

УДК 340.1

КОНЦЕПЦИЯ «РАННЕГО» Р. ДВОРКИНА
КАК «ТРЕТЬЯ ТЕОРИЯ ПРАВА»*

С. Н. Касаткин

Самарский юридический институт ФСИН России

Поступила в редакцию 27 декабря 2018 г.

Аннотация: *обсуждается квалификация доктрины американского правоведа Рональда Дворкина как «третьей теории права», промежуточной между позитивизмом и юснатурализмом. Обосновывается ограниченность данной квалификации, прежде всего в плане используемых критериев разграничения правовых теорий и вариантов правопонимания. Концепция Р. Дворкина (будучи «третьей» теорией, как и целый ряд других современных доктрин) может считаться естественно-правовой, обосновывающей необходимую связь права и морали. В то же время она не является «третьей», поскольку предлагает отличный от позитивизма и юснатурализма тип обсуждения, действуя как «практическая» теория и судебная доктрина англо-американской правовой системы.*

Ключевые слова: *Р. Дворкин, юридический позитивизм, теория естественного права методология юриспруденции, юридическое правило, индивидуальные права, правовая неопределенность, судебное решение, право и мораль.*

Abstract: *the article discusses the qualification of a doctrine of an American jurist Ronald Dworkin as a «third theory of law», intermediate between positivism and natural law. Limitation of such qualification is substantiated, primarily in terms of criteria used for distinguishing legal theories and versions of law-understanding. R. Dworkin's conception, being a «third» theory like a whole series of other modern doctrines, can be considered a natural law theory – justifying necessary connection between law and morality. At the same time it's not a «third» one, since it offers a type of discussion that differs from positivism and natural law conceptions, proceeding as a «practical» theory and judicial doctrine of Anglo-American legal system.*

Key words: *R. Dworkin, legal positivism, natural law theory, methodology of jurisprudence, legal rule, individual rights, legal indeterminacy, judicial decision, law and morality.*

Воззрения известного американского (американо-британского) правоведа Рональда Дворкина (1931–2013) представляются самобытным примером теоретизирования о базовых вопросах права и связанных с ними

* Публикация подготовлена при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований, проект № 18-011-01213 «Право как целостность – право как интерпретация: теоретико-методологическая и проблемно-историческая реконструкция доктрины юридического интерпретативизма Рональда Дворкина (1967–1986)».

вопросах этики, политики и т. п. Правоведческая концепция автора выступает оригинальным сплавом разнохарактерных идей, что делает ее непохожей на современные ему концептуальные построения и порождает сложности в ее причислении к имеющимся школам / типам правопонимания. Своеобразие концепции Р. Дворкина (в том числе отдельных его доктрин разных лет творчества) обусловило дискуссионность и разнообразие ее типологизаций в зарубежной и отечественной литературе¹.

Рассмотрим вопрос о типологической характеристике концепции «раннего» Р. Дворкина, представленной в собрании его очерков «Принимая права всерьез» (1977)². В частности, предметом обсуждения в статье будет выступать одна из наиболее известных на Западе (и весьма экстравагантных) квалификаций учения Р. Дворкина как «третьей теории права», выдвинутой австралийским и британским философом, Джоном Л. Мэки³.

Структурно настоящая статья включает:

- 1) обзор позиций «раннего» Р. Дворкина в его споре с позитивизмом (учением Г. Л. А. Харта);
- 2) фиксацию данной Дж. Мэки оценки доктрины Р. Дворкина как «третьей теории права»;

¹ См., например: *Alexander L.* Striking Back at the Empire: A Brief Survey of Problems in Dworkin's Theory of Law // *Law and Philosophy*. 1987. Vol. 6. P. 419–438; *Troper M.* Judges Taken Too Seriously : Professor Dworkin's Views on Jurisprudence // *Ratio Juris*. 1988. Vol. 1, № 2. P. 162–175; *Raz J.* Two Views of The Nature of Law : A Partial Comparison // *Legal Theory*. 1998. Vol. 4, № 3. P. 249–282; *Himma K. E.* Trouble in Law's Empire: Rethinking Dworkin's Third Theory of Law // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2003. Vol. 23, № 3. P. 345–377; *Лайтнер Б.* За пределами спора Харта и Дворкина : о методологической проблеме в юриспруденции // *Российский ежегодник теории права*. 2009. № 2. С. 116–151; *Leiter B.* Theory of Esoteric Law // *University of Texas Law, Public Law Research Paper № 121* (2007); *Bix B.* Natural Law Theory: The Modern Tradition // *Oxford Handbook Of Jurisprudence And Philosophy of Law / Ed. by J.L. Coleman, S. Shapiro*. Oxford, 2002. P. 61–103; *Waldron J.* Jurisprudence for Hedgehogs // *New York University School of Law, Public Law Research Paper № 13–45* (2013). См. также: *Ветютнев Ю. Ю.* О правопонимании Рональда Дворкина // *Журнал рос. права*. 2005. № 10. С. 93–102; *Ланаева В. В.* Типы правопонимания : правовая теория и практика. М., 2012. С. 240–256; *Оглезнев В. В.* Г. Л. А. Харт и Р. Дворкин о судебском усмотрении : бихевиористский подход // *Российское правосудие*. 2012. № 10 (78). С. 70–78; *Касаткин С. Н.* In Memoriam. Рональд Дворкин, философ права (1931–2013) : очерк биографии и творчества // *Правоведение*. 2013. № 3. С. 169–194; *Чурносов И. М.* Правовая концепция Рональда Дворкина : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014; *Пужаев В. В.* Правовая концепция Рональда Дворкина // *Современное право*. 2015. № 1. С. 20–25; *Мартышкин О. В.* Философия права. М., 2017. С. 339–241.

