоят в «логическом разрыве» между общими суждениями и частными случаями. В-третьих, он указывает на преодолимость такого разрыва с помощью рациональной аргументации, которая направляет выбор в полутени, но не устраняет его. В-четвертых, автор признает, что это предполагает критерий оценки обоснования как разумного (хоть и не окончательного), связывая таковой с соображениями о том, каким должно быть рассматриваемое правило (как оно должно быть урегулировано) (Postema, 2010:261–262).

В свете сказанного, продолжает Дж. Постема, Г. Харт стремится одновременно ограничить скептический вызов реалистов и дать на него ответ. Так, с одной

стороны, Г. Харт оспаривает вывод из признания проблем полутени тезиса о неустраняемой произвольности судебного рассуждения. Он отстаивает необходимость для права ядра установленного применения, без которого невозможны ни характерная для правового регулирования инструментальность правил, ни их требуемое постижение и использование в сообществе (Postema, 2010: 263–264). Кроме того, он подчеркивает, что даже в области полутени выбор также направляется разумом (пусть и в отличной от ядра форме – через аналогию с прошлыми делами, когерентность признанным принципам и пр.), часто выступая обоснованным развитием правила с учетом различных присутствующих в праве доводов (Postema, 2010: 264). С другой стороны, Г. Харт выступает против склонности умеренных реалистов распространять черты полутени на всю судебную аргументацию, отвергая «приглашение» включать в правило цели и политические ориентиры, используемые в решении дел его пограничного применения и провозглашаемые, по их важности, столь же правомочными считаться правом, сколь и фиксированное ядро юридических правил. Апеллируя к ясности и тезису разделения, он настаивает, что, во-первых, тип рассуждения в области ядра резко отличается от аналога, доступного в полутени, и что, во-вторых, право ограничено ядром установленного значения, а юридическое рассуждение тем самым – аргументацией в сфере ядра. По Г. Харту, разграничение позитивистами

типов обоснования позволяет четче выразить истины реализма, а разделение ими права сущего и должного подразумевает, что твердое ядро установленного значения есть право в наиболее важном смысле, ибо без него понятие правил, руководящих решениями судов, абсурдно (Postema, 2010:266–267). Данная концепция и маркируется Дж. Постемой как «позитивизм установленного значения» (Postema, 2010:267).

Анализ Г. Харта 1958 г. оценивается Дж. Постемой критически.

Во-первых, по мнению исследователя, в 1958 г. – в отличие от «Понятия права» (1961) – британский правовед дает неподходящую диагностику проблем полутени и необходимого здесь выбора.

Прежде всего Дж. Постема отмечает узость описания Г. Хартом источника неопределенности правил лишь в терминах языковой коммуникации: правила могут быть лингвистическими, понятийными или практическими, вытекать из примера или четко выраженного суждения. Отсюда более плодотворным критик считает (альтернативный) анализ 1961 г., где проблемы полутени ассоциируются с неустраняемой смутностью правил и схожих явлений (обычаев, прецедентов, примеров), обусловленной не внутренними недостатками языка, а нашим относительным незнанием фактов и относительной неопределенностью цели (Postema, 2010:261–263).

Между тем более серьезный изъян диагностики 1958 г. Дж. Постема видит в увязывании Г. Хартом проблем полутени и усмотрения с «молчанием» логики о том, как классифицировать индивидуальные случаи, т.е. с ее неспособностью решить известную кантовскую проблему суждения – преодолеть разрыв общего и частного. Согласно критику таковой действительно не преодолевается логикой (а равно большей детализацией правил, обращением к иным стандартам и пр.), требуя акта суждения, чтобы принять конкретный эмпирический факт – всегда в ряде аспектов выходящий за рамки релевантного понятия или правила – как пример последних. Однако, подчеркивает исследователь, этот разрыв пронизывает мышление, присутствуя и в полутени, и в ядре правил, что не позволяет Г. Харту адекватно объяснить выбор в судебной аргументации в пограничных случаях (Postema, 2010:262–263).

Во-вторых, Дж. Постема оспаривает (реалистскую) риторику «выбора», используемую Г. Хартом в описании рассуждения в области полутени. Для Г. Харта такая риторика акцентирует наличие здесь множества близких по привлекательности альтернатив, когда содержащиеся в праве доводы, ограничивая, не предопределяют судебский выбор. Однако, замечает Дж. Постема, она одновременно скрывает то, что решения в полутени основываются на аргументации, а должностные лица подчиняются (нормативным) требованиям ответственного суждения и принятия решений. По его мнению, лучшим описанием разногласий между разумными судьями будет констатация того, что после добросовестного и исчерпывающего исследования они пришли к конфликтующим суждениям, основанным на аргументах – суждениям, за которые они несут ответственность (Postema, 2010: 264–266).

В-третьих, и в-главных, Дж. Постема отвергает обоснованность заявленного Г. Хартом в 1958 г. «позитивизма установленного значения». По мысли критика, довод ясности требует отличать рассуждения в ядре и в полутени, а равно ограничивать право и юридическую аргументацию сферой ядра только если соответствующие (характеризующие их) утверждения верны. Точно также абстрактно верный тезис о разделении права сущего и должного не позволяет определить, состоит ли право из фиксированных правил или включает спорные соображения, вне содержательной теории о его природе (делающей разделительный тезис излишним) (Postema, 2010:267).

