

М. Д. Горбунов

Национальный исследовательский Нижегородский  
государственный университет имени Н.И. Лобачевского  
г. Нижний Новгород, Российская Федерация

## Исключающий позитивизм в англо-американской правовой мысли: определение направления

**Резюме.** В статье подвергается осмыслению актуальное направление в современном англо-американском научном дискурсе — исключаящий правовой позитивизм. Установлено, что оно стало результатом естественного развития концептуальных положений, выработанных в англо-американской позитивистской доктрине усилиями правоведов во главе с Гербертом Хартом. К данным положениям относятся тезис о социальном факте, согласно которому право представляет собой формальный общественный институт, складывающийся в общественной практике; тезис о конвенциональности, в соответствии с которым такие факты базируются на социальной конвенции в практике деятельности официальных лиц; тезис о разделении, устанавливающий необходимость концептуального различия между правом и моралью, а также независимости юридической действительности от неправовых аргументов. Последний тезис наиболее сложен для защиты от критики, в авангарде которой встал Рональд Дворкин. Ответ на эту критику привел к формированию исключаящего правового позитивизма, который, заняв оборонительную позицию, поставил задачу формулировки контраргументов. Анализ взглядов ведущих исключаящих позитивистов позволил сформулировать концептуальное понимание указанного направления как теории, рассматривающей право в качестве формального института в системе социальных фактов, дающих индивидам основания для действий, которые можно идентифицировать среди других нормативных регуляторов на основе происхождения от официальной власти, не прибегая к оценочным суждениям. Выдвигаемые данным направлением аргументы и контекст его позиционирования в научном дискурсе представляют значимый познавательный интерес для модернизации отечественной доктрины и формирования прогноза развития дискуссии об интегративных основаниях правопонимания.

**Ключевые слова:** правопонимание; философия права; правовой позитивизм; англо-американская правовая мысль; аналитическая юриспруденция; аксиология права; социальные факты; нормативная система; право; закон

**Для цитирования:** Горбунов М. Д. Исключающий позитивизм в англо-американской правовой мысли: определение направления. *Lex russica*. 2026. Т. 79. № 6. С. 137–152. DOI: 10.17803/1729-5920.2026.235.6.137-152

### Exclusionary Positivism in Anglo-American Legal Thought: Defining a Direction

Maxim D. Gorbunov

Lobachevsky State University of Nizhny Novgorod  
Nizhny Novgorod, Russian Federation

**Abstract.** The paper examines the current trend in modern Anglo-American scientific discourse— exclusionary legal positivism. It is established that this trend was the result of the natural development of the conceptual provisions developed in the Anglo-American positivist doctrine by the efforts of jurists led by Herbert Hart. These provisions include the thesis of social fact, according to which law is a formal public institution that develops in

public practice; the thesis of conventionality, according to which such facts are based on social convention in the practice of officials; the thesis of separation, which establishes the need for a conceptual distinction between law and morality, as well as independence of legal reality from non-legal arguments. The latter thesis has become the most difficult to defend against criticism, which was spearheaded by Ronald Dworkin. The response to this criticism led to the formation of an exclusionary legal positivism, which, taking a defensive position, set the task of formulating counterarguments. An analysis of the views of the leading exclusionary positivists made it possible to formulate a conceptual understanding of the trend as a theory that understands law as a formal institution in a system of social facts that provide individuals with grounds for actions that can be identified among other regulatory regulators based on their origin from official authority, without resorting to value judgments. The arguments put forward by the direction and the context of its positioning in scientific discourse are of significant cognitive interest for the modernization of Russian doctrine and the formation of a forecast for the development of the discussion on the integrative foundations of legal understanding.

**Keywords:** legal understanding; philosophy of law; legal positivism; Anglo-American legal thought; analytical jurisprudence; axiology of law; social facts; normative system; law

**Cite as:** Gorbunov MD. Exclusionary Positivism in Anglo-American Legal Thought: Defining a Direction. *Lex russica*. 2026;79(6):137-152. (In Russ.). DOI: 10.17803/1729-5920.2026.235.6.137-152

## Введение

Англо-американская правовая мысль сегодня находится в поле активного внимания отечественной теории, что связано не только с оценкой преимуществ и недостатков конкурирующей парадигмы, но и с расширением методологической базы современной российской догмы права, которая во многом остается позитивистской. В таких условиях значительный интерес также представляет оценка современного состояния англо-американского правового позитивизма как наиболее близкого для отечественного правопонимания направления. Внутренние сдвиги в правовом дискурсе на фоне расширения влияния антипозитивистских теорий и либеральной политико-правовой доктрины как таковой имеют значительный познавательный интерес.

Несмотря на то что сегодня существует значительное число публикаций по аналитической философии и юриспруденции, являющихся общими для всей англо-американской правовой мысли, можно отметить ощутимый пробел в исследовании современного этапа развития позитивистского направления. За исключением небольшого количества трудов, которые обращают внимание на научное творчество отдельных англо-американских позитивистов<sup>1</sup>,

сегодня сложно обнаружить концептуальные обзорные работы по тематике актуального позитивистского правопонимания<sup>2</sup>. В этой связи значимым является осмысление ключевых аспектов, характеризующих исключительный правовой позитивизм как ключевое направление современного англо-американского позитивизма, а также определение контекста его развития, его основных положений и взглядов его ведущих представителей. Исследование проблемной области данного направления также способно привнести дополнительные аргументы в пользу усиления и развития отечественной позитивистской догмы и усилить интегративные процессы в отечественном правоведении.

## Ключевые тезисы англо-американского позитивизма и их эволюция

Формирование исключительного/эксклюзивного (exclusive) правового позитивизма обусловлено размежеванием внутри относительно единого направления вследствие трансформации актуальных тенденций англо-американского правового дискурса. Фактически исключительный правовой позитивизм стал итогом развития общей линии позитивистской аргументации в

<sup>1</sup> См.: *Оглеznev B. V. G. L. A. Харт и формирование аналитической философии права*. Томск : Изд-во Том. гос. ун-та, 2012 ; *Пищулин А. В. Современный юридический позитивизм в англосаксонской правовой семье* // Вестник Московского университета. Серия 11, Право. 2010. № 4. С. 98–107.

<sup>2</sup> См.: *Дидикин А. Б. О природе обязанности соблюдения закона: аргументы эксклюзивного правового позитивизма Джозефа Раза* // Право и государство. 2022. № 4. С. 19–35 ; *Антонов М. В. Эксклюзивный позитивизм и аргументативная теория права: к полемике между Е. В. Булыгиным и М. Атиензой* // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2010. № 1. С. 226–237.

правопонимании на фоне формирования более включающих/инклюзивных (inclusive) теорий. Для того чтобы сформулировать ключевые характеристики рассматриваемого направления, необходимо определить общие концептуальные основы англо-американского правового позитивизма как такового и те изменения, произошедшие в правовом дискурсе, которые повлияли на содержание соответствующих положений и обусловили «кристаллизацию» теории исключающего правового позитивизма как оппозиции новым подходам.

Современный англо-американский позитивизм так или иначе в своем ядре формулируется через три тезиса<sup>3</sup>:

- тезис о социальном факте;
- тезис о конвенциональности;
- тезис о разделении.

Ключевым для понимания формирования условий специфики англо-американского позитивистского дискурса является определение его эпистемологических оснований. В целом они могут быть представлены через фундаментальный недеклалируемый тезис об аналитическом базисе. Следует охарактеризовать его более подробно. Несмотря на то что в актуальной англо-американской научной литературе он прямо не называется, фактически данный тезис является основой всего позитивистского дискурса в англосаксонском пространстве, поскольку его развитие происходило в рамках аналитической парадигмы под влиянием методологии, которая исходит из концептуального анализа<sup>4</sup>.