² См.: *Dworkin R.* Taking Rights Seriously. London, 1977; *Idem.* Taking Rights Seriously. 2nd ed. Cambridge, 1978. – Русский перевод первого издания: *Дворкин Р.* О правах всерьез. М., 2004. – Дальнейшее цитирование работы будет осуществляться по ее второму англоязычному изданию.

³ См.: *Mackie J.* The Third Theory of Law // *Philosophy and Public Affairs*. Vol. 7, № 1. P. 3–16.

3) оценку состоятельности подобной типологизации взглядов американского правоведа.

«Ранний» Р. Дворкин: критика юспозитивизма. Одним из ключевых источников в создании Р. Дворкином собственной концепции права выступает современный ему британской позитивизм, прежде всего учение Герберта Харта⁴. Как известно, Г. Л. А. Харт предлагает общее ценностно-нейтральное объяснение права как системы правил, основанной на принятом в сообществе правиле признания, устанавливающим конвенциональные критерии юридической действительности без необходимого обращения к морали. При этом право полагается неспособным урегулировать все возможные ситуации: его лингвистически заданные правила имеют «открытую текстуру», становясь неопределенными в пограничных / спорных случаях, что с неизбежностью требует судебного усмотрения как выбора между имеющимися альтернативами⁵.

Р. Дворкин строит свою теорию на критике учения Г. Л. А. Харта. При этом отправной точкой для Р. Дворкина, судя по всему, выступает морально-политическое обоснование индивидуальных прав и следующее отсюда их юридическое или даже судебное обеспечение⁶. В связи с этим, даже отталкиваясь от концепции Г. Л. А. Харта и традиционной повестки (аналитической) юриспруденции, Р. Дворкин обсуждает доктрину позитивизма прежде всего с точки зрения того, как это учение трактуется и легитимирует индивидуальные права в рамках судопроизводства (причем рассмотренных в рамках практики систем США и Великобритании)⁷. В такой перспективе идейный «каркас» юридического позитивизма излагается Р. Дворкином через значимые для нее тезисы происхождения, усмотрения и обязанности. В изложении автора позитивизм – это учение, сводящее право к системе правил, действующих по модели «все или ничего», определяемых по формальным / процедурным параметрам в верховном правиле системы. Отсюда в ситуации, не охваченной правилами (при правовом пробеле), судья применяет усмотрение, создавая новые правовые нормы задним числом. Утверждать же о существовании юридических обязанностей (и прав) можно лишь при наличии ясного и непротиворечивого юридического правила⁸.

⁴ См., например: *Dworkin R. Taking Rights Seriously*. 2nd ed. P. ix, 22, 81, etc.

⁵ См.: *Hart H.L.A. The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford, 1994. О концепции Герберта Харта подробнее см.: *Касаткин С. Н.* Основной труд Герберта Харта (на публикацию русского издания книги «Понятие права») // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия: «Право». 2007. № 2. С. 5–15 ; *Его же.* «Открытая структура» юридического языка в концепции Герберта Л.А. Харта // Вектор науки Тольяттинского государственного университета. Серия: Юридические науки. 2010. № 2. С. 193–198 ; *Его же.* Объяснение правовых понятий в аналитической юриспруденции Г. Харта : методология и проблематизация // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2018. Т. 13, № 1. С. 43–71.

⁶ См.: *Dworkin R.* Op. cit. P. vii–xv, 184–205, etc.

⁷ См.: *Ibid.* P. xii, etc.

⁸ См.: *Ibid.* P. 17–22.

В своих работах разных лет (в том числе обобщенных в книге «Принимая права всерьез») Р. Дворкин предлагает различные доводы против юридического позитивизма, отвергая все его заявленные тезисы.

Так, в очерке «Модель правил» (1967) он подчеркивает специфику правовых принципов как особых юридических стандартов, не учтенных позитивизмом. По мнению автора, в отличие от правил принципы дают лишь ориентир для действия, играют определяющую роль в судебном решении, а также включаются в правопорядок в силу своего авторитета / ценности. Отсюда принципы исключают ситуации пробельности и судебного правотворчества, создавая основу для утверждений о предустановленных правах и обязанностях сторон даже в спорных случаях⁹.

