ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ АВТОНОМНОЕ
ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
«НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ТОМСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»

В.В. ОГЛЕЗНЕВ, В.А. СУРОВЦЕВ

АНАЛИТИЧЕСКАЯ ФИЛОСОФИЯ,
ЮРИДИЧЕСКИЙ ЯЗЫК
И ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

Издательство Томского университета
2016

УДК 340.124
ББК 87.3
О 37

Оглезнев В.В., Суровцев В.А.

О 37 Аналитическая философия, юридический язык и философия права. – Томск: Изд-во Том. ун-та, 2016. – 236 с.

ISBN 978-5-7511-2380-2
DOI 10.17223/978-5-7511-2380-2

Современная аналитическая философия права представляет собой сравнительно новое направление в исследованиях традиционных проблем юридической теории. В монографии ставится задача исследования сути концептуальных изменений, которые явились следствием воздействия на философию права англоязычной аналитической философии. Основные рассматриваемые вопросы: Какое новое содержание в традиционную философию права привнесли аналитические методы исследования юридического языка? Как соотносится аналитическая философия права с традиционными подходами к юридической теории? Насколько эффективно новые методы применимы к традиционным вопросам философии права?

В приложении приведены переводы некоторых ключевых текстов представителей аналитической философии права.

Для философов, юристов, лингвистов и всех интересующихся проблемами современной философии языка.

**УДК 340.124
ББК 87.3**

*Исследование выполнено при поддержке Программы
«Научный фонд им. Д.И. Менделеева
Томского государственного университета» в 2015 г.
и Совета по грантам Президента РФ
(проект № МК-2149.2014.6)*

ISBN 978-5-7511-2380-2

© Оглезнев В.В., Суровцев В.А., 2016

TOMSK STATE UNIVERSITY

VITALY V. OGLEZNEV
& VALERIY A. SUROVTSEV

ANALYTICAL PHILOSOPHY,
LEGAL LANGUAGE
AND PHILOSOPHY OF LAW

Tomsk State University Publishing House,
2016

Vitaly V. Ogleznev & Valeriy A. Surovtsev

Analytical philosophy, legal language and philosophy of law. – Tomsk:
Tomsk State University Publishing House, 2016. – 236 p.

ISBN 978-5-7511-2380-2

DOI 10.17223/978-5-7511-2380-2

Contemporary analytical philosophy of law is a relatively new trend in legal theory studies. The purpose of the book is to find out the essence of conceptual changes of legal theory under the influence of English-language analytical philosophy. The general issues of that book are: What novel content appears in legal theory thanks to the analytical methods of legal language studies? How does analytical philosophy correlate with conventional approaches to the legal theory? To what extent are these novel methods applicable to the traditional issues of philosophy of law?

The translations of some key publications in the field of analytical philosophy of law are presented in the addendum.

Readership: Academics and advanced students of jurisprudence and the philosophy of law; philosophers of language; academics and advanced students of philosophy.

ОГЛАВЛЕНИЕ

Предисловие (Оглезнев В.В., Суровцев В.А.)	7
1. Аналитическая философия: проблемы и методы.....	13
1.1. Аналитическая философия: всеобщее и нюанс (Суровцев В.А.).....	13
1.2. О методах аналитической философии (Суровцев В.А.).....	24
1.3. Определение <i>per genus proximum et differentiam specificam</i> и юридический язык (Оглезнев В.В., Суровцев В.А.).....	31
2. Юридический язык и речевые акты	46
2.1. Правила, юридический язык и речевые акты (Оглезнев В.В., Суровцев В.А.).....	46
2.2. Отменяемость и юридический язык: в защиту Г. Харта (Оглезнев В.В.).....	57
2.3. Г. Харт <i>versus</i> Дж. Питчер: историко-философская реконструкция критических аргументов (Оглезнев В.В.).....	67
2.4. Проблема Фреге – Гича и аскриптивные высказывания (Оглезнев В.В.).....	74
3. Аналитическая философия права: перспективы развития.....	88
3.1. Аналитическая философия права: юридический язык как предмет исследования (Оглезнев В.В., Суровцев В.А.).....	88
3.2. Концептуальный анализ в философии права: границы применимости (Оглезнев В.В.).....	105
3.3. Намерение, действие, ответственность (Оглезнев В.В.).....	115
4. Правовой реализм и аналитическая философия права.....	126
4.1. Аналитическая философия права Г. Харта и правовой реализм (Оглезнев В.В., Суровцев В.А.).....	126
4.2. Брайан Бикс и аналитическая философия права в Америке (Оглезнев В.В., Суровцев В.А.).....	142

5. Дедуктивные основания построения правовых систем	148
5.1. Проблема верификации конституционных норм (Оглеzneв В.В., Суровцев В.А.)	148
5.2. Конституция как аксиоматическая система (Оглеzneв В.В., Суровцев В.А.).....	166
Приложение:	178
1. <i>Боденхаймер Э.</i> Современная аналитическая юриспруденция и границы ее полезности.....	178
2. <i>Харт Г.</i> Аналитическая юриспруденция в середине XX столетия: ответ профессору Боденхаймеру	186
3. <i>Харт Г.</i> Философия права и юриспруденция в Великобритании (1945–1952).....	213
4. <i>Бикс Б.</i> О философии в американском праве: аналитическая философия права.....	226

ПРЕДИСЛОВИЕ

Издание представляет собой сборник ранее опубликованных статей и переводов, в которых рассматривались вынесенные на его обложку и близкие им проблемы. Их объединение в основном определяла задача ответить на вопросы: Какое влияние оказала аналитическая философия на изменение концептуального содержания современной философии права? Какие трансформации в результате этого претерпела сама философия права? Как изменился предмет ее исследования? Насколько эффективными оказались эти изменения для дальнейшего развития философии права?

В середине XX века многие философы обратили свое внимание на темы, имеющие особое значение для юриспруденции. Система права с ее избытком понятий и методами их разъяснения оказалась своеобразной испытательной площадкой, на которой можно было проверить, уточнить и обосновать определенные философские аргументы¹. В частности, понятие «правило» и логические особенности выражений, требующих или использующих правила, стали частыми темами философских дискуссий. Оказалось, что результаты работы таких аналитических философов, как Л. Витгенштейн, Г. Райл, П.Ф. Стросон, Г.Э. Энском, П. Гич и др., довольно детально исследовавших понятие «действие», значимы и применимы для прояснения таких понятий, как «намерение», «мотив» и «ответственность», — понятий, часто используемых в теории и философии права, а анализ того, как функционируют имена и дескрипции, проведенный Г. Фреге и Б. Расселом, релевантен юридическим проблемам, связанным с толкованием права. К тому же осознание того, что одно высказывание или правило может относиться к другому высказыванию или правилу многими различными способами, обеспечило основание для лучшего понимания как структуры, так и взаимосвязи правовых систем и отношений между правовыми и моральными

¹ Hall J. Analytic Philosophy and Jurisprudence // Ethics. 1966. Vol. 77, № 1. P. 14.

нормами. Наконец, интерес к типам аргументации, которые, как в праве, могут быть разумными, не будучи при этом внутренне согласованными, и к таким способам рассуждений, в которых применяются понятия, не поддающиеся строгим определениям, но имеющие «открытую текстуру», содействовал избавлению от представления, что понятие аргументации полностью исчерпывается дедуктивным доказательством².

Внимание к языку права, анализу структуры и логики правовых норм, анализу содержания нормативного предписания обусловило становление и развитие аналитической философии права, изначально понимаемой в качестве специфического направления самой аналитической философии, а затем в качестве особого подхода в рамках философии права и, наконец, в качестве уважаемой и вполне самостоятельной научной отрасли.

Таким образом, ко второй половине XX века под влиянием аналитической философии (философии логического и лингвистического анализа) правовые позитивистские воззрения подверглись значительному усовершенствованию, что наиболее явно находит свое отражение в положениях «аналитической философии права»³. Г.Л.А. Харт, один из основателей аналитической философии права⁴, так определил ее предметную область: «Современная [аналитическая] философия не только занимается проблемами обыденного языка, но и *говорит* на нем; и теперь между двумя этими науками [аналитическая философия и юриспруденция] больше не существует барьера из метафизического жаргона технических терминов»⁵. Результат этих изменений относительно того, чем занимается и должна заниматься современная аналитическая философия права, мы находим у одного из ее наиболее авторитетных современных представителей Б. Бикса, который отмечает, что «несмотря на то, что ‘анализ’ – это термин, включающий как нахождение необходимых и достаточных условий, так и разумное объяснение практических вопросов, предметом изучения аналитической философии права является сущность права и правовых понятий. Аналитическая фи-

² Hart H.L.A. *Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945–1952)* // *The American Journal of Comparative Law*. 1953. Vol. 2, № 3. P. 364. (Здесь и далее цит. по англоязычному изданию). См. перевод на русский язык в «Приложении».

³ Дидикин А.Б. Формирование аналитической традиции в современной философии права // *Schole. Философское антиковедение и классическая традиция*. 2010. № 4. С. 149–165.

⁴ См.: Оглезнев В.В. Г.Л.А. Харт и формирование аналитической философии права. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2012.

⁵ Hart H.L.A. *Op. cit.* 1953. P. 357–358.

лософия права является частью аналитической традиции в философии и тесно связана с ней – с традицией, что доминировала в англоязычной философии на протяжении прошлого столетия»⁶.

Исследование юридического языка неизбежно связано с вопросом о сущности права, но всякий раз, когда затрагиваются проблемы языка, наибольшие сложности вызывают вопросы семантики, т.е. вопросы о значении и смысле тех слов, в которых выражаются юридические понятия⁷. Вопросы эти не так просты, как может показаться на первый взгляд. И вот почему. Язык права в основном использует слова и выражения, имеющие широкое хождение в рамках обычного языка, но, очевидно, связывает с ними не то весьма широкое содержание, которое предполагается обычным словоупотреблением. Фиксация особого юридического содержания терминов в рамках четко определенного юридического дискурса всегда являлась одной из задач юриспруденции в сфере четкого определения юридических понятий. Однако требование четкого определения вкупе с частой размытостью словоупотребления всегда вызывали серьезные проблемы. И в этом отношении язык был и остается проблемой, с которой право сталкивается всякий раз, когда стремится к точной экспликации правовых понятий и норм. Поскольку язык, в котором выражены нормы (а нормы выражаются, прежде всего, в языке повседневного общения), во многих случаях эквивокативен, это порождает двусмысленность интерпретации входящих в них терминов. С другой стороны, юридический язык – это всегда подсистема языка повседневного общения, следовательно, он также эквивокативен, поэтому проблема адекватного выражения правовых норм была и остается крайне актуальной для юридической науки.

Интерес к логической и лингвистической стороне права, несомненно, является результатом влияния аналитической философии XX века. Аналитическое изучение правовых концептов, исследование огромного словарного запаса юриспруденции средствами философии языка, наряду с историческими и социологическими исследованиями, сыграли важную методологическую роль в понимании природы права, что в полной мере отразилось на спецификации

⁶ *Bix B.* On Philosophy in American Law: Analytical Legal Philosophy / On Philosophy in American Law, ed. Francis J. Mootz III. Cambridge University Press, 2009. P. 99. (Здесь и далее цит. по англоязычному изданию). См. перевод на русский язык в приложении к данному изданию.

⁷ *Лезов С.В.* Юридические понятия и язык права в современных зарубежных исследованиях (научно-аналитический обзор). М., 1986. С. 7.

предметной области аналитической философии права. Ее предметом становятся не вопросы выяснения сущности юридических фактов как условий возникновения правоотношений, но проблемы обнаружения специфических языковых структур, которые мы квалифицируем как относящиеся к системе права. И это, надо сказать, весьма интересная позиция, поскольку впервые во главу угла ставятся не споры о природе правовых институтов, а о семантике тех выражений, в которых эти институты описываются.