Впервые аналитический подход к изучению правовых явлений был сформулирован в работах известнейшего британского правоведа, с чьим именем связывается зарождение всего направления правового позитивизма, — Джона Остина. Его теория стала результатом долгого процесса формирования философских методо-

логических предпосылок в рамках традиции британского эмпиризма и реакции на школу естественного права и оказала ключевое влияние на англо-американский позитивизм в дальнейшем<sup>5</sup>.

В методологии Остина право впервые стало самостоятельным полноценным предметом изучения, в отличие от более ранних философских исследований. Оно было рассмотрено аналитически, т.е. как феномен, обладающий определенным набором фактических проявлений и концептуальным ядром. Практикоориентированность выбранного Остином метода выгодно отличалась от иных альтернатив юридической теории того времени — концепции «народного духа» исторической школы и «естественного закона» юснатурализма<sup>6</sup>. Право, по Остину, это проявление сущего, а не должного. Отсюда вытекает и установка названного правоведа на самостоятельное изучение права как оно есть, в отрыве от метафизических концепций и ценностных установок, поскольку они затрудняют понимание и описание позитивных (т.е. реально существующих) государственно-правовых процессов<sup>7</sup>. В результате такое ценностно-нейтральное описание права стало общим лейтмотивом всего англо-американского правового позитивизма.

Тем не менее аналитический метод Остина имел и значительные недостатки, которые в том числе обусловили эволюцию гносеологии и онтологии англо-американского правового позитивизма в дальнейшем. В литературе эти недостатки определены как монизм и редукционизм<sup>8</sup>. Теория монистична, поскольку является крайне эксклюзивной, т.е. исключающей все факторы при оценке права, кроме формально-юридических, которые также сужаются до единого источника правовых установлений — суверена. Редукционизм теории выражается в

<sup>3</sup> Coleman J., Leiter B. *Legal Positivism // A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory* / ed. by D. Patterson. Oxford : Blackwell, 1996. P. 226–248.

<sup>4</sup> Tamanaha B. Z. *The Contemporary Relevance of Legal Positivism // Australian Journal of Legal Philosophy*. 2007. Vol. 32. P. 38. URL: <https://classic.austlii.edu.au/au/journals/AUJLegPhil/2007/10.pdf> (дата обращения: 07.04.2025).

<sup>5</sup> Sebok A. J. *Legal Positivism in American Jurisprudence*. Cambridge : Cambridge University Press, 1998. P. 65–69.

<sup>6</sup> Cotterrell R. *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*. London : LexisNexis, 2003. P. 21–77.

<sup>7</sup> Austin J. *Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law*. 2 vols. / ed. by R. Campbell. Bristol : Thoemmes Press, 2002. P. 1107–1108.

<sup>8</sup> Postema G. *Legal Positivism: Early Foundations* / ed. by A. Marmor // *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York : Routledge, 2012. P. 40–41.

том, что правовед не учитывает разнообразие практических проявлений права и упрощает его до простой формальной императивной команды, исходящей от официальной власти.

Если онтологические тезисы Остина стали критиковаться практически сразу, то методологический потенциал его концепции был исчерпан окончательно к середине XX в. и совпал с кризисом формальной логики в социальной философии<sup>9</sup>.

Аналитический метод Остина и выбранный им подход к изучению правовых понятий не учитывает особый контекст и специфику юридического языка, существующего в системе социальных фактов, на что было обращено внимание в новых лингво-философских исследованиях в рамках формирующейся аналитической доктрины. В первой половине XX в. появилась целая плеяда философов, сформировавших новую методологию исследования правовых явлений, к которым относится и право. Примечательно также, что во многом их интерес был прикован именно к юридическим понятиям и языку. В правовую плоскость наработки аналитической философии были имплементированы выдающимся правоведом XX в. Гербертом Хартом, с чьим именем связывается разработка методологических оснований современной аналитической юриспруденции и концептуальных тезисов современного-англо-американского правового позитивизма<sup>10</sup>. Применение новых философских установок к праву позволило Харту значительно модернизировать метод Остина и рассмотреть право в системе социальных фактов как концептуальное явление — набор центральных и пограничных случаев в широком контексте нормативной системы общества<sup>11</sup>.

Харт сформировал собственную аналитическую программу правовых исследований и определил проблемную область современного англо-американского правового позитивизма, что задало рамки актуального научного дискурса. Не случайно в научной литературе

исключающий позитивизм и конкурирующий с ним включающий характеризуются как следствия хартовского наследия в юриспруденции<sup>12</sup>. К ключевым вопросам программы Харта относятся:

— определение сущности правил и их нормативной силы в условиях многообразия законов;

— решение проблемы фиксации предписаний в ситуациях правовой неопределенности;

— соотнесение права и морали и определение юридических последствий их связи<sup>13</sup>.

Ответы на эти вопросы привели к общим формулировкам указанных выше трех тезисов англо-американского позитивизма. Далее следует перейти непосредственно к их рассмотрению в контексте поэтапной трансформации содержания данных тезисов от классического до хартовского и современного.

*Тезис о социальном факте (social fact thesis).* Англо-американский правовой позитивизм рассматривает право в качестве общественного института в системе социальных фактов как сложившейся нормативной практики. Ключевым в этом представлении является то, что подобные факты противопоставляются метафизическим категориям, таким как «мораль». Как отмечается в литературе, «в своей традиционной форме юридический позитивизм утверждает, что человеческое право, по сути, представляет собой социальный институт, существование и содержание которого является вопросом не закона Божьего, а человеческой воли и власти»<sup>14</sup>. В этом проявляется концептуальная методологическая задача позитивизма по формированию описательной, морально нейтральной правовой системы.

Харт для преодоления недостатков классической теории Остина ввел систему первичных и вторичных правил, в которой первичные правила непосредственно регулируют общественные отношения, а вторичные обеспечивают существование правовой системы, определяя

<sup>9</sup> Оглезнев В. В. Указ. соч.

<sup>10</sup> Tamanaha B. Z. Op. cit. P. 3–4.

<sup>11</sup> Hart H. L. A., Cohen J. Theory and Definition in Jurisprudence // Proceedings of the Aristotelian Society. Supplementary Volumes. 1955. Vol. 29 : Problems in Psychotherapy and Jurisprudence. P. 213–264.

<sup>12</sup> Tamanaha B. Z. Op. cit. P. 4.

<sup>13</sup> Харт Г. Л. А. Понятие права / пер. с англ. Е. В. Афонасина, М. В. Бабака, А. Б. Дидикина, С. В. Моисеева. СПб. : Изд-во СПбГУ, 2007. С. 14–22.

<sup>14</sup> Waluchow W. Legal Positivism, Inclusive versus Exclusive // Routledge Encyclopedia of Philosophy (2001). URL: <http://www.rep.routledge.com.libaccess.lib.mcmaster.ca/article/T064> (дата обращения: 07.04.2025).

юридическую действительность, порядок принятия, изменения и отмены<sup>15</sup>. Данная система основана на родословной принадлежности, в основе которой лежит окончательное правило признания, являющееся базовой нормой особого свойства, которое не декларируется, а существует в правовой системе в результате сложившейся социальной практики<sup>16</sup>. Такое правило имеет конвенциональную природу и отвечает характеристикам социального факта.

*Тезис о конвенциональности (conventionality thesis)*. В основании правила признания лежит социальная конвенция, выражающаяся в том, что индивиды соглашаются соблюдать нормы правовой системы, которую данное правило конструирует как обязательную. Важным аспектом здесь является обеспечение согласованного и постоянного воспроизведения практики правовой системы официальными лицами на основании иерархии действующих правил.

В хартовской теории социальная конвенция обуславливается природой обязательственных отношений, которые лежат в основе права. Правила имеют внешний и внутренний аспект действия, которыми опосредуются внутренняя и внешняя точки зрения соответственно. Внешняя точка зрения формируется у индивидов как участников сложившейся наблюдаемой ими нормативной практики подчинения определенному порядку, а внутренняя — у субъектов, принимающих правовую систему как обязательную для себя по собственному волевому убеждению исходя из рациональных мотивов. Для того чтобы правовая система существовала, граждане должны минимально принимать ее с внешней точки зрения, а официальные лица — с внутренней и направленно поддерживать ее<sup>17</sup>.