В очерке «Социальные правила и правовая теория» (1972) Р. Дворкин оспаривает предложенное в позитивизме Г. Л. А. Харта конвенциональное объяснение правил как обыкновений. Последнее предполагает, что для существования правила необходимо наличие некой социальной практики («внешний» аспект) и ее принятие членами сообщества как основания для действия и оценки («внутренний» аспект). По Р. Дворкину, принятие правила участниками общения не требует наличия соответствующей социальной практики (может существовать вопреки таковой), а главное – оно выступает не описанием оснований поведения как конвенции, а убеждением в их правоте, истинности¹⁰.

В очерке «Сложные дела» (1975) Р. Дворкин предлагает альтернативную позитивизму теорию решения сложных судебных дел. Согласно автору, даже в спорных случаях судья не является законодателем, будучи связанным особыми институциональными постулатами и ограничениями. В своих суждениях он руководствуется и должен руководствоваться принципами, но не целями: именно принципы, по Р. Дворкину, отстаивают индивидуальные права в противовес политическим целям, преследующим какое-либо коллективное благо. Более того, судья связан институциональными принципами политической ответственности, минимальной новизны решений, требованием их соответствия институциональной истории системы и легитимирующей ее теории как (реконструируемой судьей) совокупности понятий, принципов, доктрин и пр. Таким образом, судья не вправе законодательствовать и обязан найти предустановленный в праве ответ, удовлетворяя право одной из сторон на выигрыш даже спорного дела¹¹.

В очерках «Нет правильного ответа?» (1977) и «Могут ли права быть спорными?» (1977) Р. Дворкин заявляет о наличии в праве единственно

⁹ См.: *Dworkin R. The Model of Rules // University of Chicago Law Review. 1967. Vol. 35. P. 14–46.* Переиздано под названием «The Model of Rules I» в работе: *Dworkin R. Taking Rights Seriously. P. 14–45.*

¹⁰ См.: *Dworkin R. Social Rules and Legal Theory // Yale Law Journal. 1972. Vol. 81, № 5. P. 855–890.* Переиздано под названием «The Model of Rules II» в работе: *Dworkin R. Taking Rights Seriously. P. 46–80.*

¹¹ См.: *Dworkin R. Hard Cases // Harvard Law Review. 1975. Vol. 88, № 6. P. 1057–1109.* Переиздано в работе: *Dworkin R. Taking Rights Seriously. P. 81–130.*

верного ответа на любой юридический вопрос (противоположное позитивистской идее как минимум двух сравнительно обоснованных ответов в спорных случаях). Его существование связывается с базовыми правилами и презумпциями института права и судопроизводства, устанавливающими условия истинности правовых суждений. Отсюда заявляемый тезис полагается верным даже в отсутствие механической процедуры обнаружения верного ответа и даже при неизбежной «субъективности» судебных решений и возможных здесь разногласиях между здравомыслящими юристами и теоретиками права¹².

В итоге обобщенная «либеральная» концепция Р. Дворкина 1977 г. отвергает позитивизм не просто как описательно и нормативно необоснованную правовую теорию, но и как политически несостоятельную доктрину, для которой юридические права существуют лишь в силу их создания посредством четко выраженного политического решения или социальной практики (обычая)¹³. Более того, согласно автору, права индивидов не сводятся лишь к юридическим правам и состоят в морально или политически легитимированных возможностях определенного поведения по отношению к государству (и в противовес ему)¹⁴.

Р. Дворкин в интерпретации Дж. Мэки. Эти и другие идеи Р. Дворкина, объединенные в труде «Принимая права всерьез», выступают предметом анализа у Дж. Мэки. Доктрина американского правоведа получает здесь титул «третьей теории права», противоположной позитивизму и юснатурализму и в ряде отношений промежуточной между ними¹⁵.

В чем состоит позиция и аргументы Дж. Мэки?

С одной стороны, исследователь указывает на невозможность отнесения доктрины Р. Дворкина к теории естественного права. В качестве образца последней Дж. Мэки опирается на воззрения У. Блэкстоуна, для которого право природы, равное человеческому роду и продиктованное Богом, обладает высшей обязательностью и универсальным пространственно-временным действием, является источником власти человеческих законов, ничтожных в случае противоречия естественному праву. Отсюда судья, опираясь на рациональное знание естественного права, может объявить недействительным даже то, что представляется установленным правом страны: однозначно и регулярно вводимые в действие

¹² См.: *Dworkin R.* No Right Answer? // *New York University Law Review*. 1978. Vol. 53, № 1. P. 1–32. Перездано в исправленном виде в работе: *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*. Oxford, 1977. P. 58–84 ; *Idem.* Taking Rights Seriously. P. 279–290. О соответствующих направлениях (этапах) критики юспозитивизма и развития собственной концепции Р. Дворкина см., например: *Касаткин С. Н.* Проблема судейского усмотрения в полемике Харта и Дворкина : линии аргументации и методологические истоки спора // *Правоведение*. 2012. № 3. С. 11–34 ; № 4. С. 10–33.