Таким образом, расположение материалов по разделам соответствует общей логике исследования: показать, в чем конкретно состоит влияние аналитической философии на изменение предметной области современной философии права.

В первом разделе «Аналитическая философия: проблемы и методы» дается краткая экспозиция методологической специфики самой аналитической философии, а также эксплицируется контекст, в рамках которого могут быть решены проблемы аналитической философии права. Отдельное внимание уделяется использованию метода определения *per genus proximum et differentiam specificam* в философии права и юридическом языке, обуславливая тем самым содержание последующих разделов.

Во втором разделе «Юридический язык и речевые акты» рассматривается приложение основных положений теории речевых актов к философско-правовой проблематике, оценивается эффективность применения методологии философии языка в исследовании юридического языка. В частности, показано, что предложенная нами теория аскриптивного юридического языка позволяет решить известную в философии логико-лингвистическую проблему, так называемую проблему Фреге — Гича.

В третьем разделе «Аналитическая философия права: перспективы развития» описываются предметное поле и методологические особенности философии права, сформировавшиеся под влиянием аналитической философии. Основная тема здесь — изменение образа философии права. Современная философия права значительно отличается от того, что под этим названием понималось в классической немецкой философии или классическом позитивизме XIX века.

В четвертом разделе «Правовой реализм и аналитическая философия права» рассматриваются соотношения старых и новых подходов относительно предмета философии права. Здесь речь в основном идет о соотношении социологических и психологических

подходов к праву, с одной стороны, и анализа языка права – с другой. Коллизия, касающаяся анализа правовых фактов и языка, на котором выражены эти факты, является в этом разделе определяющей. По сути дела, вопросы касаются того, чем действительно должна заниматься философия права и насколько важны проблемы правильного использования юридического языка. Эта коллизия относится к различному пониманию предмета философии права в разных традициях исследования философии права. Различия правового реализма и аналитической философии права здесь являются наиболее характерным примером.

В пятом разделе «Дедуктивные основания правовых систем» дается оценка использованию концептуальных наработок аналитической философии права в разных видах юридического дискурса, например в конституционном праве. Предлагается трактовка системы конституционного права как системы неявных определений, аналогичной аксиоматическим системам дедуктивных наук, задающей содержание основных юридических понятий, на которых базируется правовая система в целом.

В приложение для удобства читателя включены в переводе на русский язык наиболее показательные тексты по аналитической философии права, которые использовались при написании данной работы. Здесь представлен обзор дискуссии между английским философом права Г.Л.А. Хартом и представителем американского правового реализма Э. Боденхаймером, нашедшей отражение в статьях «Современная аналитическая юриспруденция и границы ее полезности» и «Аналитическая юриспруденция в середине XX века: ответ профессору Боденхаймеру», а также статья Г.Л.А. Харта «Философия права и юриспруденция в Великобритании (1945–1952)». Включена в приложение и статья современного американского философа права Б. Бикса «О философии в американском праве: аналитическая философия права», посвященная истории развития правового реализма и философии права в Америке.

Некоторые тексты нашей книги отчасти повторяют друг друга, это связано только с тем, что, во-первых, повтором мы хотели донести до возможных читателей наши идеи как можно точнее, во-вторых, повторение идей способствует и собственному лучшему их пониманию. И, наконец, очень сложно переписывать тексты, которые уже сложились в единый контекст.

Представленные здесь тексты были ранее опубликованы в журналах «Вопросы философии», «Философия науки», «Вестник Новосибирского государственного университета. Серия: Философия», «Эпистемология и философия науки», «Известия высших учебных заведений. Правоведение», «Журнал российского права», «Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология», «Конституционное и муниципальное право», «ΣΧΟΛΗ (Scholae). Философское антиковедение и классическая традиция». Отдельно благодарим редакторов этих журналов за разрешение опубликовать эти тексты, объединив их под одной обложкой.

*В.В. Оглезнев
В.А. Суровцев
Октябрь 2015 г.
г. Томск*

1. Аналитическая философия: проблемы и методы

1.1. Аналитическая философия: всеобщее и нюанс

(Суровцев В.А.)

Аналитическая философия – это не просто одна из философских систем. Это совокупность многообразных течений в рамках современной англоязычной философии, и определить эти течения в ракурсе одного направления весьма непросто. Дело это, видимо, бесперспективное, поскольку многочисленные попытки практически безуспешны. Согласия как не было, так и нет: что такое аналитическая философия как четко определенное понятие – вопрос до сих пор не решенный. Тем более, в современных дискуссиях речь уже идет не просто об аналитической философии, но и о постаналитической философии.

Можно сказать, что аналитическая философия, если использовать термин Л. Витгенштейна, – это ряд предприятий, обладающих некоторым «семейным сходством». И это семейное сходство определяется по ряду параметров, которые текучи и изменчивы ввиду исторической изменчивости приоритетов в рамках философских предприятий самого аналитического движения. Поэтому выделение параметров, по каким тот или иной текст характеризуется как принадлежащий аналитической традиции, грешит либо слишком большой степенью общности, либо, наоборот, слишком заужено. В последнем случае под аналитической философией понимают то, что более или менее соответствует тому, что делают Б. Рассел, Дж.Э. Мур, Л. Витгенштейн или У. Куайн.

Тем не менее я выделяю параметры, по которым аналитическая философия обычно определяется как особое философское направление, которое рассматривается как главенствующее в современной западной философии. При этом я дам некоторые оценки, возможно небесспорные, рецепции аналитической философии в России.

Дискуссионным остается вопрос о параметрах, допускающих объединение разных разветвлений аналитической философии под

одним названием и позволяющих рассматривать их пусть как различные, но все же принадлежащие к одной и той же философской традиции. Эти параметры задают «семейное сходство» определенных текстов, которое, как правило, определяется топически, генетически, тематически и методически.

Самым простым, по-видимому, является топический параметр. Обычно аналитическую философию связывают с англоязычными странами в противовес феноменологии, экзистенциализму и структурализму, которые преобладают в континентальной Европе. Такая расстановка сил достаточно характерна для второй половины XX и начала XXI в. Действительно, подавляющее большинство текстов аналитической философии написаны на английском языке, и подавляющее большинство англо-американских философских текстов являются аналитическими.

Однако так было не всегда. Первоначально аналитическая философия складывалась отнюдь не как англо-американская философия, это была, прежде всего и по преимуществу, континентальная философия. Философы, которые считаются провозвестниками аналитической философии в XIX в., – а это создатель современной символической логики Г. Фреге, один из основоположников феноменологии Ф. Brentano, предвестник современной научной методологии Б. Больцано, – не были англичанами, но в их трудах уже прослеживаются все основные темы, характерные для аналитической философии. Кроме этого источника, в становлении аналитической философии определяющую роль играл ряд интеллектуальных движений континентальной Европы, характерных для 20–30-х гг. прошлого века. Здесь значительный вклад в аналитическое движение до Второй мировой войны был сделан австрийскими, немецкими и польскими философами (имеются в виду ранний Витгенштейн, Венский кружок, Берлинское общество научной философии, Львовско-Варшавская школа).

В Великобритании же первые три десятилетия прошлого века аналитическую философию, по сути дела, представляли всего два человека, это Б. Рассел и Дж.Э. Мур, к которым в 1920-х годах присоединился Ф.П. Рамсей. О широком распространении аналитической философии в Великобритании можно говорить лишь с 1930-х годов, когда в Кембридж приехал работать Л. Витгенштейн, а в Оксфорд из Вены вернулся А. Айер, который принес идеи логического позитивизма на английскую почву.

Развитие аналитической философии на континенте было прервано в связи с известными событиями мировой истории. Идеология тоталитарных режимов диктатуры пролетариата и фашизма была несовместима с принципами здравого смысла, на котором основывалась аналитическая философия. После аншлюса Австрии, а затем захвата и раздела Польши никакой Венский кружок и никакая Львовско-Варшавская школа существовать, конечно, не могли. Здравый смысл был принесен в жертву почвеннической и социально ангажированной философии.

В США широкое распространение аналитическая философия получает только после Второй мировой войны, что было связано с деятельностью эмигрировавших в Северную Америку представителей Венского кружка и Львовско-Варшавской школы.

Следует отметить, что в последние десятилетия искусственно прерванное развитие аналитической философии в континентальной Европе преодолевается. Приведу несколько примеров. Институт Венского кружка в Австрии и издательство *Logos Verlag* в Берлине книжными сериями *Logische Philosophie* и *Wissenschaft Philosophie* восстанавливают высокие научные требования Венского кружка и Берлинского общества научной философии к решению философских проблем. Такие международные журналы, издаваемые в континентальной Европе, как *Dialectica* и *Metaphysica*, по характеру публикуемых материалов также являются аналитическими. Еще пример. В 2003 г. широко отмечалось столетие со дня рождения известного английского аналитика Ф.П. Рамсея. Интересно, что опубликованные материалы конференций, проведенных в связи с этой датой, представлены в основном философами континентальной Европы. Даже во Франции, современная философская традиция которой наиболее резко противопоставляется англо-американской, в Сорбонне в курсе логики рекомендован к обязательному изучению «Логико-философский трактат» Витгенштейна.

В отношении приведенных примеров следует уточнить англо-американский характер аналитической философии. Да, аналитическая философия – это англоязычная философия в том смысле, что большинство ее текстов написано на английском языке, но это не означает, что она англо-американская. К аналитической философии следует причислить и философов Австралии и в значительной степени философов Южной Америки. Большинство «толстых» философских журналов в мире, если не считать узкоспециальных, созна-

тельно ориентированы на аналитическую философию, а значительная часть философов являются приверженцами аналитической философии, а не сторонниками континентальной, русской или какой-то другой национальной философии.

Крайне интересен вопрос о рецепции аналитической философии в России. До революции об этом процессе сложно судить, поскольку сама аналитическая философия находилась в процессе становления. Можно констатировать, что некоторые работы ее представителей (например, Б. Рассела) были опубликованы еще до Первой мировой войны. Хотя в силу специфической тематики тем, кто занимался русской идеей, проблемами софиологии и т.п., вряд ли они были широко известны. После революции ни о какой рецепции речи идти не могло. Марксистская идеология не терпела конкуренции. Разработка научной методологии в стиле ранней аналитической философии в России превратилась в весьма странный процесс. Тогда как научная философия на Западе усиленно разрабатывала принципы методологии, которые могли служить инструментарием, помогающим решению конкретных научных проблем, в России в соответствии с установками классика марксизма (В.И. Ленин) «наука лежала в родах, она рожала диалектический материализм».

О серьезном освоении аналитической философии в России можно говорить только с 60-х годов прошлого века. Но и здесь не все так просто. Аналитическая философия пришла в Россию как критика логического позитивизма Венского кружка, который к этому времени не только давно перестал существовать, но и его представители, перебравшиеся в Америку, существенно изменили свои взгляды. Эта критика привела к возникновению своеобразной интеллектуальной ситуации.

Понятно, что в силу идеологических запретов рецептировать буквально идеи логического позитивизма даже в реформированном виде было невозможно. Это касалось не только содержательных идей, но и достаточно нейтральных методологий, таких как логический анализ языка, поскольку единственной научной методологией оставался диалектический материализм. Но современная символическая логика, которой пользовались логические позитивисты, не только не была под запретом, ее успешно разрабатывали отечественные математики. И в России возникла сильная школа философской логики. Однако построения логиков носили технический характер, так что человеку, не знакомому с методами современной логики, они зачастую были непонятны. Логика как техника – это само по себе непло-

хо. Она даже может служить средством идеологического эскапизма. Очень трудно осуществлять цензуру, когда не понимаешь, что скрывается за последовательностью символов.