Другим значимым трансформационным изменением является тенденция к объяснению принятия правовой системы через обеспечение эффективности нормативного регулирования. Принятие системы также связывается с ее конкурентным преимуществом по отношению к другим потенциальным нормативам, к которым могут обратиться индивиды для координации своего поведения<sup>18</sup>. Проблема такого объяснения в том, что логичным следствием названного

подхода является требование принятия права с внутренней точки зрения не только официальными лицами, но и гражданами, что поднимает вопрос об условиях данного принятия, которое может базироваться на неправовых аргументах. С этим связан третий тезис англо-американского правового позитивизма.

*Тезис о разделении (separability thesis)*. С позиции англо-американского правового позитивизма с момента его формирования принципиальной методологической предпосылкой было разделение правового и неправового в нормативном регулировании как затемняющего понимание и применение права. Исходя из данной предпосылки, на онтологическом уровне право отделяется от морали. Это означает, что вопрос моральной ценности права и его соответствия каким-либо предъявляемым требованиям, не связанным с социальными фактами, не влияет на его действительность<sup>19</sup>. Право определяется только ссылкой на формальные источники и не зависит от морали.

Характеризуемые выше кардинальные методологические изменения в англо-американском правовом позитивизме на фоне развития аналитической философии значительно повлияли на содержание тезиса о разделении, что нашло свое отражение в хартовской теории. Плюралистичность и отказ от догматичности позволили Харту сконцентрироваться на поиске диалога между позитивизмом и антипозитивизмом в попытке придать аксиологическому вопросу более рациональный характер. Начиная с Харта, можно отметить следующие ключевые аспекты понимания тезиса о разделении:

— позиционирование правовых исследований как описательных для целей более широкой познавательной деятельности, поскольку отрицание правового характера нормативных систем вследствие их несправедливости, особенно в ретроспективном плане, лишает правоведение значительной эмпирической базы, учет которой мог бы способствовать разработке такой модели права, которая не допускала бы прежних злоупотреблений. Практика права в истории человечества часто обременена крайней несправедливостью, но это не может отри-

<sup>15</sup> Харт Г. Л. А. Указ. соч. С. 97–102.

<sup>16</sup> Харт Г. Л. А. Указ. соч. С. 110–115.

<sup>17</sup> Харт Г. Л. А. Указ. соч. С. 120–121.

<sup>18</sup> Raz J. The Morality of Freedom. New York : Oxford University Press, 1986. P. 47–53.

<sup>19</sup> Waluchow W. Legal Positivism, Inclusive versus Exclusive.

цать того факта, что подобные системы воспринимались и действовали как правовые<sup>20</sup>;

— принятие во внимание обратной связи права и морали, при которой включение моральных критериев в право может способствовать большей несправедливости вследствие субъективного характера и понимания нравственных категорий, что открывает дорогу для злоупотреблений. Моральное оправдание права может также мешать объективной оценке его эффективности, однозначности и последовательности правового регулирования. Зависимость права от морали делает его нечетким, поскольку появляется необходимость установления моральных требований, имеющих оценочный характер<sup>21</sup>;

— признание рациональной связи права и морали на уровне их функциональной роли в нормативной системе. Сам Харт называет это «минимальным содержанием естественного права»<sup>22</sup>. В соответствии с данным аргументом в любой правовой системе присутствуют нормы, направленные на обеспечение выживания человека, которые находят свое выражение и в морали. Кроме того, формальной правовой нормы может быть не всегда достаточно для понимания и решения конкретного вопроса, требующего ее применения. Моральные аргументы могут иметь важное вспомогательное значение (в первую очередь в судебной деятельности). Кроме того, в практике современных правовых систем часто обнаруживаются примеры требований соответствия универсальным принципам естественного права (прежде всего в конституционном законодательстве)<sup>23</sup>.

Таким образом, в современной интерпретации тезиса о разделении принципиальными являются формальное разграничение права и морали и независимость критерия юридической действительности правовых норм от моральных аргументов с признанием их определенной рациональной связи и допустимости стремления права к моральным целям. Соотношение данного тезиса с другими позволяет заметить изъяны и внутреннее несоответствие в позитивистском подходе. Дело в том, что те-

зис о разделении отрицает юридическую значимость правовой аргументации в практике. Вместе с тем правовой позитивизм признает необходимость конвенционального принятия правовой системы для обеспечения ее нормативной силы. Однако восприятие и оценка правовых норм со стороны официальных лиц и индивидов подразумевают аргументативный характер и не могут быть полностью изолированы от соображений неюридического плана. Кроме того, понимание правовой нормы и ее применения может зависеть от определения фундаментальных, не выраженных в праве общественных закономерностей, целей и ценностей нормативного регулирования. Особенно ярко это проявляется в судебной деятельности в ситуациях, которые Харт называет сложными случаями, когда спор касается самого правила признания<sup>24</sup>. С позиции правового позитивизма аргументы, к которым должен прибегать суд, будут иметь неправовой характер, порождая вместе с тем правовые последствия. Это слабо согласуется не только с тезисом о конвенциональности, но и с тезисом о социальном факте.

### Критический дискурс между позитивистами и антипозитивистами

Хартовского понимания права, воспринятого его учениками, оказалось недостаточно для согласования внутренних положений теории. В итоге именно тезис о разделении оказался наиболее слабым с позиции обновленной аналитической методологии и испытал значительную критику со стороны антипозитивистов. В авангарде этой критики встал Рональд Дворкин, начавший полемику непосредственно с Хартом и продолживший ее с учениками последнего после его кончины<sup>25</sup>.

Дворкин является одним из наиболее влиятельных антипозитивистов в англо-американской правовой мысли. Он построил концепцию «конструктивной интерпретации» (*constructive interpretation*), в рамках которой подверг сомнению как тезис о социальном факте, так и

<sup>20</sup> *Marmor A. Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral // Oxford Journal of Legal Studies. 2006. Vol. 26. No. 4. P. 683–704.*

<sup>21</sup> *Харт Г. Л. А. Указ. соч. С. 185.*

<sup>22</sup> *Харт Г. Л. А. Указ. соч. С. 183–201.*

<sup>23</sup> *Hart H. L. A. Legal Positivism and the Separation of Law and Morals // Harvard Law Review. 1958. Vol. 71. No. 4. P. 606–615.*

<sup>24</sup> *Харт Г. Л. А. Указ. соч. С. 155–157.*

<sup>25</sup> *Waluchow W. Legal Positivism, Inclusive versus Exclusive.*

тезис о разделении. В соответствии с его концепцией в основе существования правовой системы лежат не правила, а принципы, которые включают в себя глубокий моральный компонент<sup>26</sup>. Природа правовых принципов отличается как меньшей категоричностью по сравнению с правилами, требующими строгого соответствия предписанию<sup>27</sup>, так и тем, что они не имеют родословной, связанной с социальными фактами, поскольку возникают из «чувства уместности [справедливого правосудия], которое со временем развилось в профессии и среди общественности»<sup>28</sup>. Дворкин отвергает претензию позитивистов на требование соответствия права социальным фактам и конкретно правилу признания, которое не может включать в себя правовые принципы<sup>29</sup>. Включение принципов в правило признания функционально бессмысленно, поскольку принципы «бесчисленны, и они смещаются и изменяются так быстро, что начало нашего списка устареет прежде, чем мы достигнем его середины»<sup>30</sup>. В теории Дворкина динамичность принципов противопоставляется статичности правил.