Согласно исследователю, в основании критики Г. Хартом реализма в 1958 г. подразумевается альтернативный и более плодотворный аргумент, исходящий из посылки о том, что главная задача права – руководство человеческим поведением посредством общих правил, и выводящий из этого необходимость четкой идентификации права и юридического рассуждения (Postema, 2010: 267). Между тем, подчеркивает Дж. Постема, это также аргумент *non sequitur*, недостаточный для сведения последних к ядру правил и, к тому же, антиномичный в своих практических следствиях для правового регулирования: балансировки его предсказуемости, разумности и эффективности в ограничении государственной власти (Postema, 2010:267–270). Отсюда важная исходная посылка Г. Харта нуждается в развитии / дополнении через раскрытие (в логике очерка 1958 г.) присущей праву особой техники нормативного руководства либо (в духе трактовки Г. Харта Л. Фуллером) через анализ следствий идеала господства права для нашего понимания права и юридической аргументации (Postema, 2010:270).

Однако, заключает Дж. Постема, движение по этому пути уводит от «позитивизма установленного значения» ближе к юриспруденции «*common law*» с ее восприятием права не как набора дискретных правил, но как дисциплины публичного практического рассуждения, предоставляющей рамки и форум для критического исследования и авторитетного определения публичных норм (Postema, 2010:271).

С этих позиций, с одной стороны, взгляд Г. Харта скрывает важные черты нормативно-правового руководства: для минимальной эффективности последнего право должно быть публичным, системным, дискурсивным и аргументативным, в том числе стремиться не пресечь, а подчинить разногласия дисциплинированной практике публичного рассуждения, укорененного в корпусе решений, правил, сводов и конвенций политического сообщества (Postema, 2010:271–275). С другой стороны, такой взгляд менее соответствует идее господства права, т.е. концептуализации права как особого способа осуществления политической власти, который

обеспечивает защиту от произвола чужой воли. По Дж. Постеме, господство права требует наличия, во-первых, ясных и общедоступных норм как эффективного руководства и основания для поведения граждан и должностных лиц, во-вторых, надежных публичных структур взаимной подотчетности / ответственности, когда обоснованность действий должностных лиц доступна оспариванию на публичном форуме через рациональную делиберативную аргументацию, затрагивающую не только соответствие действий конкретной правовой норме, но и само понимание и силу этой нормы в общем корпусе права. Структурированное сообразно требованиям обоснованности и подотчетности юридическое рассуждение противится резкому разведению типов аргументации в ядре и в полутени и не может ограничиваться лишь случаями, четко урегулированными правом (Postema, 2010:275–279).

Прочтение Дж. Постемы: критический анализ

Предложенное Джеральдом Постемой прочтение очерка Герберта Харта 1958 г. представляет собой оригинальное и продуманное истолкование взглядов британского правоведа, образующее значимое дополнение к дискуссиям о понимании и оценке его творческого наследия и пути.

Прежде всего Дж. Постема заявляет весомую альтернативную версию становления концепции правовой неопределенности и судебного решения Г. Харта: тогда как традиционно совокупность идей «Понятия права» полагается во многом сформированной на момент холмсовой лекции автора в Гарварде (Sugarman, 2005:281), а изложенная в очерке 1958 г. доктрина юридического рассуждения мыслится как более ранняя, краткая, но содержательно схожая формулировка более известного и классического учения об «открытой текстуре» 1961 г. (Lacey, 2013:645; Vix, 1993:29), Дж. Постема выявляет значимые различия в подходах британского правоведа 1958 и 1961 гг. Кроме того, исследователь вводит оригинальные «доопределения» концепции Г. Харта 1958 г. и, так или иначе, 1961 г. (связанные прежде всего с идеей «позитивизма установленного значения»), важные с точки зрения их включения в современные полемики в англо-американской и в целом западной философии права (о полномочиях судьи по использованию доводов морали, о содержании верховного правила распознавания и границах правовой системы, о методологии понимания права и т.д. (Cohen, 1984; Vix, 1993:27 ff.; Schauer, 2006; Spaak & Mindus (eds.), 2021:443 ff., 487 ff., 676 ff., и др.)), открывающие новые ракурсы их обсуждения. Наконец, на этой основе Дж. Постема вносит свой вклад в интенсификацию направления оценки и критики учения Г. Харта, акцентирующего идеи нормативного руководства и господства права (см.: Fuller, 1958:632 ff.; Raz, 1995:210–237, и др.; Raz, 1979:210–228, и др.; Schauer, 2008; и др.), оспаривая в такой перспективе аргументы данного учения, намечая возможные пути его преобразований.

Вместе с тем, хотя прочтение Г. Харта Дж. Постемой и имеет опору в очерке 1958 г., целый ряд утверждений исследователя представляются не вполне ясными и / или обоснованными и нуждаются в (критическом) комментарии.

Во-первых, реконструируя взгляды Г. Харта на правовую неопределенность и юридическое рассуждение, Дж. Постема неоднократно «достраивает» их в контексте иных произведений мыслителя, что значимо для понимания общей траектории развития теории британского правоведа, а равно вполне уместно и даже необходимо, учитывая ограниченность целей и объема соответствующего раздела очерка 1958 г.