¹³ См.: *Dworkin R.* Taking Rights Seriously. P. vii–xv.

¹⁴ См.: *Ibid.* P. 184–205.

¹⁵ См.: *Mackie J.* Op. cit. P. 3.

законы или явно относящиеся к делу и не имеющие возражений прецеденты¹⁶.

С этих позиций Дж. Мэки вполне обоснованно отмечает два момента в учении Р. Дворкина, противоположные юснатурализму. Во-первых, для Р. Дворкина «все право так или иначе создано людьми, и <...> вопрос “Что такое право?” имеет смысл лишь в том случае, если он толкуется как вопрос “В чем состоит право Англии, Франции, США или Южной Дакоты в определенный период времени?”. Действительность правовой нормы полностью зависит от правовой системы, к которой она принадлежит»¹⁷. Как следствие, во-вторых, «установление того, в чем состоит право, выступает эмпирической задачей, а не вопросом априорного рассуждения»¹⁸.

С другой стороны, Дж. Мэки фиксирует целый ряд оппозиций взглядов Р. Дворкина по отношению к юридическому позитивизму (учению Г. Л. А. Харта).

Во-первых, по Р. Дворкину, «право состоит не только из правил, но также из принципов, между которыми имеется логическое различие: <...> правила применяются по модели “все или ничего” <...> тогда как принципы имеют дополнительное измерение веса»¹⁹.

Во-вторых, Р. Дворкин отвергает «позитивистское понятие единого предельного или фундаментального критерия для права, такое как “правило признания” <...> Харта. На его место он помещает тип рассуждения, приписываемый <...> своему воображаемому судье Геркулесу. Некоторые части права в определенной юрисдикции установлены в конституции, законах или прецедентах и в целом не вызывают споров. Геркулес использует их в качестве данных, пытаясь найти теорию с точки зрения последующих прав и принципов, которая лучше всего объясняет и оправдывает это установленное право. Разработав эту теорию, он затем применяет ее к решению сложного дела»²⁰.

¹⁶ См.: Ibid.

¹⁷ Ibid. P. 3–4.

¹⁸ Ibid. P. 4. При этом, как полагаем, заявленная Дж. Мэки «эмпиричность» как итоговая характеристика метода Р. Дворкина не очень удачна. Даже не прибегая к априорному или метафизическому рассуждению, американский правовед во многом обсуждает вопросы нормативной философии / доктрины прав индивида, института права, судопроизводства и т. п. (Ср., например: *Dworkin R. Op. cit.* P. 14–45, 206–222).

¹⁹ Ibid. P. 4. Отметим, что у Р. Дворкина содержится более широкий и детальный перечень различий между правилами и принципами. Что касается измерения веса, присущего правовым принципам, то, вопреки Дж. Мэки, оно заявляется Р. Дворкинским не в качестве их «дополнительного» свойства, а как черта, контрастирующая измерению «действительности» юридических правил. В силу этого, например, коллизии юридических правил ведут к утрате одним из них юридической силы, тогда как коллизии принципов лишь порождают необходимость их взаимного взвешивания для конкретного случая без утраты каким-либо из них юридического статуса (см.: *Dworkin R. Op. cit.* P. 22–28 ff.).

²⁰ Ibid. P. 4. Отметим, что Р. Дворкин четко не формализует свою альтернативу позитивистскому критерию юридической силы. Первоначально он связы-

В-третьих, Р. Дворкин соответственно полагает, что «в любой достаточно развитой правовой системе <...> [в частности, в Англии и США] у вопроса “В чем состоит право по этому предмету?” всегда есть правильный ответ, обнаруживаемый в принципе, и именно в его обнаружении и заключается обязанность судьи. Одна из сторон всегда будет обладать правом на решение в свою пользу. <...> Судебные решения обеспечивают реализацию существующих политических прав <...>. Имеется теоретическая возможность ничьи <...> между конкурирующими множествами принципов, когда были учтены все значимые соображения, но это настолько маловероятно, что может игнорироваться на практике»²¹.

Отсюда, в-четвертых, по Р. Дворкину, «хотя в сложных или спорных делах у судей есть усмотрение в слабом смысле, так что они призваны прибегать к рассуждениям (судьи не снабжены какой-либо отшлифованной и “высушенной” процедурой принятия решений), они никогда не обладают усмотрением в сильном смысле, которое исключало бы обязанность решать дело так, а не иначе»²².

В-пятых, Р. Дворкин тем самым полагает, что «даже в сложном деле не возникает стадии, когда право исчерпано до вынесения решения и когда судья должен создавать новое право для обхождения с новой проблемой. Судьи никогда не нуждаются в том, чтобы, даже тайно, действовать в качестве законодателей, хотя <...> они и могут поступать таким образом, как это иногда имеет место, когда они совершают ошибку или отвергают на будущее явный прецедент»²³.