Нельзя сказать, что рецепция ограничивалась только логическим позитивизмом. Об этом свидетельствуют квалифицированные обзоры англо-американской философии отечественными философами-марксистами. Однако в силу идеологической ангажированности, поскольку аналитическая философия подавалась под соусом критики буржуазной философии, адекватного представления эти обзоры дать не могли. Были, конечно, и отдельные подвижники, пытавшиеся провести идеи аналитических философов в наше общественное сознание.

Ситуация изменилась с возникновением так называемого постпозитивизма (имеются в виду концепции Т. Куна, И. Лакатоса, П. Фейерабенда). Критиковать идеи ранней аналитической философии с точки зрения диалектического материализма весьма непросто, хотя бы в силу различия принимаемых методологических установок. Но постпозитивисты предложили критику с точки зрения социологии и истории науки. Такой ход критики (хоть он и сильно отличался от диалектического материализма, поскольку последний основывал свою критику на весьма туманных принципах восхождения от абстрактного к конкретному, перехода от количественных изменений к качественным и т.п.) нашей философской общественности был близок и идеологически допустим, поскольку акцентировал внимание на исторической изменчивости форм общественного сознания. В результате аналитическая философия прижилась в нашей стране в двух крайних формах: а) сильная школа философской логики с упором на логическую технику; в) методология науки в стиле постпозитивизма.

Перестройка второй половины 1980-х годов сняла идеологические запреты. Появились не просто квалифицированные обзоры, но переводы и исследования. Однако аналитическая философия в России упорно не приживается. Сравнение количества переводных текстов и исследований по аналитической философии и континентальной философии за два последних десятилетия показывает, что речь идет даже не о паритете. Количество текстов в стиле континентальной или русской философии, во много раз превосходит число текстов, под которыми могли бы подписаться представители аналитической философии. Причины этой ситуации обсуждать не буду. Вероятно, у многих отечественных философов стремление оперировать

эффектными метафорами, за коими не стоят отчетливо мыслимые понятия, содержание которых можно проанализировать и представить в виде последовательной системы, перевешивает тягу к здравому смыслу. Отмечу, однако, что здравый смысл и идеология – вещи несовместимые.

От топического параметра перейду к генетическому. В характеристике аналитической философии как англо-американской часто пытаются увидеть генетическую преемственность, поскольку многие темы аналитической философии заданы классическим английским эмпиризмом. Это утверждение хоть и верно в некотором отношении, но в своей общности крайне сомнительно, поскольку, как считают сами представители аналитической философии, у истоков аналитического движения стояли не только Т. Гоббс, Д. Локк, Д. Беркли, Д. Юм, но и Аристотель, Платон, средневековая схоластика, Р. Декарт, Г. Лейбниц, И. Кант и др.

В качестве примера возьмем Аристотеля. Дело даже не в «Органоне», который служит первым образцом логического анализа, где была представлена более-менее строгая дедуктивная теория. Действительно, построенные в «Первой аналитике» ассерторическая и модальные силлогистики вполне служат примером принятых в аналитической философии логических методов. Но обратимся к «Метафизике». Большая часть «Метафизики» посвящена анализу понятий, и этот анализ мало чем отличается от концептуального анализа Мура, который призван выявить, что подразумевается под тем или иным выражением. Во всяком случае, концептуальные анализы «Метафизики» выглядят более соответствующими рассуждениям представителей современной аналитической философии, чем рассуждения Беркли о Боге или Юма о морали.

В обоснование размытости генетического параметра приведем и тот пример, что признанные лидеры англоязычной аналитической философии Б. Рассел и Дж.Э. Мур свои первые работы посвятили анализу философских взглядов отнюдь не английских эмпириков, а Лейбницу и Канту. Но при таком раскладе границы генетической преемственности полностью размываются. Что тогда можно сказать об Э. Гуссерле, основоположнике феноменологического движения, одним из основных источников которого, если следовать его второму тому «Логических исследований», как раз и был английский эмпиризм XVIII в. Видимо, генетический источник аналитической философии нужно искать гораздо ближе.

В качестве такового я указал бы на пионерские работы немецкого математика и философа Г. Фреге, в которых создавалась новая система логики, на исследования Б. Рассела, где достижения новой логики применялись к анализу онтологических и эпистемологических представлений, на критические работы Дж.Э. Мура, в которых традиционные философские взгляды рассматривались с точки зрения обыденного словоупотребления, и на взгляды раннего Л. Витгенштейна, где проблема демаркации научного и вненаучного знания понималась как проблема установления границ осмысленности языка. Практически все ходы мысли достаточно разнородных ответвлений аналитической философии можно *a posteriori* обнаружить у этих авторов. Однако и сами они возникли не на пустом месте. Действительно, многие идеи Фреге, Рассела, Мура, Витгенштейна своим источником имеют те взгляды мировой философии, где во главу угла ставились точность и обоснованность хода доказательства, а основным принципом верифицируемости выдвигаемых теорий выступала очевидность, в той или иной мере соответствующая корреспондентской теории истины.

Быть может, эта преемственность не всегда была осознанной. Это, прежде всего, касается аналитической философии между двумя мировыми войнами, особенно в ее континентальной версии. И действительно, аналитическая философия редко обращает внимание на историческую филиацию идей, что, кстати, послужило источником обвинения аналитической философии в аисторичности, в игнорировании истории философии. Однако это не совсем так. Вернее, совсем не так. Я напомним лишь о лучшей, по общему признанию, книге по истории философии, написанной в XX в., автором которой был не кто иной, как Рассел (см. его «Историю западной философии»). С традицией большинство представителей аналитической философии было знакомо и знакомо весьма неплохо. Здесь важно отметить характерное для англоязычной академической философии, что, к сожалению, отсутствует в философии отечественной, — наличие двух различных подходов к осмыслению наследия прошлого. При исследовании, интерпретации и переводах авторов прошлого, даже и не слишком отдаленного, в аналитической философии принято различать то, что называют *history of ideas*, и то, что называют *history of philosophy*. Различие связано с тем, что первая ставит перед собой задачу наиболее адекватной интерпретации взглядов или текстов философов, их вписывание в исторический и культурный контекст,

отслеживание филиации идей, тогда как вторая нацелена на то, что можно было бы назвать имманентной реконструкцией философской идеи, заложенной в исходный текст или систему.

Второй подход не предполагает исследование культурного и исторического контекста, скорее он в определенной степени пытается от него абстрагироваться, не особо заботясь об аутентичности избранного метода интерпретации. Наоборот, при таком подходе применяются средства, разработанные в рамках современных способов анализа. В этом смысле, например, средствами современной философской логики и философии математики вполне можно исследовать внутренний потенциал Аристотеля или классического английского эмпиризма.

Предпочтение истории философии в указанном выше смысле истории идей привело к тому, что аналитическую философию часто обвиняют в неверной, натянутой интерпретации тех или иных идей. Но здесь следует заметить, что такой подход превращает историю философии в живой, действующий организм, а не в доксографию. И это несомненное достоинство аналитической философии. Во всяком случае, это лучше, чем феноменология Гуссерля, хотя бы в том отношении, что здесь мнения прошлого не заключаются в скобки, как будто их не было.

Заметим, что при всей достаточной условности различия истории философии и истории идей в отечественной философской традиции оно отсутствует вообще. Отечественная история философии в большей степени соответствует тому, что выше обозначено как история идей, а попытки модернизации часто приводят к обвинениям со стороны историков философии в неверной интерпретации, хотя новые методы используются лишь как средство, раскрывающее внутренний потенциал той или иной философской системы. Стремление к аутентичности иногда приводит и к курьезам. Так, мне приходилось слышать сетования отечественных логиков на то, что логические сочинения Аристотеля гораздо более понятны в английской версии, чем в переводе на русский язык.

Перейду к тематическому своеобразиею. Несмотря на сходство с классической постановкой вопросов, основоположники аналитической философии изменили угол зрения на философские проблемы, которые отныне начинают рассматриваться как проблемы употребления языка. Данный ход мысли, получивший наименование лингвистического поворота, определяет образ действий всей аналитиче-

ской философии. Аналитическое движение характеризуется многообразием онтологических и эпистемологических представлений, лежащих в основании ее достаточно разных ответвлений. В рамках аналитической философии можно найти все что угодно, например, платонизм (лингвистический платонизм Г. Фреге), эмпиризм (логический эмпиризм Венского кружка), метафизику (дескриптивная метафизика П. Строссона), натурализм (натурализованная эпистемология У. Куайна), прагматизм (аналитические концепции значения Д. Дэвидсона и С. Крипке), реализм (внутренний реализм Х. Патнема), холизм (онтологическая относительность У. Куайна) и т.д. Я думаю, что в аналитической философии можно встретить все измы, которые уже выделены или будут выделены в рамках историко-философского процесса. Отмечу, однако, что в рамках аналитической философии можно найти все, что угодно, но не все, что попало. Аналитическую философию объединяет общий методологический мотив. Этот мотив, который можно обозначить как исследование различных языковых практик, берет свое начало в работах Фреге, поставившего задачу исследования практики логического вывода в языке математики, и находит свое полное воплощение во взглядах раннего Витгенштейна, который в своем «Логико-философском трактате» ставит проблему выяснения условий возможности языковой практики как таковой. Именно этот методологический мотив сказался на тематическом своеобразии. В аналитической философии главное внимание уделяется двум темам: во-первых, исследованию роли языка в мышлении и коммуникации и, в частности, проблеме того, каким образом обеспечивается значение языковых выражений; во-вторых, изучению логики исследования и методологии познания настолько, насколько они должны иметь дело с оценкой различных техник и условий достижения истинных убеждений и обоснованных утверждений.

Эти две темы не только считаются отличительными. С позиции этих тем рассматривается и само развитие аналитической философии как их более или менее последовательная реализация. Во-первых, провозвестники в лице Б. Больцано, Г. Фреге, Ф. Brentano; во-вторых, бунт Б. Рассела и Дж. Э. Мура против объективного идеализма гегельянского типа и разработка методов концептуального анализа философской терминологии и философских утверждений; в-третьих, ранний Витгенштейн с его идеей границ осмысленности языка как такового; в-четвертых, Венский кружок с его апелляцией к

здравому смыслу на почве науки; в-пятых, трансформация идей Венского кружка на почве американского прагматизма; затем поздний Витгенштейн с его идеей значения как употребления; затем реализация этих идей в различных концепциях значения и т.д.; и, наконец, то, что призывают называть постаналитической философией, указывая, что современная англо-американская философия учитывает и онтологические, и эпистемологические предпосылки, и социальную обусловленность теоретического знания.

Замечу, что постаналитическая философия по характеру тематики и применяемым методам ничем не отличается от аналитической философии. Это различие значимо скорее для отечественных исследователей, которые до сих пор отождествляют аналитическую философию с логическим эмпиризмом Венского кружка и примыкающим к нему течением. Но аналитическую философию нельзя отождествлять с логическим позитивизмом, это лишь одно из направлений аналитической философии, которое, выполнив свою роль, давно закончило существование. Современная аналитическая философия сохраняет темы, при этом, быть может, жертвуя исходными эмпиристскими установками, но сохраняя общий тематический дух. Весьма прискорбно, что аналитическая философия в России, как можно судить по многочисленным учебникам, до сих пор так и отождествляется с тем, чего давно уже нет.

Наконец, методический параметр. В качестве отличительной черты аналитической философии часто указывают на ее особое внимание к средствам самого философствования. Эта черта связана с философским рассмотрением источников формальной логики в ее современных формах и особыми способами, в которых эти источники могут быть применены к решению философских проблем. При этом главное – в доказательности результата, т.е. в достоверности процесса аргументации с вниманием к тонкостям процедуры доказательства того или иного тезиса.

Тематические и методические параметры мне хотелось бы рассмотреть с двух сторон. С одной стороны, приверженцами аналитической философии они считаются только ей присущими достоинствами. С другой стороны, с точки зрения критиков аналитической философии, они порождают ряд недостатков.

Обратимся к тематическим параметрам. Конечно, аналитическая философия уделяет им особое внимание. Но они являются признаком любой достойной философии, быть может и континентальной.