(Hart, 1958:959, 606–608, и др.). Однако, вне прояснения интерпретативных установок исследователя (в частности, того, когда выраженную в тексте позицию следует считать достаточно полной / «законченной», а когда – требующей содержательного переопределения в свете иных работ автора), его трактовки зачастую кажутся избирательными. Так, с одной стороны, на фоне лишь пунктирно прописанной в очерке 1958 г. идеи рациональности усмотрения в спорных случаях, Дж. Постема дает ее блестящую реконструкцию на базе системного анализа сочинений Г. Харта (Postema, 2010:261, 264–266) (причем во многом совпадающую с ее развернутым изложением в прямо предшествующей очерку гарвардской заметке автора «Усмотрение» 1956 г., найденной и опубликованной уже после выхода в свет работы исследователя (см.: Hart, 2013; MacCormick, 2008:159 ff.; Shaw, 2013:693 ff.)). С другой стороны, также сравнительно краткие (и не вполне последовательные) суждения Г. Харта о причинах неопределенности и выбора в области полутени трактуются Дж. Постемой как «полноценные» позиции, которые — без пояснений — осмысливаются им обособленно от иных, более эксплицитных работ британского правоведа, противопоставляются последним (см.: Postema, 2010:262–263, и др.).

Во-вторых, в продолжение сказанного вызывает вопросы данное Дж. Постемой истолкование взглядов Г. Харта на правовую неопределенность, когда ее узкая, глубоко лингвистическая концептуализация 1958 г. противопоставляется ее взвешенной диагностике 1961 г., связанной с природой регулирования посредством правил, восходящей к границам предвидения фактов и установления целей регулирования в будущем (Postema, 2010:262–263).

Вопреки Дж. Постеме, в отсутствие свидетельств обратного, более убедительным (и даже «естественным») здесь видится «консервативное» или «умеренное» толкование соответствующих фрагментов очерка 1958 г., исходящее из презюмируемой целостности взглядов Г. Харта и их поступательного развития, что оправдывается прочтением отдельных работ мыслителя в хронологически последовательной и «сквозной» перспективе, в общем контексте его творчества. При таком ракурсе у Г. Харта обнаруживается концепция более сложной системы источников неопределенности – концепция, вытекающая из общефилософских начал подхода автора (того же обоснования «открытой текстуры» у Ф. Вайсмана (Waismann, 1951; Hart, 1961:128; Hart, 1983:274–275) и представленная в различных его работах (в том числе предшествующих холмсовой лекции 1957 г.) (Hart, 2013; Hart, 1961:124–136; Hart, 1983:103–108, и др.). Здесь можно выделить несколько групп факторов неопределенности (полагаемых Г. Хартом в единстве, а не в оппозиции друг с другом (см.: Hart, 1961:124–136)). С одной стороны, это особенности крайне сложного, изменчивого мира и ограниченность возможностей его познания людьми (Hart, 2013:661–662; Hart, 1961:128; Hart, 1983:103, 269–270, 274–275; Hart, 2016:465), с другой – это специфика языка (предполагающего конвенциональную, социальную, нормативную связь знаков и референтов, оборотов и ситуаций), который в условиях меняющейся действительности, даже для его знатоков, обнаруживает неопределенность в нетипичных, непредвиденных обстоятельствах (Hart, 1955:258–260; Hart, 1957:968 ff.; Hart, 1961:24 ff.; Hart, 1983:103, 274–275). В качестве дополнительного фактора следует также назвать потребность в разумном нормативном регулировании: его организация в свете заявленных выше условий находится в напряжении с заведомой жесткой фиксацией значений языковых терминов / правил и нуждается в сохранении возможностей их рационального доопределения в новых условиях (Hart, 1956:658 ff.;

Hart, 1958:608, и др.; Hart, 1961:128 ff.; Hart, 1983:104–105, 270–271). Все эти факторы с необходимостью детерминируют функционирование права как социального явления и института, задавая параметры правовой неопределенности и способов обхождения с нею (Hart, 1956:655, 663–664; Hart, 1961:130–134). Таким образом, в связи с наблюдениями Дж. Постемы, можно признать специфику / акценты конкретного избранного Г. Хартом способа выражения позиции в очерке 1958 г. в отличие от трактата 1961 г. или иных работ, однако говорить здесь о смене британским мыслителем своего подхода к объяснению источников правовой неопределенности вряд ли обоснованно.

В-третьих, схожую реакцию вызывает приписывание Дж. Постемой Г. Харту в 1958 г. – дефектной – доктрины судейского выбора в полутени как «кантианского» суждения, преодолевающего разрыв общего правила и частного случая и порождаемого молчанием логики о квалификации частных, а также противопоставление этой доктрины подходу автора 1961 г. (Postema, 2010:262–263). В изложении Г. Хартом своей позиции в разделе III очерка 1958 г. действительно можно усмотреть элементы непоследовательности. При этом, наряду с наблюдением Дж. Постемы (менее очевидным, учитывая, что обсуждаемый тезис Г. Харта адресован роли логики в судопроизводстве в целом (Hart, 1958:610)), таковая скорее обнаруживается в описании правоведом нетипичных случаев, где судейский выбор *prima facie* выводится из неспособности фактов назвать свою юридическую квалификацию (Hart, 1958:607), или же в его одновременных заявлениях о непригодности и недостаточности логической дедукции для (модели) судебного решения (Hart, 1958:607–608). Однако, даже несмотря на это, прочтение Дж. Постемы – возможно, распространяющее на Г. Харта идеи ряда обсуждаемых им реалистов (см.: Postema, 2011:111–118) – остается спорным с точки зрения текста 1958 г., а равно неубедительным в общей перспективе творчества британского правоведа.