Данные установки приводят Дворкина к пониманию права как «целостности» — наилучшей моральной и политической интерпретации юридической практики в целом, которая вытекает из прошлых, настоящих и будущих политических и правовых решений. Исходя из такого понимания, правовой позитивизм, отрицающий юридически значимую связь права и морали, не может отразить реальную сущность права и зависимость его существования от моральных причин. Право, в понимании Дворкина, зависит от моральных аргументов, поскольку:

— его реализация требует морально-политической интерпретации для определения содержания правил;

— юриспруденция отождествляется с практикой судебных разбирательств по поиску морально оправданных решений<sup>31</sup>.

Именно в судебном процессе происходит поиск юридически правильного решения, соответствующего принятым в обществе правовым принципам. Задача суда заключается в выявлении того, чего закон на самом деле требует. Дворкин определяет это как поиск единственного правильного правового решения, которое суд находит в сложившейся политико-правовой практике существования принципов. Посредством вынесения судебного решения судья создает право, лучше соответствующее таким принципам, оправдывая определенный подход к интерпретации на основе моральных аргументов. Деятельность суда тем самым связывается с совершенствованием права<sup>32</sup>.

Таким образом, теория Дворкина утверждает, что право как сложившаяся социальная практика зависит от интерпретации, которая всегда ценностно нагружена, а потому и само право не может быть свободно от морали<sup>33</sup>. Теоретическая и практическая юриспруденция имеет оценивающий, а не описательный характер, что принципиально противостоит позиции правового позитивизма и что позитивизм не в состоянии признать и описать.

Во многом позиционирование собственной теории Дворкин производил за счет прямой критики Харта, на которую британский правовед не мог не ответить. Контраргументы Харта, выраженные в его последней научной работе «Постскрипtum» (Postscript), свелись к признанию того, что моральные доводы могут быть частью рассуждений судьи при вынесении решений, но аргументы, к которым он прибегает, тем не менее имеют правовой характер. Отдельные правовые системы могут признавать некоторые моральные требования к праву, особенно в конституционно-правовых спорах, но делают это опосредованно, через опору на социальные факты<sup>34</sup>. Ответ Дворкина был довольно резок: «Осознаваемые ими [судьями] институциональные ограничения имеют

<sup>26</sup> Dworkin R. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press, 1986. P. 52–63.

<sup>27</sup> Dworkin R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978. P. 22–28.

<sup>28</sup> Dworkin R. *Taking Rights Seriously*. P. 40.

<sup>29</sup> Giudice M. *Charting the Way for Modern Legal Positivism Through the Charter*: Thesis. McMaster University, 2002. P. 8.

<sup>30</sup> Dworkin R. *Taking Rights Seriously*. P. 40.

<sup>31</sup> Giudice M. *Op. cit.* P. 29.

<sup>32</sup> Dworkin R. *Law's Empire*. P. 52–53.

<sup>33</sup> Dworkin R. *Law's Empire*. P. 64.

<sup>34</sup> Касаткин С. Н. Основные идеи «Постскриптума» Герберта Л. А. Харта // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия «Право». 2008. № 1. С. 3–27.

всепроницающий характер, охватывая и само решение. Игнорирование таких ограничений и непризнание реальной роли правовых принципов принципиально препятствует правовому позитивизму адекватно описывать роль суда в праве»<sup>35</sup>.

Фактически у Харта не оставалось возможности и интеллектуальных сил продолжать научную полемику и в итоге под напором внутренних противоречий своей теории и аргументов Дворкина он сдался, оставив задачу концептуального ответа на возражения своим преемникам. При этом базовая установка Харта на построение диалога между позитивизмом и антипозитивизмом была поддержана рядом авторов. Это привело к значительному напряжению внутри позитивистского лагеря и формированию различных реакций на возникшую критику<sup>36</sup>. Как отмечается в литературе, «бросая вызов сведению права к первичным и вторичным правилам, а также тезису о социальном факте и тезису о разделении... критика Дворкина немедленно поставила юридических позитивистов в оборонительную позицию»<sup>37</sup>. В рамках данной доктрины стали формироваться точки зрения, что позиция Харта ошибочна, а его аргументы неполны. Так, один из учеников британского правоведа Нейл МакКормик отметил: «Чтобы понять закон и правовой порядок, вы должны понимать его с точки зрения пользователя, а не производителя. Я думаю, что по ряду важных пунктов его [Харта] теория окажется ошибочной или недостаточной»<sup>38</sup>.

Закономерным итогом этого процесса в научном дискурсе стал раскол внутри самого англо-американского позитивизма на фоне неразрешенных вопросов и критики со стороны антипозитивистов. Одни позитивисты приняли рассуждения Харта в «Постскриптуме» о том, что в некоторых системах права конечные критерии юридической действительности явно включают моральные ценности, за отправную точку для позитивистского обоснования связи права и морали и впоследствии обособились в рамках направления включающего правового

позитивизма<sup>39</sup>. В позитивистском дискурсе во многом аргументы инклюзивных позитивистов были восприняты как отход от концептуальных оснований рассматриваемой теории. В итоге некоторые авторы заняли охранительную позицию. В первых рядах сформировавшегося направления встал Джозеф Раз. Он и его последователи вознамерились защитить свою концепцию исключающего позитивизма как от критики Дворкина, так и от утверждения их коллег о том, что тезис о разделении не дает должного описания правовой системы<sup>40</sup>.

### Исключающие позитивисты

В теории Джозефа Раза как центральной фигуры исключающего правового позитивизма был сформулирован ряд концептуальных положений, представляющих три ключевых тезиса англо-американского правового позитивизма в более сильной форме. Существование права Раз связывает с возможностью фиксации в нем четких, однозначных предписаний, к которым может обратиться индивид. Свою линию рассуждений он финализирует в рамках «тезиса об источниках» (*sources thesis*), который сводится к утверждению, что «то, что является правом, а что нет, является вопросом социального факта, т.е. зависит от социальной конвенции: закон полностью зависит от конвенциональных источников в своей действительности, и, следовательно, все основано на источниках»<sup>41</sup>. Данный аргумент стал не только новым прочтением тезиса о социальном факте, но и концептуальной основой для ответа на критику Дворкина. Вокруг него так или иначе концентрируются все современные исключающие позитивисты в англо-американской правовой мысли.

Вместе с тем Раз вслед за Хартом признает, что правовые нормы не могут быть однозначно сформулированы лишь средствами законодательства, поскольку ситуации, требующие применения права, гораздо разнообразнее, чем формализованные нормы. Вспомогательным

<sup>35</sup> *Dworkin R. Taking Rights Seriously. P. 86–87.*

<sup>36</sup> *Tamanaha B. Z. Op. cit. P. 36–37.*

<sup>37</sup> *Tamanaha B. Z. Op. cit. P. 34–35.*

<sup>38</sup> *MacCormick N. MacCormick on MacCormick // Law and Politics in Neil MacCormick's Theory of Law: The Post-Sovereign Constellation / ed. by A. J. Menendez, J. E. Fossum. Oslo : Arena, 2008. P. 18–19.*

<sup>39</sup> *Waluchow W. Legal Positivism, Inclusive versus Exclusive.*

<sup>40</sup> *Waluchow W. Legal Positivism, Inclusive versus Exclusive.*

<sup>41</sup> *Raz J. The Authority of Law: Essays on Law and Morality. New York : Oxford University Press. 1979. P. 37.*

средством идентификации норм должен выступать суд. При этом Раз ограничивает роль суда установлением вторичных социальных фактов, конкретизирующих волю законодателя в отношении конкретных ситуаций<sup>42</sup>. В случае отсутствия конкретной правовой нормы суд должен руководствоваться общими требованиями закона, который также формулирует общую направленность государственной власти. Раз не соглашается с Дворкиным и отказывает суду в возможности построения общей теории аргументации, в основе которой лежали бы правовые принципы, поскольку это влечет включение моральных аргументов в право.