Когда Гегель говорит, что философия – это тяжелая работа с понятием, имеет ли он в виду концептуальный анализ в стиле Рассела или Мура? Очевидно, нет. Но должны ли мы сделать отсюда вывод, что его работа ничего не проясняет в понятиях? Должны ли мы сделать вывод, что ничего не проясняет в понятиях экзистенциальная аналитика М. Хайдеггера? Конечно, это не анализ в духе аналитической философии. Но сводится ли понимание исключительно к логической структуре понятия, или оно затрагивает что-то еще. Я уже не говорю о практиках дискурсивного анализа континентальной философии типа структурализма или герменевтики.

Или возьмем методизм. Внимание к средствам самого философствования есть уже у Сократа. Майевтика была не только методом, но и существенно определяла содержание его системы. Во многих случаях с рассуждения о методе философствования начиналось построение самой философской системы, и Декарт здесь не единственный пример. То же самое касается доказательности. Доказательность специфична, но разве ее нет у Платона в «Пармениде», у Гегеля в «Науке логики», у Канта в «Критике чистого разума»? Конечно, трансцендентальная дедукция Канта или диалектика Гегеля не соответствуют критериям доказательства, принятым в аналитической философии, но разве они менее убедительны? И примеры можно множить.

В заключение остановлюсь на второй стороне, а именно, на мнимых недостатках аналитической философии. В основном таких недостатков указывают два: мелкотемье и техницизм. Аналитическую философию часто упрекают в том, что она не занимается действительно философскими проблемами, имеющими глобальный характер, а тонет в частностях, на которые настоящий философ отвлекаться не должен. Приведу пример из недавнего прошлого. Вспоминается, как в курсе диалектического материализма рассматривался вопрос о соотношении единичного и общего, решение которого по существу сводилась к формулировке В.И. Ленина из работы «К вопросу о диалектике»: «Общее уже проглядывает в единичном. Жучка – собака, Иван – человек». Конечно, такое решение является псевдорешением, поскольку никаким критериям доказательности не соответствует. Но при построении теории всеобщего характер решения частной проблемы подобного рода мало кого интересует. Однако посмотрите, сколь много было получено результатов и разработано новых концепций в процессе подробного исследования соотно-

шения единичного и общего средствами современной логики при анализе проблемы универсалий от Б. Рассела и Ф.П. Рамсея до эссенциализма С. Крипке. В данном случае мелкотемье – лучшее достоинство. Решение частной темы приводит к весьма важным результатам, которые не получишь при построении теорий всего, которые столь популярны в нашем отечестве. С другой стороны, техницизм аналитической философии вызван как раз стремлением к мелкотемью. Тщательная проработка проблемы возможна только при наличии адекватной техники, в качестве которой многие представители аналитической философии рассматривают современную логику. Невозможно быть аналитическим философом, не владея символической логикой. Но последняя не инспирирует глобальных обобщений типа теорий всего. Только метод. А метод или техницизм ведет к нюансам. Поэтому мелкотемье и техницизм следует считать не недостатками аналитической философии, а ее исключительными достоинствами. Аналитическая философия показала, что внимание к нюансу в философии не менее важно, чем стремление к всеобщему, и именно внимание к нюансу может быть наиболее плодотворным.

1.2. О методах аналитической философии

(Суровцев В.А.)

Проблема определения аналитической философии (АФ) связана со сложностью выделения критерия, по которому те или иные философские представления могут быть отнесены к ее тематическому полю. Единственный критерий здесь, по-видимому, невозможен из-за многообразия подходов к характеру постановки и разработки проблем, используемых методик и онтологических представлений. АФ представляет собой совокупность разнообразных построений, образующих некоторое «семейное сходство», которое может быть задано топически, генетически, тематически и методически.

Топический критерий определяет АФ как англо-американскую по преимуществу. Однако генетические исследования показывают, что современная АФ имеет континентальные корни в виде философии логики Г. Фреге, взглядов раннего Витгенштейна и представителей логического эмпиризма. Кроме того, генетический критерий, ориентированный на выявление исторических корней постановки интересующих философов-аналитиков проблем и методов их реше-

ния, показывает, что связывать АФ исключительно с английским эмпиризмом ошибочно, поскольку АФ близки Аристотель, Декарт, Лейбниц и др. Наиболее близким генетическим источником аналитической философии является Фреге, который первым стал рассматривать философские проблемы как проблемы употребления языковых выражений.

Более важным для очерчивания границ АФ является тематический критерий. Проблематика АФ складывалась в ситуации так называемого лингвистического поворота, что и определяет ее специфику. Основная проблематика стала связываться не с исследованием сознания и мира, а с тем, каким образом сознание и мир обнаруживают себя в языке. Таким образом, классические философские проблемы интерпретируются как проблемы осмысленности различных языковых выражений, выявления их логической формы и установления специфики их референциальных отношений.

Подобные сдвиги в подходах к философским проблемам позволяют охарактеризовать АФ как новый онтологический проект, реализующийся на основании переформулировки классического онтологического вопроса о бытии (т.е. вопроса о том, что есть) в вопрос о том, каким образом то, что существует, с одной стороны, обнаруживает себя в языке, а, с другой стороны, зависит от необходимых черт языковой структуры.

Поскольку языковая структура может пониматься в формально-логическом и лингвистических смыслах, то и онтология может пониматься двояко. Во-первых, онтология может быть связана с конструированием логико-математических онтологий при построении формальных теорий, что в большей степени характеризует раннюю аналитическую философию. Во-вторых, онтология может конструироваться в зависимости от понимания денотативных функций естественного языка, что свойственно современной аналитической философии. Однако и в том, и в другом случаях разрабатываемые онтологии имеют общие черты:

- 1) контекстуализм, предполагающий, что значение одного выражения (а следовательно, онтологический статус соответствующего объекта) зависит от значения других выражений;

- 2) холизм, предполагающий, что значения выражений (а следовательно, онтологический статус отдельных объектов) зависят от всей языковой структуры;

3) демаркационизм, предполагающий различие действительных и мнимых объектов, что связано с различием выражений, выполняющих и не выполняющих денотативную функцию.

Несмотря на то, что в рамках аналитической философии можно найти практически все онтологические позиции (например, лингвистический платонизм Г. Фреге, логический эмпиризм Венского кружка, дескриптивную метафизику П. Строссона, натурализованную эпистемологию У. Куайна, аналитические концепции значения Д. Дэвидсона и С. Крипке, внутренний реализм Х. Патнема, онтологическую относительность У. Куайна и т.д.), все их объединяет единый методологический мотив, который приводит к соответствующим онтологическим позициям только в результате анализа языка.

В связи с этим особое значение приобретает методический параметр, который указывает на необходимую строгость проводимых исследований, заставляющую задействовать методы современной формальной логики и логико-семантического и лингво-семантического анализа при исследовании любых феноменов, относящихся к области философии. Типологической особенностью аналитической философии является то, что она особое внимание уделяет средствам самого философствования, что связано с философским рассмотрением источников формальной логики в ее современных формах и с особыми способами, которыми эти источники могут быть применены к решению философских проблем. При этом главное – в доказательности результата, т.е. в достоверности процесса аргументации с вниманием к тонкостям процедуры доказательства того или иного тезиса. Последнее приводит к таким особенностям АФ, как техницизм и внимание к нюансам. Тщательная проработка проблемы возможна только при наличии адекватной техники, в качестве которой многие представители АФ рассматривают современную логику. Невозможно быть философом-аналитиком, не владея символической логикой и навыками семантического анализа. Но подобная методология не инспирирует глобальных обобщений типа теорий всего. Только метод, а метод или техницизм ведет к нюансам.

При таком понимании АФ особое значение приобретают выявление и классификация специфических методик, используемых философами-аналитиками, что способствует структурированию такого сложного феномена, как современная АФ. В рамках генетического подхода анализ изменения методологии можно продемонстрировать на примере реализации отдельных исследовательских программ,

свойственных ранней АФ. В качестве примера возьмем методы логико-семантического анализа, используемые в рамках теорий Фреге, Рассела, Витгенштейна, Рамсея. Эти методы были разработаны в рамках реализации программы логицизма в основаниях математики, но могут быть экстраполированы и экстраполировались на анализ формальных теорий различного типа. Здесь можно выделить следующие методики: во-первых, от метода определения формальных понятий, в частности понятия числа, при неограниченном использовании понятия функции (Фреге), осуществляется переход к методу теории типов, ограничивающему такое понятие понятием предикативных функций, что служит адекватным методом решения теоретико-множественных парадоксов (Рассел). Во-вторых, метод теории типов может быть расширен до решения семантических парадоксов, включая в формальные теории эпистемологический компонент (Рассел). В-третьих, метод устранения позволяет исключить из формальных теорий синтетические суждения и охарактеризовать эти теории как синтаксически замкнутые (Витгенштейн). В-четвертых, различие синтаксических и семантических аспектов теории позволяет разработать дополнительные методы теоретико-типового подхода, различающего собственно технические и философские аспекты теорий (Рамсей). Различие синтаксических и семантических нюансов применения данных методов позволяет выявить философские предпосылки, лежащие в основании формальных теорий, что характеризует важное значение методологии аналитической философии. Эти логико-семантические методики выявляются с точки зрения генетического анализа проблематики ранней аналитической философии, что позволяет показать единство традиции на примере одного направления в рамках аналитического обоснования научного знания.

Основанием выявления особых методик может служить не только генетический, но и компаративный подход. Построениям в рамках АФ свойственны общие типологические черты, указывающие на то, что философы-аналитики в основном ориентированы на две темы: во-первых, исследование роли языка в мышлении и коммуникации и, в частности, проблема того, каким образом обеспечивается значение языковых выражений; во-вторых, изучение логики исследования и методологии познания настолько, насколько они должны иметь дело с оценкой различных техник и условий достижения ис-

тинных убеждений и обоснованных утверждений. Методы, применяемые при решении подобных проблем, можно предварительно классифицировать следующим образом:

1. Метод трансгрессии. Этот метод заключается в переносе понятий и методов одной системы знания на другую. Здесь типичным примером является попытка Г. Фреге свести математику к логике, который, расширяя математическое понятие функции, сводит понятие числа к логическим понятиям¹.

2. Метод контекстуального перевода. Этот метод заключается в анализе выражения в рамках контекста его употребления. В этом случае контекст демонстрирует, что обособленное от него выражение само по себе не выполняет денотативную функцию. Здесь примером может служить теория определенных дескрипций Б. Рассела, в которой референциальные особенности отдельных выражений определяются только в зависимости от контекста².

3. Метод концептуального анализа. Этот метод предполагает выявление концептуального ядра термина путем сравнения различных контекстов его употребления. Этот метод характерен для работ Дж. Мура, который выявляет содержание термина через анализ его употребления в различных практиках³.

4. Метод экстраполяции. Этот метод предполагает распространение методов анализа одних типов дискурса на другие типы дискурса. Примером здесь может служить анализ различных типовмышленного дискурса с помощью аппарата формальной логики (анализ сказки Г. Хартом)⁴.

5. Метод дериваций. Этот метод предполагает отделение базы теории от ее производных с последующим варьированием производных. Типичным примером здесь может служить реформа теории типов, предпринятая Ф.П. Рамсеем, который, отделив логическую основу от лингвистического выражения, заложил основы метатеоретического анализа⁵.

6. Метод редукции. Этот метод заключается в сведении одного уровня знаний к другому. Типичный пример применения такого метода является логический эмпиризм Венского кружка и А. Айера,

¹ См.: *Фреге Г.* Логико-философские труды. Новосибирск, 2008.

² См.: *Рассел Б.* Введение в математическую философию. Новосибирск, 2007.

³ См.: *Мур Дж.Э.* Принципы этики. М., 1984.

⁴ См.: *Харт Г.Л.А.* Сказка логика // Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. 2009. № 4(8). С. 123–135.