Прежде всего, обсуждая и в очерке 1958 г., и в других своих работах вопросы правовой неопределенности и судебного решения, Г. Харт отталкивается не от «кантианской» проблемы и модели суждения, а скорее от круга проблем, проистекающих из отношений знака и референта, термина / правила и ситуации (см.: Vix, 1993:7 ff.; Marmor, 2005:96 ff.). Сообразно установкам лингво-аналитической философии, автор исходит из отсутствия между ними какой-либо «объективной» связи (неоднократно заявляя как об отсутствии самонаименования фактов, так и о непредопределении правилом своего применения (Hart, 1955:258; Hart, 1958:607; Hart, 1961:126; Hart, 1983:106)): эта связь задана социальной конвенцией, практикой употребления в сообществе. Наличие подобной конвенции фиксирует значение юридического правила и обеспечивает его беспроблемное применение (риторика «выбора», а также «разрыва» общего и частного здесь не используется, отвергается), а отсутствие конвенции как раз и порождает спорные случаи, требующие усмотрения (Hart, 1955:258–260; Hart, 1957:968; Hart, 1961:126; Hart, 1983:106).

По отношению к изложенной доктрине заявления Г. Харта 1958 г. о логике в судебной аргументации носят подчиненный, частный характер и также являются типичными для работ автора до и после анализируемого очерка. Г. Харт скептически относится к логической интерпретации судебного рассуждения, причем и в ясных, и в пограничных случаях (см.: Marmor: 2005:97–98): как отмечалось, логика мыслится им лишь как формальная связь переменных, не имеющая отношения к – центральному здесь – установлению значений и квалификации частных (Hart, 1955:259;

Hart, 1957:955–957; Hart, 1958:610–611; Hart, 1983:99–105, 130). Обращение же британского правоведа в 1958 г. к теме логики, вопреки Дж. Постеме, мотивировано не признанием ее «молчания» в качестве эксклюзивной причины неопределенности и выбора в полутени, но критикой реалистского вызова формулизму, оспаривающего логико-дедуктивное описание судебного решения. Позиция Г. Харта в 1958 г. и далее состоит в том, что судебская «ошибка формализма» заключается не в пресловутом «злоупотреблении» логикой, а в «слепых» решениях в области полутени, когда от судьи требуется осознанный и ответственный выбор (Hart, 1958:610–611, 614–615; Hart, 1983:104–105, 130–132, 152–153).

В-четвертых, в общетеоретическом плане можно отчасти согласиться с Дж. Постемой в неудачности – ограниченных коннотациях – употребляемой Г. Хартом терминологии «выбора» для описания официальных решений в полутени, не акцентирующей институциональную необходимость и практику их рациональной аргументации.

Вместе с тем нападки Дж. Постемы здесь видятся чрезмерными. В противовес пространным формулировкам критика терминология выбора емко передает суть позиции Г. Харта (неизбежность усмотрения в спорных случаях). Кроме того, она сопровождается замечаниями о разумности дискреционного выбора, его заданности правом (Hart, 1955:261–262; Hart, 1956:658, и др.; Hart, 1958:608, 611, и др.; Hart, 1983:7, 106–108, 132, 134, и др.; Hart, 2016:465, 467; Hart, 1994:237 ff.), утверждая в иных оборотах ряд значимых для Дж. Постемы тезисов (см.: Postema: 2011:323–324). Наконец, акцентируемые критиком идеи нормативного статуса и следствий дискреционных актов вовсе не обязательно отрицаются Г. Хартом (его риторикой), по сути, признаются им (см.: MacCormick, 2008:159 ff.) и, в любом случае, видятся совместимыми с его общей трактовкой судебного решения. Вопрос полноты теории автора при реконструкции его взглядов должен обсуждаться с учетом принципа историзма: Г. Харт рассуждает в заданном историческом контексте, полемизируя с конкретными идейно-историческими оппонентами (реализмом и формализмом), в дискуссии с которыми его аргументация представляется достаточной для заявления уместной и обоснованной позиции (доктрины умеренной правовой неопределенности и судебского усмотрения).

В-пятых, интеллектуально стимулирующей, но довольно дискуссионной видится – перекликающаяся с трактовками Л. Фуллера (Fuller, 1958), Р. Дворкина (Dworkin, 1978:14–130; Dworkin, 1986:114–150), Дж. Раза (Cohen, 1984:73–87; Raz, 1979:53–77, 180–209; Raz, 1995:326–340) и др. – формализация Дж. Постемой доктрины Г. Харта 1958 г. и далее как единства двух тезисов: с одной стороны, утверждения о резком отличии типов аргументации в сферах ядра и полутени, с другой – сведения права и юридического рассуждения к ядру / установленному значению правил (Postema, 2010:267).