Раз указывает, что правовые нормы должны быть достаточно четкими и формализованными для определения правил, исходящих от официальной власти и зафиксированных в нормах. Соответственно, правовые нормы не могут содержать отсылку к морали и предполагать оценивающий характер права, поскольку в противном случае оно не могло бы сохранять свой статус нормативных предписаний, обладающих юридической силой<sup>43</sup>. Исходя из этого, Раз подтверждает, что действительность права не может зависеть от его нравственных характеристик, а индивиды не имеют какой-либо специфической моральной обязанности подчиняться правовым предписаниям, поскольку нормативность права имеет формальный характер<sup>44</sup>. Вместе с тем он также соглашается с общей тенденцией, заданной Хартом, о взаимосвязи права и морали в широком контексте нормативной системы. Раз признает, что нравственный закон, основанный на идее всеобщего блага и справедливости, может быть дополнительным аргументом, усиливающим нормативность права и легитимирующим власть, от которой оно исходит, однако это не является вопросом действительности правовой системы<sup>45</sup>.

Аргументы Раза подержала целая плеяда новых правоведов. Сформированная ими дискуссия, по сути, определила развитие направления исключающего позитивизма в современной англо-американской правовой мысли. Такие исключающие позитивисты, как Скотт Шапиро, Андрей Мармор, Джон Гарднер и Брайан Лейтер, внесли важные дополнения, усиливающие позиции данного направления, поэтому представляется необходимым остановиться на их взглядах более подробно.

Скотт Шапиро продолжает линию Раза и значительно развивает положения его теории. С точки зрения Шапиро, право — «нечто, что должно быть постулировано посредством некоторого социального действия или деятельности либо посредством принятия закона»<sup>46</sup>. Он рассматривает право как систему плановых норм (*planlike norms*), предоставляющих индивидам определенный сценарий (план) поведения и поддерживаемых властью официальных лиц<sup>47</sup>, которые обеспечивают фиксацию и реализацию таких норм. Нормативная сила правил зависит от их способности формировать сценарии поведения и связывается с обеспечением свойств идентифицируемости, поэтому право не может смешиваться с моралью, поскольку мораль ограничивает формальную нормативность права<sup>48</sup>.

Шапиро уточняет свою позицию с помощью «тезиса о практическом различии» (*practical difference thesis*). Согласно названному правоведа, основной задачей права является создание практических различий между простыми социальными правилами и институционализированными нормами путем предоставления гражданам и судьям эпистемологического и мотивационного руководства<sup>49</sup>. Эпистемологическое руководство заключается в том, что право «информирует людей о том, какие действия были обозначены как обязательные

<sup>42</sup> *Raz J. The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System. Oxford : Clarendon Press, 1980. P. 212–224.*

<sup>43</sup> *Raz J. The Authority of Law: Essays on Law and Morality. P. 211.*

<sup>44</sup> *Raz J. Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics. New York : Oxford University Press, 2001. P. 325–348.*

<sup>45</sup> *Raz J. The Authority of Law: Essays on Law and Morality. P. 211–250.*

<sup>46</sup> *Shapiro S. Law, Morality, and the Guidance of Conduct // Legal Theory. 2000. Vol. 6. No. 2. P. 127.*

<sup>47</sup> *Shapiro S. Legality. Cambridge, Mass.: The Belknap Press, 2011.*

<sup>48</sup> *Shapiro S. The Difference that Rules Make // Analyzing law: New Essays in Legal Theory / ed. by B. Bix. Oxford : Clarendon Press ; New York : Oxford University Press, 1998. P. 47–54.*

<sup>49</sup> *Shapiro S. On Hart's Way Out // Legal Theory. 1998. Vol. 4. No. 4. P. 496.*

в силу того, что они несут на себе печать авторитета»<sup>50</sup>, а мотивационное — в создании оснований «руководства правовой нормой, когда соответствие ей мотивировано тем фактом, что она регулирует рассматриваемое поведение»<sup>51</sup>.

Мораль не способна предоставить такое руководство, поскольку она статична и не имеет своего аналога общего порядка процессуального изменения, какой есть у права. Соответственно, моральные правила «фиксированы с самого начала... это означает, что они не могут создавать практических различий в качестве юридических правил»<sup>52</sup>. Тот же самый вывод касается и любой правовой нормы, которая включает в себя моральные требования. Особенно ярко это проявляется в отношении принципов, к которым отсылает Дворкин. Эпистемологически подобное правило не оказывает руководство, поскольку оно связывается не с авторитетом власти, а с внутренним принятием такой нормы индивидом как морально оправданной. Мотивационно оно тоже не создает воздействия, так как не возникает необходимости отсылки к данному правилу, поскольку предписание фактически выражено в моральной норме, которая действует независимо от ее дублирования в праве. Официальному лицу, в частности судье, достаточно обратиться непосредственно к моральному требованию для принятия верного решения<sup>53</sup>.

На основе выбранной линии рассуждения Шапиро делает важный вывод для позитивистского описания о возможном включении моральных норм в правовую систему. Он формулирует аргумент исключаящего позитивизма, объясняющий выявленную Хартом ситуацию внедрения моральных принципов в американское правило признания, которая стала камнем преткновения в его полемике с Дворкиным. Моральные принципы не имеют родословной и не связаны с социальными фактами. Правовая система действительно может интегрировать в

себя моральные требования, но в этом случае они изменяют свою природу. Фиксация моральных требований правил приводит к тому, что они приобретают соответствующую родословную и статус закона, выстраиваясь в правовую систему<sup>54</sup>.

Андрей Мармор значительно модернизирует тезис о конвенциональности в его сильной форме, приводя аргументы в пользу формальной нормативности достигнутых в обществе конвенций и усиливая тем самым традиционный для позитивизма подход. Общим лейтмотивом научного творчества Мармора как исключаящего позитивиста является тезис, что «всякое право основано на источнике, и все, что не основано на источнике, не является правом»<sup>55</sup>. Формирование источников права правоведа связывает с учредительными/конститутивными (*constitutive*) конвенциями.

Мармор высказывается против интерпретации хартовского правила признания как конвенциональной нормы, принятой официальными лицами для согласованного взаимодействия в форме координирующей конвенции. Вместо этого он утверждает, что оно представляет собой учредительную конвенцию, поскольку создает условия для формирования иных правил в системе. Правило признания, таким образом, учреждает саму правовую систему. Обосновывает свою позицию Мармор тем, что учредительные конвенции имеют основную задачу по установлению социальных практик<sup>56</sup>. Такие конвенции формируют институциональные основания практики и определяют статус ее агентов, их формальные полномочия для установления координирующих правил<sup>57</sup>. Учредительные конвенции имеют первичный характер по отношению ко всем соглашениям и правилам внутри практик, которые являются производными<sup>58</sup>. В частности, для того чтобы официальные лица приобрели возможность устанавливать конвенциональное согласие относительно пра-

<sup>50</sup> *Shapiro S.* On Hart's Way Out. P. 491.

<sup>51</sup> *Shapiro S.* On Hart's Way Out. P. 490.

<sup>52</sup> *Shapiro S.* On Hart's Way Out. P. 498.

<sup>53</sup> *Waluchow W. J.* Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism // *Legal Theory*. 2000. Vol. 6. P. 73.

<sup>54</sup> *Waluchow W. J.* Authority and the Practical Difference Thesis... P. 80–81.

<sup>55</sup> *Marmor A.* Exclusive Legal Positivism // *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* / ed. by J. Coleman, S. Shapiro. Oxford : Oxford University Press, 2002. P. 104.

<sup>56</sup> *Marmor A.* Social Conventions. From Language to Law. Princeton : Princeton University Press, 2009. P. 22.

<sup>57</sup> *Marmor A.* Social Conventions. From Language to Law. P. 22.

<sup>58</sup> *Marmor A.* Social Conventions. From Language to Law. P. 61.

вил системы, необходимо определение самого статуса официальных лиц. Мармор приходит к выводу, что существование законодателя «полностью зависит от конвенций, которые определяют его социальные роли»<sup>59</sup> и правовой статус для формирования правовой системы.