⁵ См.: *Рамсей Ф.П.* Философские работы. М., 2011.

которые предложили методы сведения теоретических терминов к эмпирическим данным¹.

7. Метод «семантического восхождения». Этот метод основан на различении и сравнении автонимного и гетеронимного употребления выражений. В частности, этот метод используется при различении объектного языка и метаязыка при определении семантических предикатов у У. Куайна².

8. Метод предела стандартной интерпретации выражения. В этом случае моделируется ситуация, при которой термин перестает выполнять стандартную денотативную функцию в принятых моделях. Характерным примером здесь могут служить мысленные эксперименты Н. Гудмена с термином «зелубое»³ или Х. Патнэма с термином «вода» на гипотетическом двойнике Земли⁴.

9. Метод фальсифицирующей модели. Этот метод предполагает построение такой модели для рассматриваемой теории, в которой исходные посылки данной теории выполняются, а следствия приводят к противоречию. Примером построения таких моделей могут служить известные конструкции: «мозги в бочке» Х. Патнэма⁵ и «китайская комната» Дж. Серла⁶.

10. Метод демаркации. Этот метод предполагает определение границ осмысленных выражений и выделение критериев, отличающих осмысленные выражения от бессмысленных. Такой подход характерен для представителей Венского кружка и раннего Витгенштейна⁷.

11. Метод «языковых игр». Этот метод предполагает конструирование гипотетических коммуникативных ситуаций, при которых демонстрируется, что одно и то же выражение в зависимости от употребления изменяет смысл. Этот метод характерен прежде всего для философии позднего Витгенштейна и его последователей⁸.

Подобная классификация методик позволяет систематизировать АФ на новых основаниях, а не с точки зрения традиционных деле-

¹ См.: Айер А.Дж. Язык, истина и логика. М., 2010.

² См.: Куайн У.В.О. Философия логики. М., 2008.

³ См.: Гудмен Н. Способы создания миров. М., 2001.

⁴ См.: Патнэм Х. Разум, истина, история. М., 2001.

⁵ См.: Патнэм Х. Указ. соч.

⁶ См.: Серл Дж. Сознание, мозг и наука. М., 1993.

⁷ См.: Витгенштейн Л. Философские работы. М., 1994. Ч. 1; Крафт В. Венский кружок. М., 2003.

⁸ См.: Витгенштейн Л. Философские работы. М., 1994. Ч. 2.

ний на различные -измы (таких как эмпиризм и рационализм, метафизика и критическая философия, идеализм и реализм и т.п.), которые к различным ее направлениям подходят лишь с очень высокой долей условности и большой вероятностью искажения, поскольку философов-аналитиков характеризует общий методологический мотив, а не единство онтологических и эпистемологических представлений. В этом случае онтологические и эпистемологические новации ставятся в зависимость от используемых методов анализа, а не наоборот. Эти новации можно систематизировать следующим образом:

1. Перенос понятий одной области знания на другую приводит к тому, что онтология одних объектов (например, математических) может быть сведена к онтологии других объектов (например, логических), что, в частности, осуществляется в рамках лингвистического платонизма Г. Фреге.

2. Лингвистическая переинтерпретации философской проблемы позволяет собственно онтологический вопрос перевести в плоскость вопроса о денотативной функции различных типов выражения. Так, например, переинтерпретируется классическая проблема универсалий в рамках дескриптивной метафизики Стросона.

3. Контекстуальный перевод позволяет показать, что отдельные выражения не всегда выполняют денотативную функцию, но должны рассматриваться только в контексте. Следовательно, и сама онтология объектов должна определяться контекстуально. Типичным примером здесь является онтология определенных дескрипций Б. Рассела и контекстуальная онтология раннего Витгенштейна.

4. Экстраполяции предполагает распространение методов анализа одних типов дискурса на другие типы дискурса, что позволяет проводить компаративный анализ различных онтологий. При этом демонстрируется, что логическая форма выражений, функционирующих в рамках научного дискурса, отличается от той формы, которую предполагает художественная фантазия, значит, различны и соответствующие им онтологии.

Представленная здесь систематизация методов и вытекающих из нее онтологических и эпистемологических новаций не претендует на полноту и требует дальнейшей разработки. Но в тенденции она позволяет рассмотреть генезис и единство традиции АФ на новых основаниях.

1.3. Определение *per genus proximum et differentiam specificam* и юридический язык

(Оглезнев В.В., Суровцев В.А.)

В современной юриспруденции определение понятий через род и видовое отличие является не просто основным, но и само собой разумеющимся. Ставить под сомнение подобный вид определения – значит в соответствующей степени переописать практику правотворческой деятельности. Нормы, возникающие в процессе правотворчества, формулируются в терминах, выражающих понятия, которые, с точки зрения юристов, отражают общие представления о должном. В свою очередь, этим нормам, опять же как считают юристы, необходимо следовать в социальной практике. Тем не менее вопрос о содержании понятий, посредством которых формулируются нормы, не так прост. И уж совсем не прост вопрос о том, почему родо-видовые определения в юриспруденции имеют главное значение, поскольку если переместить этот вопрос в область философии права, то возникают серьезные сомнения в его эффективности.

Рассмотрим теперь, что понималось под родо-видовым определением понятий в истории философии и как это используется и может быть использовано в юридическом языке. *Definitio per genus proximum et differentiam specificam* – это классический способ определения понятий, через (ближайший) род и видовое отличие, восходящий, по крайней мере, к Аристотелю. В античной философии дефиницией подобного типа называлось определение на основании разделения рода на виды. Например, в «Учебнике платоновской философии» Алкиноя определение на основании разделения рода на виды понимается так: «Нужно взять род определяемой вещи (например, для человека – животное), затем нужно рассекать его, доходя по смежным различиям вплоть до видов (например, разумное – неразумное, смертное – бессмертное), чтобы при составлении смежных различий с тем родом, которому они принадлежат, получилось определение человека»¹. Из чего получается, что «человек – существ-

¹ Алкиной. Учебник платоновской философии // Платон. Сочинения в четырех томах / ред. Лосев А.Ф., Асмус В.Ф., Тахо-Годи А.А. М., 1994. Т. 4. С. 629–630.

во без перьев, двуногое, с плоскими ногтями; единственное из существ, восприимчивое к знанию, основанному на рассуждениях»¹.

Хотя приведенные выше цитаты, касающиеся характера родовидового определения, взяты не из текстов самого Аристотеля, но такое понимание сути определения не только можно, но и нужно возводить к Аристотелю, пусть даже и условно. Условность здесь связана только с тем, что в текстах Аристотеля нельзя найти четкое указание на такой способ экспликации содержания понятий. Однако в его работах, влияние которых находит отражение в цитатах из Алкиноя и в сочинениях, относимых к так называемой платоновской школе (т.е. уже не к Платону, а в значительной степени к авторам, испытывавшим влияние Аристотеля), уже есть все те моменты, которые существенны для *definitio per genus proximum et differentiam specificam*.

К примеру, рассматривая «те определения, которые опираются на деление», Аристотель отмечает, что в них «не входит ничего другого, кроме рода, обозначаемого как первый, и видовых отличий. А остальные роды – это первый и вместе с ним охватываемые им видовые отличия, например: первый род – ‘живое существо’, ближайший к нему – ‘живое существо двуногое’ и затем опять ‘живое существо двуногое, бесперое’; подобным же образом и тогда, когда определение обозначается через большое число [видовых отличий]. Но вообще нет никакой разницы, обозначается ли определение через большое или малое число [видовых отличий], и, следовательно, также – через малое число [членов] или через два; а если оно состоит из двух [членов], то одно – видовое отличие, другое – род; например, если [определяющее] – ‘живое существо двуногое’, то ‘живое существо’ – род, а другое – видовое отличие»². И далее: «Определение есть обозначение, образуемое из видовых отличий, и притом – если деление правильное – из последнего из них»³. В качестве иллюстрации можно привести известное определение человека: «Человек есть разумное». В традиционной системе деления понятий, по словам Аристотеля, «каждое видовое отличие влечет за собой свой род, как, например, ‘живущее на земле’ и ‘двуногое’ влекут за собой ‘живое существо’, и каждый из родов относится к тому, к чему относится

¹ *Определения*. Сочинения платоновской школы // Платон. Сочинения в четырех томах / ред. Лосев А.Ф., Асмус В.Ф., Тахо-Годи А.А. М., 1994. Т. 4. С. 621.

² *Аристотель*. Метафизика / Сочинения в четырех томах / ред. Асмус В.Ф. М., 1976. Т. 1. С. 212.

³ *Аристотель*. Метафизика // Указ. соч. Т. 1. С. 213.

видовое отличие»¹. По словам Аристотеля, «из видового отличия и рода состоит определение вида», ибо «всякое видообразующее отличие вместе с родом образует вид»², при этом, чтобы ничего не упустить, «определяемое следует отнести к ближайшему роду или присоединить к вышестоящему роду все видовые отличия, через которые определяется ближайший род»³.

В «Аналитиках» Аристотель еще более акцентирует внимание на значении выделения ближайшего рода и видового отличия. Здесь особый интерес представляют его рассуждения во «Второй Аналитике», в определенном смысле дополняющие приведенные выше цитаты из его же «Метафизики»: «Если любое [определяемое] состоит из двух [частей] ... то необходимо найти [эти части] при помощи деления ... и ничего не пропустить из относящегося к сути [вещи] ... [имея в виду] или род, или видовое отличие. В самом деле, род есть первое, и он берется вместе с видовыми отличиями; видовые же отличия имеются все налицо, ибо больше никаких других отличий, кроме них, нет, иначе последнее [целое] отличалось бы по виду, а между тем было сказано, что оно не отличается [по виду]»⁴.

Важный момент заключается также в том, что для Аристотеля определение *per genus proximum et differentiam specificam* является реальным определением. Реальным в том смысле, в котором реальное определение противопоставляется номинальному. Это различие, введенное в «Логике Пор-Рояля», у Аристотеля вряд ли можно найти в отчетливой форме. Для Аристотеля определение есть выяснение сущности вещи, а не содержания понятия или смысла термина. Здесь вполне можно согласиться с мнением компетентных исследователей в области истории логики Уильяма и Марты Нил, которые пишут о трактовке определения Аристотеля следующее: «Его теория определения не вполне ясна, но очевидно то, что, подобно Платону, он предполагает, что определение является чем-то объективным и что для него любое предложенное определение является правильным или неправильным. Правильное определение является истинным суждением и может быть использовано в качестве посылки в доказательстве. Доказательство не обращается к формам Платона, но оно

¹ Аристотель. Топика // Сочинения в четырех томах / ред. Микеладзе З.Н. М., 1978. Т. 2. С. 475.

² Аристотель. Топика. С. 473.

³ Аристотель. Топика. С. 472.

⁴ Аристотель. Вторая Аналитика // Указ. соч. Т. 2. С. 338.

обращается к универсалиям, общей природе»¹. С этим вполне можно согласиться, особенно учитывая их ссылку на Аристотеля, которая, как считают они, наиболее полно отражает взгляды Аристотеля на определение: «Таким образом, не необходимо, чтобы существовали идеи или что-нибудь единое помимо множества. Но необходимо признать истинным, что есть единое в отношении многого, ибо если бы этого не было, то не было бы и общего, а если бы общего не было, то не было бы и среднего термина, а следовательно, и никакого доказательства. Должно поэтому быть нечто единое и тождественное во многом не как омонимы»². Здесь речь, очевидно, идет о том, что общее, хотя и не является идеей в платоновском смысле, тем не менее не является лишь фигурой речи. Общее, не существуя отдельно, находится в вещах как форма, определяя род. Именно этот род является средним термином в силлогизме, связывая единичное и еще более общее. Выражение, определяющее род, таким образом, не является для Аристотеля просто терминологической конвенцией, но есть истинное или ложное суждение.