Касательно первого тезиса британский правоведа действительно разграничивает судебное рассуждение в ясных и в пограничных случаях, притом, что «резкость» их дифференциации – вопрос оценки, заданной избранным фокусом, критериями (отсюда терминология самого Дж. Постемы не кажется вполне конкретной / удачной). Г. Харт действительно разделяет ситуации ядра и полутени (Hart, 2013:653; Hart, 1958:614; см.: Marmor, 2005:95 ff.; Schauer, 2008:1109 ff.), однако, судя по всему, не заявляет о строгости проводимых здесь границ, допуская разную степень проблемности в спорных вопросах (Hart, 1983:107, 134, и др.; ср.: Raz, 1979:73–74, 182, и др.).

Главное же, что оба типа ситуаций традиционно (как минимум, в работах этого периода) рассматриваются им в рамках общей модели юридического решения как применения правила к конкретному случаю, и дискреционное суждение в полутени — это не прямо противоположный таковому образец (в том числе неограниченного) правотворчества, а прежде всего образец правоприменения, осуществляемый, однако, в особых, нетипичных обстоятельствах с недостаточным руководством конвенций и необходимо дополняемый иными аргументативными ресурсами (Hart, 1955:253–255; Hart, 1956:658, 661 ff.; см.: Hart, 2016:465 ff.; Hart, 1994:272 ff.). Обращение к социально-политическим целям как способ решения дел в полутени, резко контрастирующий с «механическим» применением правил в ясных случаях, не является для Г. Харта базовым или универсальным и скорее акцентируется им в 1958 г. в силу предмета дискуссии, заданного особенностями американской правовой системы и повесткой гарвардской юриспруденции того времени.

Более сложным для оценки видится второй тезис, квалифицирующий понимание Г. Хартом границ права и юридического рассуждения.

Прежде всего, как кажется, в очерке 1958 г. (как и в большинстве других сочинений автора данного периода) отсутствует прямая редукция права к установленному значению юридических стандартов. Вопреки толкованию Дж. Постемы Г. Харт утверждает, что ядро правил составляет право лишь в «наиболее важном смысле» («*centrally important sense*»), его не следует уравнивать с целевыми аргументами, которые используются в решении спорных дел и предлагаются для включения в понятие правила (и, по сути, в понятие права в целом) (Hart, 1958:614) – здесь нет противопоставления ядра правил их периферии, «деюридизации» последней. Г. Харт не заявляет позиции о строгих границах права и, *prima facie*, вообще не ставит перед собой подобного вопроса (не мыслит в используемых критиком терминах).

Для однозначности выводов Дж. Постемы недостаточно и методологии «решительного прочтения» очерка 1958 г., претендующего на лучшее понимание самого автора в свете целостности его творчества, верности его началам – понимание, которое отлично от выраженной позиции автора, но с которым, после личного (воображаемого) диалога, он бы предположительно согласился (Forsberg, Conant, 2013:158; см.: Dworkin, 1986:59 ff.). Как представляется, при таком прочтении текст 1958 г. также допускает различные интерпретации (а вопрос Дж. Постемы о границах права, вполне возможно, вызвал бы у «гарвардского» Г. Харта некоторое замешательство). Трактовка исследователя, судя по всему, и вполне обоснованно, отталкивается от фундаментального для Г. Харта тезиса о разделимости – требования четкого разграничения права и морали, что на уровне судебного решения ассоциируется с разведением, с одной стороны, жесткого ядра действующих юридических правил, с другой – целей и политических ориентиров как используемых в полутени стандартов должного (Hart, 1958:612–615). Однако, в противовес Дж. Постеме, можно также дать иное «решительное» прочтение, как кажется, более соответствующее духу общеправового и философско-правового подхода британского мыслителя, его теоретическим позициям и форме их выражения. Так, модель языка как реальной речевой практики, принятая Г. Хартом за основу концептуализации права, подразумевает социальный / конвенциональный тип связи слова и ситуации, невозможность ее исчерпывающего нормативного урегулирования, а также бесчисленные случаи смутности, многозначности, логической неунифицированности словоупотребления – теория, вмещающая ему строгие границы, будет произвольной и составит «противоречие фактам» (см.: Hart, 1983:22 ff., 274–275; Hart, 1957:968–971; Hart,

1961:5–6, 13–17). Сообразно этому право будет пониматься автором как «семья понятий» (по аналогии с системой элементов деятельности (Hart, 1961:16)), а также описываться как «союз» правил (Hart, 1961:79 ff.), которые, в свою очередь, осознанно не сводятся им лишь к ясно установленным (либо категоричным (Dworkin, 1978:24, и др.)) стандартам и могут включать различную по масштабу сферу «открытой текстуры», оставаясь при этом «правилами» (см.: Hart, 1955:254; Hart, 2013: 656 ff.; Hart, 1961:132, 139, и др.; Hart, 1994:262–263). Симптоматично, что в тексте 1958 г. Г. Харт говорит не столько о «неполноте» (Hart, 1958:612, 614) или даже «пробельности» права, сколько именно о его смутности, открытости, о связанной с ним неуверенности / неопределенности, о сочетании в нем «жесткого ядра установленного значения» и «полутени спорных случаев» (Hart, 1958:606–615). (На этом фоне смена риторики в более поздних работах автора (Hart, 2016:462, и др.; Hart, 1994:252–254, 272 ff.) может *inter alia* указывать на изменение его взглядов в русле их последующих интерпретаций и критики (см.: Dworkin, 1978:14–130; Cohen, 1984; Vix, 1993:27–35; Postema, 2011:341 ff.).