вает «правило признания» именно с фиксацией «происхождения» юридических стандартов как условий их действительности, т. е. с их формальными, а не содержательными признаками. Согласно автору, такой взгляд не способен учесть специфику правовых принципов как ключевых юридических стандартов, что показывает несостоятельность позитивизма (см.: *Dworkin R. Op. cit. P. 14–45, 46–80*). Позднее Р. Дворкин предложит более развернутую теорию сложных судебных дел, где опишет надлежащий тип судебной аргументации, связанный с нахождением наилучшей теории для рассматриваемого случая (см.: *Ibid. P. 81–130*) – аргументации, которую, вслед за Дж. Мэки, можно в определенном смысле считать альтернативой позитивистскому критерию юридической действительности в системе.

²¹ *Mackie J. Op. cit. P. 4*. Если строже следовать текстам Р. Дворкина, то «единственно верный ответ» не является лишь идеальной возможностью (как может показаться из выражений Дж. Мэки), но, по сути, выступает статусом, применимым к различным судебным решениям в рамках правопорядка исходя из принятых в нем базовых правил и допущений, пусть даже такие решения и могут считаться ошибочными или оспоримыми. Кроме того, Р. Дворкин говорит о нормативном, а не просто фактическом, отрицании (игнорировании) идеи ничейного результата в рамках развитых правовых систем, обладающих достаточными ресурсами для обоснования решения в пользу одной из сторон в процессе (см.: *Dworkin R. Op. cit. P. 279–290*).

²² *Ibid. P. 4–5*.

²³ *Ibid. P. 5*. Как полагаем, для Р. Дворкина отсутствие подобной стадии является в том числе нормативным / институциональным положением дел, в связи с чем судья не просто «не нуждается» в правотворчестве, а не обладает такими полномочиями. Последнее же дополнение Дж. Мэки (которое он связывает с поясне-

В-шестых, по Р. Дворкину, «если бы судьи законодательствовали, для них было бы приемлемо действовать в свете политических целей, в частности из соображений пользы, общего благосостояния общества или известной воли большинства людей. Но если судьи не законодательствуют, а обнаруживают уже существующее право, они должны ограничить себя соображениями, основанными на принципах; если они позволяют политической цели перевесить принцип, они принесут чьи-то права в жертву ради выгоды или удовлетворения других, а это несправедливо. <...> [Исключением здесь будет асимметрия распределения прав в уголовном процессе, где] обвиняемый может иметь право быть оправданным, но сторона обвинения никогда не имеет права на его осуждение. Таким образом, суд может иногда справедливо оправдывать исходя из политических целей кого-то, кто в действительности виновен»²⁴.

Наконец, в-седьмых, Р. Дворкин отвергает традиционное позитивистское отделение права от морали: «Задача [приписываемая идеальному судье Геркулесу] <...> состоит в том, чтобы найти теорию, которая лучше всего объясняет и оправдывает установленное право, и использовать эту теорию для решения других неурегулированных вопросов. <...> [Фраза «лучше всего объясняет и оправдывает» включает здесь] моральное измерение; Геркулес должен найти наилучшее с моральной точки зрения обоснование конституции, законов, обыкновений и т. д., не вызывающих спора. При этом Геркулес сам должен выносить содержательные моральные суждения, а не просто учитывать общепринятую мораль, широко распространенные социальные правила»²⁵.

Обоснованность квалификации Дж. Мэки. Оценивая предложенный Дж. Мэки вариант типологизации правовой доктрины Р. Дворкина, дадим следующие комментарии (в том числе методологического характера).

Во-первых, как отмечалось, предметно, квалификация Дж. Мэки касается именно «раннего» Р. Дворкина, т. е. взглядов автора, изложенных в работе «Принимая права всерьез». При этом, судя по всему, основными объектами анализа для исследователя выступили главы «Сложные дела» и «Модель правил I», а также отчасти главы «Модель правил II», «Могут ли права быть спорными?» и «Гражданское неповиновение». Отсюда

нием самого американского правоведа на семинаре в Оксфорде в 1976 г.) скорее озадачивает: не ясно, как действия судьи могут юридически считаться правотворчеством даже в рассмотренных случаях, в силу того, что, с одной стороны, по Дворкину, судья вправе не применять прецедент, который, по его мнению, противоречит наилучшей совокупности принципов, оправдывающих институциональную историю системы (см., например: *Dworkin R. Op. cit. P. 14–45, 81–130*), а с другой – что юридически признанная ошибка судьи должна вести к нейтрализации силы соответствующего («правотворческого») решения.

²⁴ Ibid. P. 5.

²⁵ Ibid. P. 6. При этом для Дж. Мэки неясно, отвергает ли Р. Дворкин тезис Г.Л.А. Харта, по которому разумнее и лучше с моральной точки зрения допустить, что нечто может быть действующим правом и, тем не менее, составлять зло (см.: Ibid).