Названный правовед поддерживает тезис о разделении в его полном виде и соглашается с Хартом, что правовая теория должна быть описательной и морально нейтральной. Это подразумевает, что не только правовые нормы не должны включать моральные требования, но и правовая аргументация должна быть строго морально нейтральна. С позиции Мармора, моральная нейтральность теории означает, что юриспруденция «не должна занимать позицию по какому-либо конкретному моральному или политическому вопросу и стремиться давать какие-либо моральные или политические оценки права»<sup>60</sup>, которые могут повлиять на его легитимацию. Он указывает, что право — это инструмент социального контроля, который может использоваться во зло или во благо. Право — это явление утилитарное, а потому не должно подвергаться моральной оценке, поскольку она дается в отношении результата такого воздействия и имеет неправовой характер. Вместе с тем Мармор соглашается, что право может иметь инструментальную ценность<sup>61</sup>. Оно не может применяться эффективно как инструмент без понимания, для чего существует социальная практика, и какие моральные и политические функции имеет право в обществе<sup>62</sup>.

Особенно явно вторжение морали в право, по мнению Мармора, наблюдается в сфере судебной деятельности в сложных случаях. Он подчеркивает общую для современного англо-американского позитивизма позицию, что «закон часто исчерпывается, и у судей, по сути, нет другого выбора, кроме как полагаться на свои лучшие (иногда моральные) суждения для того, чтобы разрешить рассматриваемое дело, или для того, чтобы определить, как изменить закон и модифицировать его»<sup>63</sup>. Мармор присоеди-

няется к тезису, что конституционное законодательство может включать в себя определенные моральные и политические требования. Однако рассматривать их нужно в контексте «направленности государственной власти», того, что в теории Раза имело вид утверждения о формировании судом вторичных социальных фактов на основании выраженного в законе властного веления, которое может содержать отсылку к морали как условию изменения правовой нормы. При этом такая деятельность может быть проанализирована в контексте юридической, а не моральной обязанности<sup>64</sup>.

Мармор уверенно утверждает, что правовой позитивизм всегда претендует на морально нейтральное объяснение природы права. Согласно его позиции, «никакая теория, которая начинается с предположения, что право является морально законным или оправданным институтом, не может быть связана с юридическим позитивизмом любого рода»<sup>65</sup>. Теории, которые говорят о зависимости действительности права от моральных аргументов, являются теориями о морально-политическом оправдании хорошего закона, а не о сущности права. Правовой позитивизм — это подход к пониманию права, а не суждение о нем.

В теории Джона Гарднера наиболее заметна двойственность, распространенная среди исключающих позитивистов, которая связана с их принципиальным неприятием юридически значимой зависимости права от моральных аргументов и одновременным признанием важности их взаимодействия на практическом уровне. Гарднер утверждает, что юридический позитивизм «нормативно инертен» и не выносит ценностно наполненных суждений о праве<sup>66</sup>. Вместе с тем он поддерживает специфическую интерпретацию тезиса о разделении, указывая, что утверждение о том, что «нет необходимой связи между правом и моралью, абсурдно, и ни один известный философ-юрист никогда не одобрял ее как таковую»<sup>67</sup>. Кажется, что такое суждение не позволяет однозначно

<sup>59</sup> Marmor A. Deep Conventions // *Philosophy and Phenomenological Research*. 2007. Vol. 74. No. 3. P. 608.

<sup>60</sup> Marmor A. Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. P. 683.

<sup>61</sup> Marmor A. Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. P. 687.

<sup>62</sup> Marmor A. Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. P. 688.

<sup>63</sup> Marmor A. Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. P. 689.

<sup>64</sup> Marmor A. *Positive Law and Objective Values*. Oxford : Clarendon Press, 2001. P. 67–69.

<sup>65</sup> Marmor A. Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. P. 695.

<sup>66</sup> Gardner J. *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*. Oxford : Oxford University Press, 2012. P. 24.

<sup>67</sup> Gardner J. Legal Positivism: 5½ Myths // *The American Journal of Jurisprudence*. 2001. Vol. 46. No. 1. P. 222–223.

отнести Гарднера к исключаящим позитивистам, однако при более подробном рассмотрении оказывается, что он не уходит дальше хартовского признания «минимального содержания естественного права» в своих рассуждениях.

Гарднер соглашается с тем, что право преследует социально полезные цели и является функционально значимым общественным институтом. Право как социально ценный институт не может не иметь морального измерения, поскольку его фактическая практика порождает нравственно значимые результаты<sup>68</sup>. Право соединяется с моралью в широкой нормативной системе общества, однако общая направленность институтов не исключает требования соответствия права формальным свойствам и опоры на социальные факты<sup>69</sup>. В итоге Гарднер выносит вопросы целеполагания права за пределы позитивистской теории, рассматривая их, подобно Джозефу Разу, в контексте политической теории и моральной философии.

Брайан Лейтер является одним из наиболее активных защитников правового позитивизма в англо-американской академической среде. Он говорит о позитивизме как об идее, которая «выступила победителем, как никакая другая исследовательская программа в философии после Второй мировой войны»<sup>70</sup>. В его понимании, юридический позитивизм — это «неприкрытая правда о реальности, которая обеспечивает интеллектуальную ясность относительно социальной действительности, необходимую для политического действия»<sup>71</sup>. Поэтому позитивизм должен быть свободен от морали и описывать право не таким, каким оно должно быть, а таким, какое оно есть.

Лейтер, исходя из указанных установок, понимает право как часть социальной реальности в виде системы норм, базирующейся на авторитетной власти. Предпосылки нормативности права обеспечиваются таким основанием. Соответственно, если данные предпосылки основаны на некоем моральном требовании, это будет вынуждать индивидов обращаться к нему, а не к властному авторитету, что под-

рывает нормативность права<sup>72</sup>. Здесь видится общее стремление исключаящих позитивистов к описанию права в качестве относительно автономной нормативной системы, обладающей формальной инструментальной нормативностью как объективно выраженное средство социального контроля и координации.

## Заключение

На основании анализа научного дискурса, сложившегося вокруг исключаящего правового позитивизма, представляется возможным сформулировать его понятие и основные положения.

Исключаящий (эксклюзивный) правовой позитивизм — это направление аналитической юриспруденции, понимающее право как формальный социальный институт, который сложился в системе социальных фактов в виде конвенционально принятых норм, предоставляющих схемы поведения субъектам, чья нормативность обеспечивается происхождением от официальной власти и возможностью идентификации без обращения к моральным и иным оценочным аргументам. Такое определение можно сформулировать с определенной долей условности, поскольку рассматриваемое направление находится в процессе формирования в поле активной научной рефлексии. В частности, при всеобщем принятии тезиса о разделении в контексте независимости юридической действительности права от морали рядом автором признается их концептуальная связь. Тем не менее возможно выделить следующие ключевые характеристики данного направления, разделяемые всеми исключаящими позитивистами при интерпретации его ключевых положений:

— тезис о социальном факте. Исключаящие позитивисты значительно уточняют требование связи права с социальными фактами, вводя понятие «тезиса об источниках», согласно которому правило признания состоит из социальных фактов в строгом виде. Все производные нормы должны базироваться на родовой принадлеж-

<sup>68</sup> Gardner J. Legal Positivism: 5½ Myths.

<sup>69</sup> Gardner J. How Law Claims, What Law Claims // Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Alexy Robert / ed. by M. Klatt. New York : Oxford University Press, 2012. P. 29–44.

<sup>70</sup> Leiter B. Naturalizing Jurisprudence: Essays in American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy. Oxford : Oxford University Press, 2007. P. 2.

<sup>71</sup> Leiter B. The Radicalism of Legal Positivism // National Lawyers' Guild Review. 2009. Vol. 66. P. 165.

<sup>72</sup> Leiter B. Realism, Hard Positivism, and Conceptual Analysis // Legal Theory. 1998. Vol. 4. No. 4. P. 541.