Сказанное тем более верно в отношении понимания Г. Хартом юридического рассуждения: при имеющейся разнице в возможной / надлежащей аргументации в обстоятельствах ядра и полутени, он (в отличие, например, от позитивистской доктрины Дж. Раза (Raz, 1979:53–77, 180–209; Raz, 1995:326–340)) нигде не заявляет, что в первом случае имеет место юридическое рассуждение, а во втором – нет. Как представляется, даже в рамках апологии разделительного тезиса в 1958 г. Г. Харт не проводит столь строгих границ между правом и моралью, как это изложено у Дж. Постемы. Более того, «сквозным» для творчества автора выступает понимание судейского выбора / усмотрения как урегулирования проблемных случаев в свете случаев ясных, иначе говоря, как формы рационального продолжения и развития действующего права (через апелляцию к имеющимся, но недостаточно упорядоченным здесь аналогиям, общим началам, допущениям и т.д.) (Hart, 1955:261–262; Hart, 2013:661 ff.; Hart, 1983:7, 106–108, и др.; Hart, 2016:467; Hart, 1994:237 ff.; см.: Postema, 2010:264–266). Подобный тип обоснования – к слову, весьма близкий гарвардской школе юридического процесса (Shaw, 2013: 710 ff.) – действительно можно считать «выходом за пределы права», но, как кажется, эта формулировка неверно передает идею, которую стремился выразить Г. Харт. Наконец, в контексте концепции автора актам с различным дискреционным обоснованием (включая социальные цели и политические ориентиры, идеологические установки, моральное должное, стандарты рациональности, языка, толкования и пр.), по-видимому, приписывается такой же правовой / официальный статус, какой, *ceteris paribus*, признается автором за «слепыми» решениями судей-формалистов (Hart, 1958:612).

С этих позиций «решительное» прочтение Г. Харта Дж. Постемой, будучи возможным и имея свои основания, видится менее согласующимся с доктриной 1958 г.: скорее оно выступает попыткой изложить эту доктрину на языке более поздних правовых теорий или даже попыткой приписать британскому правоведу позицию в современных спорах в англо-американской юриспруденции.

В-шестых, вне зависимости от признания описанной трактовки Дж. Постемой доктрины Г. Харта 1958 г., отдельного комментария требует уместность использования здесь ярлыка «позитивизм установленного значения» (Postema, 2010:267).

Возможные главные доводы против подобного словоупотребления связаны с традиционным пониманием статуса юридико-позитивистской теории. Так, в работах 1958 г., 1961 г. и далее (за исключением ряда поздних своих текстов (Hart,

2016; Hart, 1994)) Г. Харт ассоциирует позитивизм прежде всего с тезисом об отсутствии необходимой связи права и морали, выражающимся в концептуальной различимости юридической действительности и моральной ценности (Hart, 1958:959 ff.; Hart, 1961:185–186 и др.). Иначе говоря, позитивизм обсуждается им именно в качестве теории (понятия или природы) права, а не теории судебного решения. Подобный подход часто воспроизводится и среди авторитетных последователей Г. Харта (Дж. Раза, Дж. Колмана и др.), вдобавок настаивающих на отсутствии между данными типами теоретизирования какой-либо необходимой связи (Raz, 1979:34–52; Raz, 2009:47–87; Coleman, 2002). Сказанное также согласуется с утверждениями о периферийности для Г. Харта вопросов судебного решения (Lacey, 2004:158 и др.; Schauer, 2006:874 ff.), включая дискуссионную оценку Дж. Постемы, который усматривает в текстах мыслителя 1958 и 1961 гг. не попытку создания собственной доктрины юридического рассуждения, но лишь корректуру ошибочных толкований последнего с точки зрения общего понятия права (Postema, 2010:259; см.: Postema, 2011:322, 325).

Вместе с тем, помимо того, что отмеченный статус позитивизма остается предметом дебатов (в том числе в лагере самих позитивистов) (Spaak & Mindus (eds.), 2021), словоупотребление Дж. Постемы также имеет основания, обеспечивая более широкую перспективу осмысления доктрины британского правоведа. С одной стороны, Г. Харт сам объединяет проблематику права и судопроизводства, обращаясь в 1958 г. к трактовкам юридического рассуждения в рамках апологии разграничения права и морали, что демонстрирует – возможно, лучше, чем в трактате 1961 г. – важные взаимосвязи между позитивистским кредо автора и иными элементами его правовой теории (Schauer, 2006:874–877; Lacey, 2008:1061 ff.). В дальнейшем такие взаимосвязи позволят «позднему» Г. Харту (вслед за Р. Дворкином (Dworkin, 1978:17, и др.) и др.) расширить предметное содержание – систему тезисов – своего позитивистского учения, в том числе за счет «тезиса усмотрения» (Hart, 2016:462, и др.). С другой стороны, на фоне споров об охвате позитивизмом вопросов судебного решения, квалификация Дж. Постемы, по сути, имеет иную направленность – она связывает позитивистское учение Г. Харта о праве с его лингво-философскими взглядами: естественные пределы языка обуславливают здесь пограничье юридической регламентации, а ядро установленных значений обеспечивает само существование социальных правил, возможность и ясность правовой коммуникации, регулирования толкования, суда, тем самым формируя основу их «объективного», морально-нейтрального описания (проекта аналитической юриспруденции). Все это, как представляется, показывает эвристическую ценность введенного Дж. Постемой – и весьма емкого – термина «позитивизм установленного значения» для характеристики теории Г. Харта (при учете заявленных ранее оговорок о спорности прочтения критиком очерка 1958 г. и возможности / предпочтительности его альтернативных толкований).