другие очерки, прежде всего политико-философской и юридико-доктринальной направленности, имеют здесь малую представленность (что в некоторой степени сужает интерпретацию учения Р. Дворкина). Вместе с тем за рамками оценки Дж. Мэки остается последующее развитие взглядов американского правоведа (в том числе его доктрина юридического интерпретативизма)²⁶, что означает промежуточный и хронологически ограниченный характер данной типологизации.

Во-вторых, учение Р. Дворкина осмысливается Дж. Мэки как целостная концепция, где названные очерки выступают дополняющими друг друга элементами. Такой подход оправдан позицией самого американского правоведа, объединившего соответствующие работы в рамках одного издания и формата «либеральной теории права»²⁷. Однако в таком случае за пределами анализа остается временная дифференциация и теоретическая обособленность данных очерков, в том числе их различные взаимоотношения (например, случаи отказа автора от своих взглядов²⁸, рассмотрения более поздних текстов как альтернативной или улучшенной версии более ранних позиций²⁹ и т. п.). Отсюда упускается и возможность неодинаковой типологизации различных концептуальных построений Р. Дворкина, в том числе в системе координат «позитивизм — естественное право».

В-третьих, можно в целом согласиться с проведенной Дж. Мэки систематизацией критических замечаний Р. Дворкина в адрес позитивизма. Вместе с тем данный перечень следует дополнить еще рядом идей Р. Дворкина, контрастирующих со взглядами позитивистов. К таковым можно отнести:

- укорененность правовых принципов в господствующей политической морали сообщества³⁰;
- необходимую убежденность в (моральной) верности правил как часть оснований поведения участников правового общения вне зависимости от наличия единообразной социальной практики и конвенции³¹;
- неспособность правила признания (связанного, по Р. Дворкину, именно с формализованными процедурами) учесть изменяющийся вес правовых принципов и их ценностную включенность в правопорядок³²;
- особую «силу притяжения» судебного прецедента, не тождественную силе законодательных формул и конституируемую в последующей практике его применения³³;

²⁶ См., например: *Dworkin R. Matter of Principle*. Cambridge, 1985 ; *Idem*. *Law's Empire*. Cambridge, 1986.

²⁷ См.: *Dworkin R. Taking Rights Seriously*. P. vii, etc.

²⁸ См., например: *Leiter B. End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century* // *University of Texas Law. Public Law Research Paper* № 70. (2004). P. 10.

²⁹ См., например: *Dworkin R. Op. cit.* P. 81, etc.

³⁰ См.: *Ibid.* P. 14–45, 46–80.

³¹ См.: *Ibid.* P. 46–80.

³² См.: *Ibid.* P. 14–45, 46–80.

³³ См.: *Ibid.* P. 81–130.

– апелляцию к феноменологии судопроизводства (его восприятию судьями, участниками процесса), признающую обязательность принципов, целостность права, особые полномочия и обязанности судьи и пр.³⁴;

– специфику организации институционального юридического дискурса и базовых институциональных конвенций права и судопроизводства, включающих в себя постулат единственно верного ответа³⁵, и т. п.

Помимо данных положений, конкретизирующих или дополняющих перечень Дж. Мэки, следует особо подчеркнуть еще два момента, методологически важных для учения американского правоведа.

Первый из них касается рассмотрения Р. Дворкином своего учения в качестве «либеральной теории права», отстаивающей ценность индивидуальных прав. В этой перспективе позитивизм оспаривается как (нелиберальное или недостаточное либеральное) политическое учение, для которого юридические права возможны лишь в силу официально признанного и четко определенного решения или обычая. Для Р. Дворкина (рассуждающего в духе, близком Джону Ролзу³⁶), вопрос о правах – это более широкий вопрос их морального или политического обоснования, их (ценностно-рациональной) легитимности / легитимации³⁷.

Второй момент связан с объединением Р. Дворкином в рамках (единой) правоведаческой теории понятийно-описательных и нормативных вопросов и с констатацией их тесной взаимосвязи³⁸ вплоть до того, что правоведаческие проблемы мыслятся автором прежде всего как проблемы политической морали или морального обоснования³⁹ (в противовес юридическому позитивизму, претендующему на ценностно-нейтральное описание права как оно есть, отличному от обсуждения права, каким оно должно быть).

В-четвертых, в своей характеристике теорий юридического позитивизма и естественного права Дж. Мэки ограничивается близкой ему британской традицией, совершенно не учитывая альтернативных концепций континентальной и, предположительно, даже американской мысли (не говоря уже о различных «незападных» учениях).

Это же касается и узости используемых автором образцов и критериев определения концепций естественного права и юридического позитивизма, что значимо для последующей квалификации взглядов Р. Дворкина. Так, теории естественного права трактуются им скорее в духе «классических» версий юснатурализма, что не учитывает целый пласт «современ-

³⁴ См.: Ibid. P. 14–45, 46–80, 81–130, etc.

³⁵ См.: Ibid. P. 279–290.