О взглядах Аристотеля на определение через род и видовое отличие можно было бы уже не говорить, если бы оно не получило дальнейшее развитие. В классическом труде Порфирия, имеется в виду его «Введение к 'Категориям' Аристотеля»³, определение *per genus proximum et differentiam specificam* становится основным способом познания определяемой вещи. Через Боэция, который перевел эту работу Порфирия на общепринятую латынь и, как минимум, дважды откомментировал (см. «Комментарии к Порфирию им самим переведенному»⁴), определение *per genus proximum et differentiam specificam* становится основным способом познания вещи. Сам труд Порфирия и комментарии к нему Боэция превратились в основной учебник по логике для средневековой схоластики. Определение *per genus proximum et differentiam specificam*, таким образом, начинает рассматриваться как истинное или ложное суждение о сути вещи, которое можно использовать в качестве посылки в умозаключении, например в силлогизме.

¹ Kneale W., Kneale M. The Development of Logic. Oxford University Press, 1978. P. 73.

² Аристотель. Вторая Аналитика // Указ. соч. Т. 2. С. 276.

³ Порфирий. Введение к «Категориям» Аристотеля // Аристотель. Категории. С приложением «Введения» Порфирия к «Категориям» / ред. Александров Г. Ф. М., 1939. С. 53–76.

⁴ Боэций. Комментарий к Порфирию им самим переведенному // Боэций. «Утешение Философией» и другие трактаты / ред. Майоров Г. Г. М., 1990. С. 5–45.

В действительности определений подобного типа вопросы не возникали вплоть до знаменитой работы, так называемой «Логики Пор-Рояля». Авторы этой книги¹ (А. Арно и П. Николь) проводят различие между определениями, считающимися реальными, т.е. определениями вещи, и определениями номинальными, т.е. определением термина. Однако ситуация не изменилась, поскольку различие все равно проводилось через род и видовое отличие. Определение термина, в данном случае, становится определением через признаки, которые уже содержатся в понятии о предмете. Суть определения *per genus proximum et differentiam specificam* не меняется. Меняется только то, что, в отличие от Аристотеля, речь идет не о вещах, а об обозначающих эти вещи терминах. В определении терминов, однако, *genus* и *differentia* играют главное значение. Определить термин – это совсем другая процедура, нежели установление сущности вещи. То, что у Аристотеля и следующих ему считается выяснением основных признаков предмета, дифференцируется. Одно дело выявить в реальном определении сущность предмета, и совсем другое дело выявить содержание термина, которое, быть может, предполагается наличествующим в определяемой сущности. Установить признаки, мыслимые в понятии о предмете, и установить признаки предмета – это разные предприятия. Тем не менее идет ли речь о сущности вещи или о терминах, ее обозначающих, различия в определении *genus* и *differentia* сохраняются. Определение, в своей сущности, здесь мало чем отличается от того, что было у Аристотеля, а именно: или ищем общий род со специфическим различием, или выясняем общий и специфический признаки в содержании понятия, результатом все равно является определение *per genus proximum et differentiam specificam*. В этом отношении определения *per res* и определения *per terminus* практически не отличаются, сохраняя формальную структуру родо-видового определения. Реальные и номинальные определения, таким образом, по структуре практически не различаются. Да и вопрос стоит не о реальности и номинальности определений. Проблему составляет сама структура определения: насколько выделение *genus* и *differentia* является существенной чертой определений вообще и определений в области права, о которой здесь по преимуществу пойдет речь, в частности.

И. Бентам был, по-видимому, первым, кто в наиболее отчетливой форме подверг сомнению эффективность применения традиционно-

¹ Арно А., Николь П. Логика, или Искусство мыслить. М., 1991.

го метода *per genus proximum et differentiam specificam* в определении таких юридических понятий, как «субъективное право», «ответственность», «государство» и др., по причине их крайней абстрактности. Техника определения *через род и видовое отличие* не может использоваться для прояснения правовых понятий, поскольку она не учитывает их своеобразие¹. Однако она успешно применяется при анализе множества обычных слов, например, таких как «собака» или «стул». Подобные понятия не являются *sui generis*, они вполне определены через род и видовое отличие. Так, понятие «животное» является родом для первого, а «мебель» – для второго понятия, и каждый род известен и понятен. В определенных контекстах понятия «собака» или «стул» могут употребляться отдельно от целостных предложений, более или менее соотноситься с аналогами в мире фактов и могут быть отделены от других видов того же самого рода. По отношению ко многим понятиям обыденного языка такое определение безвредно. «Вполне можно сказать, – пишет Г. Харт, один из главных сторонников и защитников И. Бентама, – что слово ‘стул’ непосредственно прикреплено к определенному рода вещи (а также ‘подразумевает’ или ‘обозначает’ ее), в данном случае – к некоему предмету мебели. Сходным образом о слове ‘красный’ можно сказать, что оно непосредственно прикреплено к определенному различимому типу цвета»². Но если попытаться применить эту технику к определению правовых понятий, то необходимо принять утверждение, что правовые понятия можно обоснованно изолировать, ориентируясь на их языковое выражение, в качестве отдельных слов, которые могут быть более или менее точным образом соотносены с их аналогами в мире фактов, а затем отделены от других видов того же самого рода. Но получится ли это сделать? Несмотря на общепотребительность юридических выражений, присутствующих в вопросах типа «Что такое субъективное право?», «Что такое государство?», «Что такое юридическое лицо?», их значение не всегда понятно, так как по сравнению с большинством обычных слов эти юридические выражения в различных отношениях аномальны³. Это

¹ Bayles M.D. Hart's Legal Philosophy: An Examination. Dordrecht, 1992. P. 6.

² Hart H.L.A. Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer // University of Pennsylvania Law Review. 1957. Vol. 105. P. 960. (Здесь и далее чит. по англоязычному изданию). См. перевод на русский язык в «Приложении».

³ Hart H.L.A. Definition and Theory in Jurisprudence // Law Quarterly Review. 1954. Vol. 70. P. 38. См. русский перевод: Харт Г.Л.А. Определение и теория в юриспруденции // Правоведение. 2008. № 5. С. 6–32. (Здесь и далее чит. по англоязычному изданию).

связано с тем, что юридические выражения не имеют непосредственной связи с аналогами в мире фактов, которая есть у большинства обычных слов, а обычные слова не эквивалентны выражениям, употребляемым в юриспруденции. Из чего Харт заключает, что «наша неспособность определить ключевые термины с точки зрения обычных аналогов в мире фактов есть величайшая аномалия юридического языка»¹.

Вот здесь и возникают вопросы об универсальности определения *per genus proximum et differentiam specificam*, т.е. вопросы функционирования юридического языка, и само право прямо-таки указывает на то, что родо-видовые определения не являются универсальными ни в смысле *de res*, ни в смысле *de terminus*.

Харт, развивая подход Бентама к определению, актуализирует эти вопросы в своей программной речи по случаю его избрания профессором юриспруденции Оксфордского университета под названием «Определение и теория в юриспруденции». Для их исследования он предлагает определенную методологию, которую благодаря развитию аналитической философии стали применять в сфере права². Эти вопросы, по его мнению, являются надлежащим предметом аналитической юриспруденции и требуют особого исследования. Рассмотрим в чем их суть?

Занимаясь исследованием каких-либо научных явлений, мы неизбежно сталкиваемся с проблемами, для устранения которых не можем подобрать необходимые инструменты или средства, пока не определим характер этих проблем. Подобные трудности обнаруживаются и в сфере права и выражаются в «таких вопросах аналитической юриспруденции, которые обычно характеризуются как требования определений: Что такое право? Что такое государство? Что такое субъективное право? Что такое владение?»³. Поэтому в качестве своей основной задачи Харт видит «устранение в аналитической юриспруденции векового источника неприятностей, который заставлял многих теоретиков выбирать ложный путь»⁴. Причина этих неприятностей заключается в том, что задаются неправильного рода вопросы. Часто аналитические исследования природы юридических понятий принимали форму поиска определения, предпола-

¹ Hart H.L.A. Op. cit. 1954. P. 41.

² Дидикин А.Б., Оглезнев В.В. Онтология и эпистемология права: аналитическая традиция. Новосибирск, 2012. С. 39–75.

³ Hart H.L.A. Op. cit. 1954. P. 37.

⁴ Hart H.L.A. Op. cit. 1957. P. 960.

гаемого стандартным вопросом вроде: «Что есть *X*?». Форма вопроса «Что есть *X*?» относится к одному выражению и спрашивает, что же оно подразумевает (или обозначает), а это приводит к недоразумениям, ибо данная форма скрытно предполагает, что то, что будет представлено в качестве ответа, должно заключаться в определении некоторой вещи или качества, к которому непосредственно прикреплено данное выражение. «Но юридические понятия, – утверждает Харт, – совершенно иные; их отношение к фактам намного более сложно, опосредованно и нуждается в прояснении. Обычные методы определения приводят к тому, что в результате они искажаются и мистифицируются»¹.

Традиционный способ определения плохо приспособлен к праву²; его использование способствует впечатлению, что существуют определенные основополагающие понятия, которые юрист может прояснить, только вступив в «зловещие джунгли философского обсуждения». Но Харт уверен, что это не так. Напротив, «правовые понятия, какими бы фундаментальными они ни были, могут быть прояснены с помощью методов, должным образом приспособленных к их особой природе»³. Поэтому он предлагает «технику, которая должна предшествовать бесперспективному проекту выяснения того, что означают или подразумевают слова, взятые изолированно, и должна заменить его характеристикой функции, которую осуществляют эти слова, когда они используются в работе правовой системы»⁴.

Заимствование основной идеи Бентама, что мы никогда не должны рассматривать слова, взятые изолированно, но должны рассматривать все предложение целиком, где они играют характерную для себя роль, позволяет Харту сформулировать следующий метод прояснения правовых понятий: вместо определения единичного термина необходимо рассмотреть предложение, где единичное слово играет характерную для себя роль и объясняется, во-первых, посредством спецификации условий, при которых все высказывание истинно, и, во-вторых, посредством того, как данное слово употребляется для того, чтобы получить заключение

¹ Hart H.L.A. Op. cit. 1954. P. 960.

² Касаткин С.Н. Проект определения правовых понятий и концептуальный статус международного права: доктрина Герберта Харта // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия «Право». 2013. № 2. С. 29.

³ Hart H.L.A. Op. cit. 1954. P. 37.

⁴ Hart H.L.A. Op. cit. 1957. P. 961.

на основании правил в конкретном случае¹. В качестве примера применения данного метода он приводит прояснение понятия «субъективное право»: «(1) Высказывание формы ‘Х имеет субъективное право’ истинно, если выполняются следующие условия: (а) в наличии имеется правовая система; (b) в соответствии с нормой или нормами этой системы некое иное лицо *У* в случившихся обстоятельствах обязано совершить некоторое действие или воздержаться от него; (с) эта обязанность находится в правовой зависимости от выбора *Х* или какого-то иного лица, уполномоченного действовать от его имени, и при этом *У* обязан совершить некоторое действие или воздержаться от него, только если в этом состоит выбор *Х* (или какого-то указанного лица) или, наоборот, пока *Х* (или указанное лицо) не выберет обратное; (2) высказывание формы ‘Х имеет субъективное право’ употребляется для того, чтобы получить юридическое заключение в конкретном случае, который подпадает под такие нормы»². Что позволяет сделать вывод, что важнейшим принципом *нового метода определения* является утверждение, что юридические термины могут быть прояснены только рассмотрением условий, при которых высказывания, где они используются характерным для них образом, являются истинными. А это стало возможно только после продуктивного поворота философии к языку. Харт выделяет четыре отличительных свойства предлагаемого им метода прояснения понятий (и юридического языка в целом), который следует применять к праву, и показывает, как они ставят под сомнение полезность *традиционного способа определения*: «Эти четыре свойства юридического языка объясняют то, почему определение таких терминов, как ‘субъективное право’, ‘обязанность’ и ‘юридическое лицо’, разрушается отсутствием каких-либо аналогов, которые ‘соответствовали’ бы этим терминам»³. Они обнаруживаются в следующих утверждениях:

1) рассматривать такие слова, как «субъективное право» или «обязанность», следует в типичных контекстах, где эти слова задействованы, а не брать их изолированно; например, высказывание «А имеет право на то, чтобы *В* заплатил ему 10 фунтов»;

2) высказывание «А имеет право на то, чтобы *В* заплатил ему 10 фунтов» предполагает существование правовой системы, а именно, наличие в этой системе конкретной нормы права, которая явля-

¹ Hart H.L.A. Op. cit. 1954. P. 47.