Наконец, в-седьмых, приведенные выше возражения против трактовки Дж. Постемой доктрины 1958 г. затрагивают и его оценку доводов Г. Харта в пользу своего подхода, их дополнение / развитие (Postema, 2010:271–279).

Как отмечалось, если доктрине 1958 г. и допустимо приписывать «резкий» контраст аргументации в ядре и в полутени, здесь вряд ли с очевидностью утверждается сведение права и юридического рассуждения к сфере установленных нормативных значений: скорее доводы ясности и разделимости (при ограниченности их силы

(Postema, 2010:266–267)) имеют иной объект обоснования. То же верно и в отношении более фундаментального и «плодотворного» аргумента Г. Харта (Postema, 2010:267) – концепции нормативного / правового регулирования с описанной ранее умеренной трактовкой (не)определенности (Hart, 1958:607, 615, и др.): в противовес выводам Дж. Постемы (близким здесь Дж. Разу (Raz, 1979:34–52)), характерное для права руководство посредством общих правил предполагает функционально достаточную, а не исчерпывающую четкость в их идентификации (см.: Coleman, 2002; Hart, 1994:351–352).

Далее, можно поддержать Дж. Постему в развитии аргумента нормативного руководства, важном в свете полемики в современной англо-американской юриспруденции (см.: Fuller, 1958; Dworkin, 1978; Raz, 1995:210–237; Schauer, 2008; и др.). Вопрос, однако, состоит в том, насколько вводимое критиком — в духе Л. Фуллера (Fuller, 1958:632 ff.) — «нормативное» прочтение доктрины 1958 г. как элемента теории / идеала господства права адекватно методологическому статусу построений Г. Харта.

Так, с самого начала своего пути как правоведа Г. Харт заявляет приверженность традициям аналитической юриспруденции как обособленного исследования базовых правовых понятий, предлагая при этом ее реформу в духе идей лингво-аналитической философии (Hart, 1955; Hart, 1957; Hart, 1983:1–6, 271 ff.; Sugarman, 2005:290 ff.). Соответственно, в своих работах до и после 1958 г. он стремится выстроить общую, описательную / понятийную и ценностно-нейтральную теорию права (Hart, 1961:v; Hart, 1994:239–244). На этом фоне очерк 1958 г. действительно специфичен, отстаивая не только интеллектуальную, но и моральную ценность тезиса о концептуальном разделении права и морали, а также вводя практические, этико-политические и, по сути, нормативные аргументы в пользу позитивистской / аналитической методологии определения правовых понятий (Lacey, 2008; Schauer, 2008; Zipursky, 2008). Как представляется, биографически, это тесно связано с контекстом гарвардской (американской) юриспруденции, где Г. Харт-аналитик в своих построениях должен был так или иначе учитывать взгляды «аудитории», скептической в отношении концептуализма, сосредоточенной на проблемах судопроизводства и действующей для их решения ценностно-телеологической и социально-институциональной инструментальной (Lacey, 2013:637 ff.; Shaw, 2013:676 ff.; Spaak & Mindus (eds.), 2021:71–74). Сказанное верно и для трактовки Г. Хартом вопросов судебного рассуждения в разделе III очерка 1958 г.: в основном аналитическая теория автора, описывающая вызов реализма, дополняется здесь имеющими нормативную коннотацию тезисом о необходимости рациональных и ответственных решений в полутени и доводами о лучшем объяснении использования судьей социально-политических целей и ориентиров. К такому прочтению Дж. Постемы, по сути, добавляет еще один нормативный элемент, связанный с (лингвистически опосредованным) установлением границ правовой системы и его следствиями для регулирования, судопроизводства и продвижения господства права. Таким образом, отмеченный культурно-интеллектуальный контекст формулировки и восприятия концепции Г. Харта 1958 г., используемые здесь практические, этико-политические аргументы, вполне оправдывают избранную Дж. Постемой линию по истолкованию и развитию / критике соответствующей теории судебного рассуждения как нормативной.

Между тем, как представляется, подобная интерпретация взглядов Г. Харта 1958 г. должна иметь ограниченный характер. Даже формулируя нормативные

доводы, британский мыслитель не разрабатывает полноценную теорию или идеал господства права (особенно в рамках доктрины юридического рассуждения) и, насколько известно, не ставит перед собой подобной цели (Marmor, 2005:105). Данная интерпретация может считаться теоретически и практически плодотворной, конкурентноспособной (Schauer, 2008; Zipursky, 2008; MacCormick, 2008:158 ff.), а для кого-то – и единственно оправданной (Dworkin, 1986:87 ff.), однако, она вряд ли будет «аутентичной» в отношении рассмотренных построений Герберта Харта.