ности формальных источников, отсылающих к конвенциональному правилу признания. Включение каких-либо оценочных категорий, таких как «мораль», в ядро правовой системы или в перечень условий юридической действительности противоречит «тезису о практическом разделении», согласно которому правовые нормы должны допускать однозначную идентификацию, для того чтобы применяться как основания для действий и осуществлять формальное руководство поведением индивидов;

— тезис о конвенциональности. Рассматриваемое направление описывает правило признания как базовую норму в рамках «учредительной конвенции». При этом понимании право является автономной системой, в которой сложившиеся конвенциональные правила взаимодействия, принятые официальными лицами для координации интересов, базируются на конститутивных нормах, которые формируют и легализуют такую практику. В правовой системе должны существовать учредительные правила, определяющие само право как институт, критерии юридической действительности, порядок законотворчества и статус официальных лиц как способных создавать производные конвенциональные нормы. Учредительные конвенции не исключают существование социальных практик, предшествующих праву, но именно с ними связана легализация таких практик;

— тезис о разделении. Понимание права как основанного на учредительных конвенциональных источниках исключает зависимость от каких-либо неформальных оценок и связь юридической действительности норм с вопросами их морального достоинства. Поэтому исключаящий правовой позитивизм придерживается жесткого тезиса о разделении, определяя правовую теорию как ценностно инертную и морально нейтральную. Право и мораль должны быть концептуально разведены, а практика правовых систем должна стремиться к формальной четкости.

При этом такое позиционирование позитивистской теории во взглядах исключаящих позитивистов обусловило довольно специфическую критику данного направления. Так, в литературе отмечается, что «политическая нейтральность юридического позитивизма была прикрытием, поскольку... то, что было пред-

ставлено как общее, нейтральное или научное описание того, что такое право в любое время и в любом месте, было в лучшем случае описанием современного права в западных либеральных демократиях»<sup>73</sup>. В самом деле, наиболее активные исключаящие позитивисты говорят, что «юридический позитивизм — это больше, чем просто концептуальная истина о том, что такое право... встроенная в юридический позитивизм... еще одна истина, которая приводит к политически радикальному выводу: не доверяйте власти!»<sup>74</sup>. Современный англо-американский позитивизм, действительно подняв флаг нейтральной правовой теории, формирует морально-политическую установку на устранение спекуляций и злоупотреблений в праве, однако выносит ее формально за скобки собственно правовой теории. Перспективы такой установки заключаются в значительной путанице и потенциальной невозможности определения границ между теоретической юриспруденцией и социальной философией во взглядах правоведов.

Представляется, что с вышеназванными критическими утверждениями следует согласиться лишь частично. Направление исключаящего правового позитивизма находится в сложном положении, поскольку сталкивается с мощным исследовательским вызовом сохранения концептуальной основы позитивистской доктрины с учетом ошибок, допущенных классическими правоведами, и признанием новых реалий правовых систем современных государств с сильным конституционным законодательством и декларированием фундаментальных нравственных ценностей. Важным же достижением является то, что исключаящие позитивисты сохранили общий аналитический подход и концептуальный характер правовых исследований.

Таким образом, исключаящий правовой позитивизм поддерживает аналитическую традицию в англо-американской правовой мысли в том виде, в каком она была задана Остином. Вместе с тем это же обстоятельство обусловило критику в рамках доминирующей либерально-правовой доктрины как со стороны антипозитивистов, так и внутри позитивистского дискурса. Фактически оборонительная позиция исключаящих позитивистов несколько сужает поле

<sup>73</sup> Priel D. The Politics of Legal Theory Revisited // Netherlands Journal of Legal Philosophy. 2024. Vol. 53. No. 1. P. 9.

<sup>74</sup> Leiter B. The Radicalism of Legal Positivism. P. 171.

научного диалога с конкурирующими направлениями, на который изначально был нацелен еще Герберт Харт. Однако это же обстоятельство повышает ценность рассматриваемого направления для компаративистского анализа и построения междоctrинального диалога с континентальной правовой мыслью, включая отечественную теорию права.

### СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

- Антонов М. В.* Эксклюзивный позитивизм и аргументативная теория права: к полемике между Е. В. Булыгиным и М. Атиензой // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2010. № 1. С. 226–237.
- Дидикин А. Б.* О природе обязанности соблюдения закона: аргументы эксклюзивного правового позитивизма Джозефа Раза // Право и государство. 2022. № 4. С. 19–35.
- Касаткин С. Н.* Основные идеи «Постскриптума» Герберта Л. А. Харта // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия «Право». 2008. № 1. С. 3–27.
- Оглезнев В. В. Г. Л. А.* Харт и формирование аналитической философии права. Томск : Изд-во Том. гос. ун-та, 2012. 216 с.
- Пищулин А. В.* Современный юридический позитивизм в англосаксонской правовой семье // Вестник Московского университета. Серия 11, Право. 2010. № 4. С. 98–107.
- Харт Г. Л. А.* Понятие права / пер. с англ. Е. В. Афонасина, М. В. Бабака, А. Б. Дидикина, С. В. Моисеева. СПб. : Изд-во СПбГУ, 2007. 304 с.
- Austin J.* Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law. 2 vols. / ed. by R. Campbell. Bristol : Thoemmes Press, 2002. 1132 p.
- Coleman J., Leiter B.* Legal Positivism // A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory / ed. by D. Patterson. Oxford : Blackwell, 1996. P. 228–248.
- Cotterrell R.* The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy. London : LexisNexis, 2003. 344 p.
- Dworkin R.* Law's Empire. Cambridge, Mass. : The Belknap Press, 1986. 470 p.
- Dworkin R.* Taking Rights Seriously. Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1978. 371 p.
- Gardner J.* How Law Claims, What Law Claims // Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Alexy Robert / ed. by M. Klatt. New York : Oxford University Press, 2012. P. 29–44.
- Gardner J.* Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General. Oxford : Oxford University Press, 2012. 314 p.
- Gardner J.* Legal Positivism: 5½ Myths // The American Journal of Jurisprudence. 2001. Vol. 46. No. 1. P. 199–227.
- Giudice M.* Charting the Way for Modern Legal Positivism Through the Charter : Thesis. McMaster University, 2002. 87 p.
- Hart H. L. A., Cohen J.* Theory and Definition in Jurisprudence // Proceedings of the Aristotelian Society. Supplementary Volumes. 1955. Vol. 29 : Problems in Psychotherapy and Jurisprudence. P. 213–264.
- Hart H. L. A.* Legal Positivism and the Separation of Law and Morals // Harvard Law Review. 1958. Vol. 71. No. 4. P. 593–629.
- Leiter B.* Naturalizing Jurisprudence: Essays in American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy. Oxford : Oxford University Press, 2007. 287 p.
- Leiter B.* Realism, Hard Positivism, and Conceptual Analysis // Legal Theory. 1998. Vol. 4. No. 4. P. 533–547.
- Leiter B.* The Radicalism of Legal Positivism // National Lawyers' Guild Review. 2009. Vol. 66. P. 165–172.
- MacCormick N.* MacCormick on MacCormick // Law and Politics in Neil MacCormick's Theory of Law: The Post-Sovereign Constellation / ed. by A. J. Menendez, J. E. Fossum. Oslo : Arena, 2008. P. 11–19.
- Marmor A.* Deep Conventions // Philosophy and Phenomenological Research. 2007. Vol. 74. No. 3. P. 586–610.
- Marmor A.* Exclusive Legal Positivism // The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law / ed. by J. Coleman, S. Shapiro. Oxford : Oxford University Press, 2002. P. 104–124.
- Marmor A.* Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral // Oxford Journal of Legal Studies. 2006. Vol. 26. No. 4. P. 683–704.
- Marmor A.* Positive Law and Objective Values. Oxford : Clarendon Press, 2001. 200 p.
- Marmor A.* Social Conventions. From Language to Law. Princeton : Princeton University Press, 2009. 186 p.
- Postema G.* Legal Positivism: Early Foundations // The Routledge Companion to Philosophy of Law / ed. by A. Marmor. New York : Routledge, 2012. P. 31–48.