² Hart H.L.A. Op. cit. 1954. P. 49.

³ Hart H.L.A. Op. cit. 1954. P. 42.

ется не просто условием истинности этого высказывания, но и основанием для получения заключения;

3) высказывание «*A* имеет право на то, чтобы *B* заплатил ему 10 фунтов», сделанное судьей в конкретном случае, имеет официальный, властный и окончательный характер; иными словами, это — суть юридического заключения или юридической квалификации;

4) правовые нормы могут связывать тождественные последствия с любым набором самых разных обстоятельств; более сложное правило может предписывать, что то, что должно быть сделано в одной точке последовательности, будет зависеть от того, что было сделано или случилось ранее.

Особый интерес для анализа подхода Харта к определению правовых понятий представляют первые два утверждения, причем первое из них является основой его методологической стратегии, из которой логически выводятся последующие. Это утверждение Харта имеет весьма близкое сходство с методом, распространенным среди философов-аналитиков, а именно с методом контекстуального перевода. Данный метод заключается в том, что выражение должно анализироваться только в рамках контекста его употребления. В этом случае контекст демонстрирует, что обособленное от него выражение само по себе не выполняет денотативную функцию.

Теперь вернемся к тезису, что аналитические вопросы суть «требования определений», и рассмотрим некоторые проблемы, связанные с этим утверждением, в частности разберем критическую позицию Эдгара Боденхаймера¹.

Во-первых, согласно Харту, (аналитический) вопрос «Что есть *X*?» предполагает ответ формы «*X* — это...» и означает не просто выявление и перечисление необходимых и достаточных существенных признаков понятия, но и описание той роли, которую играет данное понятие в определенном контексте. Иными словами, он предлагает заменить стандартную форму определения «объясняющим прояснением» (*explanatory elucidation*). Казалось бы, очевидность этой формы определения не вызывает сомнений: абстрактный характер правовых понятий не позволят применить к ним традиционную технику определения и вынуждает рассматривать их в более широком контексте, а не в рамках конкретной речевой ситуации.

¹ *Bodenheimer E. Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness // University of Pennsylvania Law Review. 1956. Vol. 104, N 8. P. 1080–1086.* (Здесь и далее цит. по англоязычному изданию). См. перевод на русский язык в «Приложении».

С Хартом следует согласиться в том, что правовые термины следует описывать не одной короткой фразой, включающей слова-синонимы (вроде словарных определений), но тремя или четырьмя предложениями, ибо «юриспруденция должна обеспечить именно более ясный обзор или свод тех особенностей юридических понятий, которые отличают их от обычных, относительно хорошо понятых типов понятий, и четко показать их отличительный способ функционирования»¹. Чтобы прояснить, например, понятие «норма права», нужно ответить не на стандартный вопрос «Что такое норма права?», но на вопрос «При каких условиях норма права является надлежащим средством правового регулирования?». Однако Харт не различает или считает ненужным различать то, что вопросы, касающиеся определений правовых понятий, могут иметь разные содержания, но одну форму. Для Харта такие аналитические вопросы, как «Что такое норма права?» и «Что такое юридическое лицо?», оба суть «требования определений». Хотя эти вопросы и имеют внешнее лингвистическое сходство (по форме), но содержание у них совершенно разное. Так, чтобы ответить на второй вопрос, необходимо уже иметь ответ на первый, т. е. невозможно прояснить понятие «юридическое лицо», не зная при этом правил употребления (или значения, в духе Витгенштейна) понятия «нормы права». При этом неважно, о какой правовой системе идет речь – английской или российской. Юридическое лицо – это всегда субъект права, т. е. потенциальная сторона правоотношения, имеющая определенное субъективное право и корреспондирующую праву юридическую обязанность. В этом смысле первый вопрос – это онтологический вопрос, а второй – эпистемологический; или первый вопрос – это предварительный вопрос, а второй – последующий. Но если нельзя ответить на второй вопрос, не зная ответа на первый, то простая замена *X* определенным понятием не способствует прояснению анализируемого понятия. Предлагаемая Хартом техника применима лишь при строгом соблюдении последовательности (очередности) в постановке вопросов.

Во-вторых, в юридическом языке можно выделить особую группу терминов, которые имеют фундаментальное значение для всей правовой системы (это связано с предыдущим тезисом). Речь идет о таких основных правовых понятиях, как «норма права», «субъективное право», «государство», «ответственность», «правонарушение» и пр. Когда мы пытаемся применить технику прояснения Хар-

¹ Hart H.L.A. Op. cit. 1957. P. 972.

та, то сталкиваемся с тем, от чего предостерегал Дж. Остин (и вместе с ним Боденхаймер): если мы рассматриваем «аналитическую юриспруденцию как науку, преследующую цель описания и анализа общих понятий, принципов и классификаций, совокупных для развитых правовых систем»¹, то «подобное описание было бы невозможно, если бы четко не были определены значения таких основных понятий, как субъективное право, обязательство, вред, санкция, лицо, вещь, действие, воздержание от действия»². И если мы согласимся с Хартом, отмечает Боденхаймер, «что в нашей правовой системе термин ‘субъективное право’ используется самыми разнообразными способами, то в таком случае возникает вопрос об иной практической пользе от его [Харта] описания этого термина, кроме как для терминологического реформирования»³. Действительно, если мы допускаем, что эти понятия имеют фундирующее значение для юридического языка и нам без «четкого их определения» не продвинуться далеко вперед, то мы попадаем в неловкую ситуацию, связанную с выбором релевантной техники определения *самых этих* основных понятий. Харт согласился бы с этим предположением, поскольку сам отмечает, что если обыденное употребление этих терминов не вызывает затруднений, то в юридическом языке все сложнее. Иными словами, если для определения «юридического лица» нам требуются знания об уже определенном понятии «нормы права», то как нам тогда, оставаясь в рамках юридического языка, определить саму «норму права» или другие основные правовые понятия? Более того, Харт не учитывает, к кому обращен вопрос «Что такое норма права?». Представим, что этот вопрос мы задаем теоретику или философу права, достаточно осведомленному в характере и содержании дискуссий вокруг основных правовых проблем. Для него не составит труда определить понятие «норма права» без помощи юридического словаря (подбора синонимов), но, скажем, в терминах социальной регуляции. Он мог бы привлечь необходимую аргументацию, заимствованную из других социальных дисциплин, и показать некоторое сходство норм права с другими социальными нормами, имеющими схожие характеристики, например с этическими или религиозными нормами. Напротив, для студента юридического факультета, только начинающего изучать теорию права, этот вопрос выглядит метафи-

¹ Austin J. Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law. P. 1072–1073.

² Hart H.L.A. Op. cit. 1957. P. 1075.

³ Bodenheim E. Op. cit. P. 1083.

зически неопределенным. Он сможет на него ответить лишь тогда, когда познакомится с определением понятия «норма права», данным в учебнике или словаре. Но, даже усвоив это определение, он не сможет им воспользоваться до тех пор, пока не изучит различные формы и контексты употребления данного понятия. Из этого можно сделать вывод о том, что предлагаемая Хартом техника прояснения юридических понятий предполагает весьма ограниченное количество субъектов, способных ею воспользоваться, и не является универсальной, как он считал.

И, в-третьих, стратегия Харта не позволяет в полной мере объяснить проблему семантической двусмысленности правовых понятий. Рассмотрим это утверждение более подробно, поскольку на устранение именно этой лингвистической ситуации ориентирована аналитическая юриспруденция в изложении Харта. Боденхаймер обвиняет Харта в том, что его критике юриспруденции, основанной на определениях, внутренне присуще допущение, что она породила абстракции, не способные встретить проблему семантической двусмысленности. Боденхаймер пишет: «Мы должны принять следствие, что эта позиция серьезно уменьшает полезность аналитической юриспруденции в качестве особой правовой дисциплины»¹. На что Харт отвечает: «Суть разногласий заключается, собственно, в том, что поскольку большинство юридических выражений наряду с некоторым устойчивым ядром значения характеризуются смутными полутенями и поскольку многие понятия вроде понятия *субъективное право* являются двусмысленными, то отсюда следует, что начинать анализ с данного аспекта этих понятий значит браться за сизифов труд, затрагивающий описание несметного количества расходящихся в употреблении форм... Несомненно, ситуации, на которую здесь ссылаются критики, нужно явно противостоять, но с этим осознанием должно также прийти понимание того факта, что расхождения в полутенях юридических понятий и двусмысленность имеют определенные причины и что многим явно разноречивым употреблениям одного и того же термина можно найти (несомненно, не без труда) разумное объяснение»². Эти два пассажа нуждаются в прояснении.

Боденхаймер отмечает, что именно в этой внешней области полутеней право неизбежно пересекается с этикой, экономикой, социальной политикой и другими факторами. По этой причине чисто

¹ Bodenhimer E. Op. cit. P. 1084-1085.

² Hart H.L.A. Op. cit. 1957. P. 968.

правовое «прояснение» (или «объяснение») понятий, не сопровождающееся исчерпывающим рассмотрением социальных факторов, которые могут оправдать расширение, сужение или преобразование понятий, не может рассматриваться как значительный шаг вперед по сравнению с простым определением¹. Харт для оспаривания этого достаточно сильного аргумента прилагает серьезные усилия, которые затем легли в основание его философско-правового подхода и воплотились в идее об «открытой текстуре» юридического языка.² Из приведенной цитаты Харта следует, что правовые понятия характеризуются такими свойствами, как смутность (*vagueness*) и двусмысленность (*ambiguity*), т. е. иногда случается так, что понятие отклоняется от нормального или обычного употребления и порождает проблему смутности полутеней и двусмысленность значения. По мнению Харта, основная причина этого скрывается в нашей неуверенности относительно стабильности значения понятия. Если в своем ядре понятие определено четко, то, когда мы двигаемся от центра к периферии, границы понятия как бы размываются и становятся смутными, нечеткими. У нас уже нет той уверенности в стабильности значения понятия, когда мы рассматривали стандартный случай его употребления. Харт иллюстрирует эти свойства на примере понятия «транспортное средство». Употребление этого понятия в обычном контексте не вызывает затруднений, но стоит нам переместить его в выражение «Движение транспортных средств в парке запрещено», как понятие становится смутным и двусмысленным: мы не знаем, подпадают ли под это понятие роликовые коньки, детская коляска, самокат и др. наряду со стандартным случаем автомобиля. Чтобы противостоять этим свойствам, Харт предлагает два аналитических принципа. Во-первых, при анализе понятия необходимо прежде всего установить стандартный случай его употребления, а во-вторых, четко различать определение общего термина и задание критериев его применения в различных диапозонных случаях. И вот здесь возникает сложность, на которую указывает Боденхаймер: невозможно определить все нормативные ситуации, включающие использование понятия, чтобы выяснить условия, при которых правовое понятие становится значимым. Пример с транспортным средством – убедительное тому подтверждение. Знание его обыденного употребления, которое, казалось бы, не вызывает сомнений, не по-

¹ Bodenheimer E. Op. cit. P. 1083.

² См. подробнее: Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб., 2007. С. 127–138.