Выводы

Проанализированная в статье работа Джеральда Постемы – это оригинальное, интеллектуально стимулирующее «прочтение» классической концепции права и юридического рассуждения Г. Харта 1958 г., выявляющее связи и нюансы во взглядах мыслителя, важные в обсуждении и оценке его творчества, а также в уточнении общей «карты» современного англо-американского позитивизма и его дебатов с подходами реализма, интерпретативизма, естественного права и пр. Вместе с тем в ряде значимых моментов такое прочтение представляется непроясненным в своих допущениях и / или необоснованным в содержательной и методологической реконструкции учения британского правоведа (с точки зрения как текста 1958 г., так и «сквозной» перспективы его работ), включая базовую для Дж. Постемы и полемически насыщенную идею «юридического позитивизма установленного значения».

References / Список литературы

- Bix, B. (1993) *Law, Language, and Legal Determinacy*. Oxford, Clarendon Press.
- Cohen, M. (ed.). (1984) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Totowa, Nj., Rowman & Allenheld.
- Coleman, J.L. (2002) Negative and Positive Positivism. In: *Markets, Morals, and the Law*. Oxford, Oxford University Press, pp. 3–27.
- Dworkin, R. (1978) *Taking Rights Seriously*. 2nd ed. Cambridge, Ma., Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986) *Law's Empire*. Cambridge, Ma., Harvard University Press.
- Forsberg, N., Conant, J. (2013) Interview. From positivist rabbi to resolute reader: James Conant in Conversation with Niklas Forsberg, Part 1. *Nordic Wittgenstein Review*. 2(1), 131–160. Doi:10.1515/nwr.2013.2.1.131
- Fuller, L. (1940) *The Law in Quest of Itself*. Chicago, The Foundation Press, Inc.
- Fuller, L. (1958) Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*. 71(4), 630–672.
- Hart, H.L.A. (1955) Theory and Definition in Jurisprudence. *Proceedings of the Aristotelian Society*. (29), 239–264.
- Hart, H.L.A. (1957) Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer. *University of Pennsylvania Law Review*. (105), 953–975.
- Hart, H.L.A. (1958) Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*. 71(4), 593–629.
- Hart, H.L.A. (1961) *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press.
- Hart, H.L.A. (1983) *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, Clarendon Press.
- Hart, H.L.A. (1994) Postscript. In: Hart, H.L.A. *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford, Clarendon Press, pp. 238–276.
- Hart, H.L.A. (2013) Discretion. *Harvard Law Review*. 127(2), 662–665.
- Hart, H.L.A. (2016) The New Challenge to Legal Positivism (1979). *Oxford Journal of Legal Studies*. 36(3), 459–475. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqw021>

- Hart, H.M., jr., Sacks, A.M. (1994) *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*. Westbury, Ny., Foundation Press.
- Lacey, N. (2004) *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and The Noble Dream*. Oxford; New York, Oxford University Press.
- Lacey, N. (2008) Philosophy, political morality and history: Explaining the enduring resonance of the Hart-Fuller debate. *New York University Law Review*. 83(4), 1059–1087.
- Lacey, N. (2013) The Path Not Taken: H.L.A. Hart's Harvard Essay on Discretion. *Harvard Law Review*. 127(2), 636–651.
- MacCormick, N. (2008) *H.L.A. Hart*. 2nd ed. Stanford, Ca., Stanford University Press.
- Marmor, A. (2005) *Interpretation and Legal Theory*. 2nd ed. Oxford; Portland, Or., Hart Publ.
- Postema, G. (2010) Positivism and the Separation of Realists from their Scepticism. Normative Guidance, the Rule of Law and Legal Reasoning. In: Cane, P. (ed.). *The Hart–Fuller Debate in the Twenty-First Century*. Oxford; Portland, Or., Hart Publ., pp. 259–279.
- Postema, G. (2011) *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Vol. 11. Dordrecht, Springer.
- Pound, R. (1941) My Philosophy of Law. In: *My Philosophy of Law: Credos of Sixteen American Scholars*. Boston, Boston Law Book Co., pp. 247–262.
- Raz, J. (1979) *The Authority of Law*. Oxford; New York, Oxford University Press.
- Raz, J. (1995) *Ethics in the Public Domain*. Rev. ed. Oxford, Clarendon Press.
- Raz, J. (2009) *Between Authority and Interpretation*. Oxford; New York, Oxford University Press.
- Schauer, F. (2006) (Re)Taking Hart. *Harvard Law Review*. 119(3), 852–883.
- Schauer, F. (2008) A Critical Guide to Vehicles in the Park. *New York University Law Review*. (83), 1109–1134.
- Sebok, A.J. (1995) Misunderstanding Positivism. *Michigan Law Review*. (93), 2054–2132.
- Shaw, G.C. (2013) H.L.A. Hart's Lost Essay: 'Discretion' and the Legal Process School. *Harvard Law Review*. (127), 666–727.
- Spaak, T. & Mindus, P. (eds.). (2021) *Cambridge Companion to Legal Positivism*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Sugarman, D. (2005) Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman. *Journal of Law and Society*. 32(2), 267–293. <https://doi.org/10.1111/j.1467-6478.2005.00324.x>
- Waismann, F. (1951) Verifiability. In: Flew A. (ed.). *Logic and Language. The First Series*. Oxford, Basil Blackwell, pp. 117–144.
- Zipursky, B. (2008) Practical Positivism versus Practical Perfectionism: The Hart-Fuller Debate at Fifty. *New York University Law Review*. (83), 1170–1212.

Сведения об авторе:

Касаткин Сергей Николаевич – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории права и философии, Самарский государственный экономический университет; 443090, Российская Федерация, 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, Associate Professor, 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