³⁶ См.: *Rawls J. Theory of Justice*. Cambridge, 1971. Ср., например: *Dworkin R. Op. cit.* P. 150–183 ; и др.

³⁷ См.: Ibid. P. vii–xv, 184–205, etc.

³⁸ См.: Ibid. P. vii–xv.

³⁹ См.: Ibid. P. 1–13. Соответствующие позиции, по сути, проявляются в рассмотренных построениях Р. Дворкина, а также упоминаются Дж. Мэки, но не как точка спора с позитивизмом, а как формат анализа и оценки самой концепции Р. Дворкина (см.: *Mackie J. Op. cit.* P. 5 ff.).

ных» Дж. Мэки учений XX в., оппозиционных позитивизму и имеющих естественно-правовую направленность: например, речь идет о теории внутренней морали права Лона Фуллера, о концепции юридической аргументации Роберта Алекси, о методологической доктрине Джона Финниса и др.⁴⁰ Не дает Дж. Мэки и специального обсуждения юридического позитивизма, судя по всему, принимая в качестве его основы именно концепцию Г. Л. А. Харта. При этом критические замечания Р. Дворкина в тексте Дж. Мэки принимаются скорее как данность: вопрос об адекватности оценки Р. Дворкином позитивизма и совместимости с ним взглядов американского правоведа не ставится⁴¹.

Как итог квалификация учения Рональда Дворкина в качестве «третьей теории права» нуждается в уточнении и пересмотре в ряде возможных направлений.

С одной стороны, требуется прояснение самих критериев разграничения юридического позитивизма и теорий естественного права, с точки зрения которых можно говорить о «третьей» и всех «иных» теориях, не укладывающихся в данную оппозицию. Безусловно, если вслед за Дж. Мэки связывать учение юснатурализма с постулированием некоего универсального, вневременного и внесоциального права, укорененного в законах мироздания, божественных установлениях, разуме, природе человека и пр., составляющих абсолютную ценность, образец и критерий существования позитивного права⁴², тогда построения Р. Дворкина действительно нельзя отнести к юснатурализму.

Однако при подобном подходе получается, что используемые здесь критерии отсылают скорее к историческому и / или периферийному спору: они во многом утратили свое первенство / актуальность для дебатов в англо-американской (и в целом западной) юриспруденции. Применение этих критериев порождает бесконечное множество «третьих», «четвертых», «пятых» и т. п. теорий, которые не относятся к «чистым» типам и

⁴⁰ См., например: *Фуллер Л.* Мораль права. М., 2007; *Финнис Дж.* Естественное право и естественные права. М., 2012; *Алекси Р.* Понятие и действительность права: ответ юридическому позитивизму. М., 2011. См. также: *Vix B.* Op. cit.

⁴¹ Подробнее см., например: *Raz J.* Op. cit.; *Лайтер Б.* Указ. соч.; *Нимма К. Е.* Op. cit.; *Shapiro S.* The «Hart-Dworkin» Debate: A Short Guide for the Perplexed // University of Michigan Public Law Working Paper № 77 (2007). См. также: *Касаткин С. Н.* Основные идеи «Постскриптума» Герберта Л. А. Харта // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия: Право. 2008. № 1. С. 3–27; *Его же.* «Постскрипту» к «Понятию права» Герберта Л. А. Харта // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 753–785.

⁴² О критериях выделения классических теорий естественного права см., например: *Мартышин О. В.* Указ. соч. С. 226–245; *Сорокина Ю. В.* Введение в философию права. М., 2008. С. 25–31; *Варламова Н. В.* Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права. М., 2010. С. 26–40; *Михайлов А. М.* Идея естественного права: история и теория. М., 2010; *Его же.* Философия права: классический юснатурализм и историческая школа права. 2-е изд. М., 2019; и др.

остаются без должной типологизации, не говоря о том, что такие теории сами выходят на первый план, формируя современную интеллектуальную повестку. Как констатируется в литературе, трансформация западной (англо-американской) философии права привела к господствующему положению здесь юридического позитивизма, что обусловило изменение системы конкурирующих теорий и самих критериев их типологизации⁴³. Отсюда новое «классическое» разделение идет по пути структурирования позиций в координатах «позитивизм — непозитивизм» (как в типологии Р. Алекси)⁴⁴. Соответственно, спор позитивизма и новых теорий, причисляемых к естественному праву, строится вокруг тезиса о разделимости права и морали (причем рассмотренном в качестве концептуального тезиса): если для позитивизма при определении понятия права обращение к морали лишь возможно, но не обязательно (тезис «мягкого» / «включающего» позитивизма), то для обновленных версий юснатурализма такое обращение является необходимым⁴⁵.