- Priel D. The Politics of Legal Theory Revisited // *Netherlands Journal of Legal Philosophy*. 2024. Vol. 53. No. 1. P. 8–36.
- Raz J. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. New York : Oxford University Press, 2001. 380 p.
- Raz J. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. New York : Oxford University Press. 1979. 292 p.
- Raz J. *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*. Oxford : Clarendon Press, 1980. 245 p.
- Raz J. *The Morality of Freedom*. New York : Oxford University Press, 1986. 448 p.
- Sebok A. J. *Legal Positivism in American Jurisprudence*. Cambridge : Cambridge University Press, 1998. 327 p.
- Shapiro S. Law, Morality, and the Guidance of Conduct // *Legal Theory*. 2000. Vol. 6. No. 2. P. 127–170.
- Shapiro S. *Legality*. Cambridge, Mass. : The Belknap Press, 2011. 472 p.
- Shapiro S. On Hart's Way Out // *Legal Theory*. 1998. Vol. 4. No. 4. P. 469–507.
- Shapiro S. *The Difference that Rules Make // Analyzing Law : New Essays in Legal Theory / ed. by B. Bix*. Oxford : Clarendon Press ; New York : Oxford University Press, 1998. P. 47–54.
- Tamanaha B. Z. The Contemporary Relevance of Legal Positivism // *Australian Journal of Legal Philosophy*. 2007. Vol. 32. P. 1–38. URL: <https://classic.austlii.edu.au/au/journals/AUJLegPhil/2007/10.pdf>.
- Waluchow W. Legal Positivism, Inclusive versus Exclusive // *Routledge Encyclopedia of Philosophy* (2001). URL: <http://www.rep.routledge.com.libaccess.lib.mcmaster.ca/article/T064>.
- Waluchow W. J. *Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism // Legal Theory*. 2000. Vol. 6. P. 45–81.

## REFERENCES

- Antonov MV. Exclusive Positivism and Argumentative Theory of Law: Towards a polemic between E.V. Bulygin and M. Atienza. *Izvestiya vysshih uchebnyh zavedenij. Pravovedenie*. 2010;1:226-237. (In Russ.).
- Austin J. *Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law*. 2 vols. Campbell R, (ed.). Bristol: Thoemmes Press; 2002.
- Coleman J, Leiter B. Legal Positivism. In: Patterson D, (ed.). *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell; 1996. P. 228–248.
- Cotterrell R. *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*. London: LexisNexis; 2003.
- Didikin AB. On the nature of the duty to comply with the law: Arguments of Joseph Raza's Exclusive Legal Positivism. *Pravo i Gosudarstvo [Law and State]*. 2022;4:19-35. (In Russ.).
- Dworkin R. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press; 1986.
- Dworkin R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press; 1978.
- Gardner J. How Law Claims, What Law Claims. In: Klatt M, (ed.). *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Alexy Robert*. New York: Oxford University press; 2012. P. 29–44.
- Gardner J. *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*. Oxford: Oxford University Press; 2012.
- Gardner J. Legal Positivism: 5½ Myths. *The American Journal of Jurisprudence*. 2001;46(1):199-227.
- Giudice M. *Charting the Way for Modern Legal Positivism Through the Charter*. Thesis. McMaster University; 2002.
- Hart HLA. *The Concept of Law*. Transl. from Engl. by Afonasina EV, Babaka MV, Didikina AB, Moiseeva S.V. St. Petersburg: St. Petersburg State University Publishing House; 2007. (In Russ.).
- Hart HLA. J. Cohen Theory and Definition in Jurisprudence. *The Aristotelian society*. 1955;29:213-264.
- Hart HLA. Legal Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*. 1958;71(4):593-629.
- Kasatkin SN. The main ideas of the «Postscript» by Herbert L.A. Hart. *Vestnik Samarskoy gumanitarnoy akademii. Seriya «Pravo»*. 2008;1:3-27. (In Russ.).
- Leiter B. *Naturalizing Jurisprudence: Essays in American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press; 2007.
- Leiter B. Realism, Hard Positivism, and Conceptual Analysis. *Legal Theory*. 1998;4(4):533-547.
- Leiter B. The Radicalism of Legal Positivism. *National Lawyers; Guild Review*. 2009;66:165-172.
- MacCormick N. MacCormick On MacCormick. In: Fossum JE, Menendez AJ, (eds.). *The post-sovereign constellation, Law and politics in Neil MacCormick's theory of law*. Oslo: Arena; 2008. P. 11–19.
- Marmor A. Deep Conventions. *Philosophy and Phenomenological Research*. 2007;74(3):586-610.

- Marmor A. Exclusive Legal Positivism. In: Coleman J, Shapiro S, (eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University press; 2002. P. 104–124.
- Marmor A. Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2006;26(4):683-704.
- Marmor A. *Positive Law and Objective Values*. Oxford: Clarendon Press; 2001.
- Marmor A. *Social Conventions. From Language to Law*. Princeton: Princeton University Press; 2009.
- Ogleznev VV. Herbert L.A. Hart and the formation of an analytical philosophy of law. Tomsk: Tomsk State University Publishing House; 2012. (In Russ.).
- Pishchulin AV. Modern legal positivism in the Anglo-Saxon legal family. *Vestnik Moskovskogo Universiteta. Seriya 11, Pravo*. 2010;4:98-107. (In Russ.).
- Postema G. Legal Positivism: Early Foundations. In: Marmor A, (ed.). *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge; 2012. P. 31–48.
- Priel D. The Politics of Legal Theory Revisited. *Netherlands Journal of Legal Philosophy*. 2024;53(1):8-36.
- Raz J. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. New York: Oxford University Press; 2001.
- Raz J. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. New York: Oxford University Press; 1979.
- Raz J. *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*. Oxford: Clarendon Press; 1980.
- Raz J. *The Morality of Freedom*. New York: Oxford University Press; 1986.
- Sebok AJ. *Legal Positivism in American Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press; 1998.
- Shapiro S. Law, Morality, and the Guidance of Conduct. *Legal Theory*. 2000;6(2):127-170.
- Shapiro S. *Legality*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press; 2011.
- Shapiro S. On Hart's Way Out. *Legal Theory*. 1998;4(4):469-507.
- Shapiro S. The Difference that Rules Make. *Analyzing law: New Essays in Legal Theory*. 1998;3347-54.
- Tamanaha BZ. The Contemporary Relevance of Legal Positivism. *Australian Journal of Legal Philosophy*. 2007;32:1-38. Available at: <https://classic.austlii.edu.au/au/journals/AUJLegPhil/2007/10.pdf> [Accessed 07.04.2025].
- Waluchow WJ. Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism. *Legal Theory*. 2000;6:45-81.
- Waluchow WJ. Legal Positivism, Inclusive versus Exclusive. *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, 2001. Available at: <http://www.rep.routledge.com.libaccess.lib.mcmaster.ca/article/T064> [Accessed 07.04.2025].

---

### ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

**Горбунов Максим Дмитриевич**, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры теории и истории государства и права Национального исследовательского Нижегородского государственного университета имени Н.И. Лобачевского  
д. 23, Гагарина пр., г. Нижний Новгород 603022, Российская Федерация  
[maxandgor@gmail.com](mailto:maxandgor@gmail.com)

---

### INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Maxim D. Gorbunov**, Cand. Sci. (Law), Senior Lecturer, Department of Theory and History of State and Law, Lobachevsky State University of Nizhny Novgorod, Nizhny Novgorod, Russian Federation  
[maxandgor@gmail.com](mailto:maxandgor@gmail.com)

*Материал поступил в редакцию 9 апреля 2025 г.  
Статья получена после рецензирования 19 мая 2025 г.  
Принята к печати 15 мая 2026 г.*

*Received 09.04.2025.  
Revised 19.05.2025.  
Accepted 15.05.2026.*