С этих позиций концепция «раннего» Р. Дворкина, прямо не апеллируя к разделительному тезису (и даже не причисляя его к идейному «каркасу» позитивизма), как полагаем, ведет к утверждению необходимой связи права и морали. Действительно, если в труде 1977 г. Р. Дворкин и обсуждает вопрос о том, что такое право, такой вопрос скорее трактуется как элемент судебного рассуждения: поиска надлежащих нормативных оснований разрешения дела и обнаружения предустановленного юридического ответа (утверждения о правах и обязанностях по делу). Однако в рамках такого рассуждения необходимость связи права и морали представляется очевидной и проявляется в различных аспектах: в специфике правовых принципов, фундированных в господствующей политической морали сообщества; в характере юридических стандартов, принимаемых из убеждения в их справедливости, моральной оправданности; в морально-политических основах института судопроизводства; в процедуре конструирования наилучшей теории конкретного случая для решения сложных дел, предполагающей наилучшее моральное оправдание истории системы; в признании существования моральных прав индивидов, действующих вне зависимости от института права, и т. д. В этом плане концепцию, точнее различные концепции, «раннего» Р. Дворкина можно обоснованно отнести к теории естественного права.

С другой стороны, уточнение и пересмотр квалификации Дж. Мэки следует осуществить и в другом направлении. Речь идет об осмыслении

⁴³ См.: *Bix B.* Op. cit. P. 75 etc.

⁴⁴ См.: Алекси Р. Указ. соч. См. также: Краевский А. А., Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) // Правоведение. 2011. № 4. С. 246–249. Подобно модели Дж. Мэки, предлагаемая в типологии Р. Алекси фиксация оппонентов юспозитивизма несет в себе все недостатки апофатических определений.

⁴⁵ См.: *Hart H.L.A.* Op. cit. Ch. 8–9 ; *Idem.* Positivism and the Separation of Law and Morals // *Harvard Law Review.* Vol. 71, № 4. P. 593–629 ; *Bix B.* Op. cit. P. 73, etc.

концепции Р. Дворкина в качестве теории, отличной по «уровню» от заявленной системы координат «позитивизм – естественное право», более конкретно, о ее восприятии в качестве «практической» теории права или судебной доктрины отдельных правопорядков: правовых систем США и Великобритании XX в.

В такой перспективе доктрина Р. Дворкина не обязательно должна противопоставляться позитивизму или юснатурализму. Так, позитивизм предлагает общую описательную теорию, выстраиваемую с «внешней» точки зрения, не связанной с принятием правил и доктрин конкретной правовой системы, допуская различные построения «внутреннего» типа. Например, он может признавать моральные элементы (в том числе принципы) среди критериев юридической действительности, а также допускать установки правовой системы о собственной беспроblemности, отсутствии у судей усмотрения и существовании единственного верного ответа на любой правовой вопрос. При этом для позитивизма такие установки будут именно «внутренними» и неуниверсальными⁴⁶. Соответствующие элементы, судя по всему, могут признаваться и в современных версиях естественного права, соразмерных позитивизму по уровню и проблематике. Например, это можно отнести к доктрине Лона Фуллера, которая не разделяет сущее и должное в праве, мыслит его в качестве ценностно-телеологического института, требует системной интерпретации отдельных положений в свете принципов «внутренней» морали права и т. п. Тем самым доктрина Л. Фуллера, хотя и не заявляет тезис единственно верного ответа, акцентирует близкие Р. Дворкину нормативно-интерпретационные структуры права, контрастирующие с позитивистской концепцией решения и усмотрения⁴⁷.

Обобщая изложенные выше рассуждения, можно утверждать: предложенная Джоном Мэки квалификация учения «раннего» Р. Дворкина как «третьей теории права», даже имея под собой основания, является скорее отражением ее непохожести на другие традиционные и современные правовые доктрины. Однако данную квалификацию лучше рассматривать в качестве первоначального определения статуса или типа учения Р. Дворкина, чем в качестве его более фундаментальной и структурированной оценки. Как показано выше, доктрина американского правоведа, с одной стороны, может считаться «третьей» теорией права, так же как и целый ряд иных современных концепций естественно-правового толка, полемизирующих с позитивизмом о надлежащем объяснении (понятия) права. С другой стороны, такая доктрина не является «третьей» теорией права, поскольку она сосредоточивается на иных типах вопросов, отличных от традиционной повестки спора позитивизма и юснатурализма. Как следствие, она требует осмысления в контексте иной методологической,

⁴⁶ См.: *Hart H.L.A.* Op. cit. Postscript.

⁴⁷ См., например: *Фуллер Л.* Позитивизм и верность праву : ответ профессору Харту // Правоведение. 2005. № 6. С. 124–159.

идейно-типологической дифференциации: деления концепций на практические и теоретические, «внутренние» и «внешние», описательные и нормативные, общие и частные / пароклиальные и т. п.

*Самарский юридический институт
ФСИН России*

Касаткин С. Н., кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры теории и истории государства и права

E-mail: kasatka_s@bk.ru

Samara Law Institute of Federal Penitentiary Service of Russia

Kasatkin S. N., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Professor of the Theory and History of State and Law Department

E-mail: kasatka_s@bk.ru