звояет перечислить все предметы, включенные в объем этого понятия, и задать необходимые «критерии применения понятия в различных диапазонных случаях».

Тем не менее с Хартом следует согласиться в том, что правовые понятия сами по себе ничего не означают и ничего не описывают, подобно словам обывденного языка, т. е. не имеют референтов, или *аналогов в мире фактов*, способных раскрыть их содержание. У метода прояснения, который можно применить к праву, есть некоторые особенности. Правовые понятия необходимо и должно рассматривать в соответствующих контекстах, как часть суждений судьи или обычного юриста по конкретному случаю на основании соответствующих правовых норм. Когда кто-то говорит «*А имеет право*», он не *утверждает* соответствующую норму, не утверждает и не описывает обстоятельства, связанные с этим высказыванием. Он совершает нечто отличное, а именно: *приходит к заключению* на основании соответствующей нормы. Выражение «*А имеет право на то, чтобы В совершил в отношении А определенные действия*», произнесенное судьей в зале заседания, имеет, несомненно, отличительный статус от его произнесения обычным юристом вне суда. Несмотря на кажущееся сходство произнесения этих двух выражений, принципиальное различие заключается в порождаемых их речевыми актами юридических последствиях. Если эти высказывания делаются не судьей или обычным юристом, т. е. вне юридического контекста, то их значение в некотором отношении будет бессмысленным.

Таким образом, определения *per genus proximum et differentiam specificam*, во всяком случае, в юридическом языке вызывают серьезные сомнения. Более того, подобного рода определения отклоняются от практики употребления выражений в естественном языке, что приводит к превратному пониманию юридической практики. В идеале, конечно, определения *per genus proximum et differentiam specificam* должны соответствовать обычным лингвистическим нормам. Как и наоборот, обычные лингвистические нормы должны приближаться к такому употреблению юридических терминов, которое более-менее соответствует их родо-видовым определениям. Но в данный момент этот идеал пока не достигнут.

2. Юридический язык и речевые акты

2.1. Правила, юридический язык и речевые акты

(Оглезнев В.В., Суровцев В.А.)

Общепринято понимать право как систему правил поведения. Действительно, чтобы право могло оказывать регулятивное воздействие на поведение людей, оно должно располагать необходимыми средствами. Эти средства социальной регуляции, будучи нормативной основой права, не только определяют границы должных и возможных индивидуальных поступков субъектов, но, в конечном счете, нацелены на упорядочение и совершенствование общественной жизни, внесение в нее организующих начал. Основным инструментом нормативного воздействия, наиболее релевантным сфере права, являются правила, которые представляют собой эталон, образец или стандарт поведения. Правила поведения – это непосредственно регулятивные нормы, нормы прямого регулирования. Они отличаются от иных видов социальных норм предоставительно-обязывающим характером, т.е. устанавливают при наличии соответствующих условий вид и меру охраняемых и гарантируемых государством возможного и должного поведения участников общественных отношений. При этом независимо от словесной формулировки, в которой выражена та или иная правовая норма (правомочие, веление, дозволение, запрет и т.п.), она всегда представляет собой властное предписание государства относительно возможного и должного, разрешаемого и запрещаемого поведения людей. Эту суть правовых правил очень хорошо описал Г.Л.А. Харт, который по праву считается классиком современной философии права: «Правила мыслятся и описываются как предписания, налагающие обязательства в том случае, если существует настоятельное общее требование им соответствовать, подкрепленное давлением со стороны социума против тех, кто не соблюдает их или пытается это сделать»¹.

¹ Харт Г.Л.А. Понятие права. СПб., 2007. С. 92.

Правила, которые предписывают делать что-либо или воздерживаться от определенных действий вне зависимости от желания, Харт называет «первичными» или базовыми¹. Существует два вида «первичных» правил: 1) правила, налагающие обязанности по совершению определенных действий либо воздержанию от действий под «угрозой санкций» (например, уголовно-правовые нормы); 2) правила, дающие полномочия на совершение действий и рекомендации о процедуре их совершения, несоблюдение которой влечет юридическую «недействительность» или «ничтожность» действий (например, нормы гражданского права о договорах, завещаниях). По сути дела, различие между 1) и 2) сводится к различию категорических и гипотетических норм, которые в общем виде можно представить с помощью следующих форм: «*X* обязан делать *Y*» и «Если *X* хочет *Z*, то *X* обязан делать *Y*» соответственно.

В обычном языке предоставительно-обязывающий характер правовой нормы раскрывается в том, что заключенное в норме правило поведения выражается с помощью таких языковых конструкций, как «Поступай так-то и так-то» и «Если хочешь то-то и то-то, поступай так-то и так-то». Несмотря на различие этих конструкций, в обоих вариантах эксплицитно присутствует императивное веление, которое придает правовым правилам общеобязательный, универсальный и формально-определенный характер. Интересно то, что в рамках употребления подобных конструкций, направленных на подчинение правилу, раскрывается специфическая императивная функция языка, в отличие от других его функций, таких, например, как дескриптивная (функция описания фактов). Различие этих функций представляет серьезный интерес, поскольку возвращает нас к проблеме соотношения «должного» и «сущего», известной в философии как «гильотина Юма», причем придает ей новый ракурс рассмотрения. Действительно, речь здесь идет уже не об объективной стороне различия того, что есть, и того, что должно быть, но о том, как это различие отражается на различных функциях языка. Дело, собственно, не в том, что мы не можем установить необходимую логическую

¹ Харт также выделяет группу вторичных правил, посредством которых первичные правила приобретают законную силу: «Правила второго типа оказываются в некотором роде паразитическими или вторичными, ибо они позволяют людям путем совершения определенных действий ввести новые правила первого типа, удалить или изменить старые или различными способами изменить сферу их применимости и установить контроль над их исполнением». Цит. по: *Харт Г.Л.А.* Указ. соч. С. 87. Здесь нас будут интересовать только первичные правила.

связь между сущим и должным в форме перехода от первого ко второму, но в том, что языковые конструкции, соответствующие дескриптивной и императивной функции языка, не сводимы друг к другу. В этом отношении значительный интерес представляют собой особенности функционирования правовых норм, в которых наиболее отчетливо выражено требование следовать определенным правилам. Для понимания этих особенностей необходимо выяснить, во-первых, в чем заключается принуждающая сила правила, что значит следовать ему; во-вторых, в каких формах выражается эта принуждающая сила в рамках реализации императивной функции языка; в-третьих, каким образом это отражается на специфике употребления юридических понятий.

В основании любого правила лежит идея повиновения или следования ему. Дети, в подражание игрокам передвигающие фигуры по шахматной доске, не повинуются и, следовательно, не нарушают шахматных правил – они в принципе не *играют* в шахматы. В этом смысле шахматист может нарушить правило игры только в том случае, если он усвоил идею повиновения этому правилу. Без практики повиновения или следования правилам мы не сможем понять, что нечто представлено в качестве правила. Понять правило означает понять заключенную в нем идею повиновения. В правиле должно быть нечто такое, что приказывает, заставляет и вынуждает нас ему следовать. Если мы усвоили правило, мы, применяя его, не интерпретируем правило относительно конкретной ситуации, мы просто ему повинемся. Л. Витгенштейн утверждал: «Повинуясь правилу, я не выбираю. Правилу я следую слепо»¹. Невозможно также, чтобы правилу следовал только один человек, и всего лишь однажды². Нельзя утверждать, считает Витгенштейн, что каждый отдельный (индивидуальный) случай действия по привычке или обычаю – это факт следования правилу.

По мнению Харта, наличие правила иногда вообще можно отрицать. Это случается тогда, когда вопрос о том, проявляется ли в действии субъекта следование некоторому правилу, подменяется психологическим вопросом, относящимся к мыслительным процессам, предшествовавшим или сопровождающим действие. Когда человек принимает правило как обязывающее и как нечто такое, что он и другие не вольны изменить, он обычно воспринимает то, что оно

¹ Витгенштейн Л. Философские работы. М.: 1994. Ч. 1. С. 167.

² Витгенштейн Л. Указ. соч. С. 162.

требует в конкретной ситуации, уже на уровне интуиции и следует ему, не рефлексировав относительно самого правила, почему оно таково. Когда мы, следуя правилу, двигаем шахматную фигуру или останавливаемся на красный свет, наше подчиняющееся правилам поведение является прямой реакцией на ситуацию, не опосредованной расчетами относительно категории правила¹.

В качестве доказательства того, что такие действия являются подлинным применением правил, Харт указывает на их развитие в определенных обстоятельствах. Действительно, правила по характеру воздействия могут быть разными. Некоторые из правил предшествуют тому или иному действию, другие следуют за ним, а некоторые устанавливаются лишь в общих и гипотетических категориях. Однако наиболее важный фактор, показывающий, что, действуя, мы следуем некоторому правилу, заключается в том, что если против нашего поведения возражают, мы склонны оправдывать его отсылкой к правилу. Подлинность нашего принятия правила проявляется не просто в том, что мы раньше следовали ему, но в том, что мы критикуем себя и других за отклонение от правила. На основании подобных свидетельств мы действительно можем заключить, что если, до нашего «неосознанного» согласия с правилом, нас попросили бы сказать, как поступать правильно и почему, мы, если бы отвечали честно, указали на правило. Именно регуляция подобного типа, а не сопровождение правила явной мыслью о его соблюдении является необходимым для различения действия, являющегося подлинным соблюдением правила, и действия, случайно совершенного в согласии с ним. Как утверждает Харт, именно поэтому мы можем отличить согласованный с принятым правилом ход взрослого шахматиста от действия ребенка, который просто переместил фигуру на правильное место².

Но как распознать заключенный в правиле обязывающий элемент? Или, другими словами, как понять, что перед нами правило и ему следует подчиниться?

В различных ситуациях один человек может выразить желание, чтобы другой сделал нечто или воздержался от некоторого действия. Когда такое выражение не просто сообщает информацию, но содержит намерение, чтобы человек, к которому обращено желание, под-

¹ Ладов В.А., Суровцев В.А. Витгенштейн и Крипке: следование правилу, скептический аргумент и точка зрения сообщества. Томск, 2008. С. 4–6.

² Харт Г.Л.А. Указ. соч. 2007. С. 143–144.

чинился, тогда в языке обычно используется специальная языковая форма, называемая повелительным наклонением, или императивом, например, «Ступай домой!», «Иди сюда!», «Стой!», «Не убивай его!»¹. Очевидно, что подобные выражения побуждают человека к определенным действиям, формируя социальное поведение. Осознание того, что слова выполняют не только дескриптивную функцию, а играют активную роль, позволяет выйти за рамки изучения пропозициональной стороны языка и сосредоточиться на коммуникативной стороне речи, что находит свое отражение в специфическом направлении философии обыденного языка – теории речевых актов. Анализ понятий «использования», или «употребления» в терминах теории речевых актов, позволяет рассматривать язык не с точки зрения значений составляющих его выражений, но, в первую очередь, как совокупность *действий*. В конечном счете, речевые действия понимаются как своеобразное *социальное поведение*, т.е. как ряд поступков, которые при определенных обстоятельствах ожидаются социумом от индивида.

В рамках теории речевых актов императив первоначально не рассматривался в качестве особого речевого акта. Например, британский лингвистический философ Дж.Л. Остин не выделял императивы в отдельную группу, указывая лишь на то, что термин «перформатив» используется в соответствующих ситуациях и конструкциях примерно так же, как мы употребляем термин «императив»². Однако уже Харт отмечает потребность в различии разновидностей императивов по отношению к контексту, задаваемому социальной ситуацией. Вопрос о том, в каких стандартных ситуациях употребление высказываний в повелительном наклонении может быть классифицировано как «приказ», «прошение», «запрос», «команда», «указание» или «инструкция», является методом не только обнаружения лингвистических фактов, но и способом выявления сходств и различий между всевозможными социальными ситуациями и отношениями, распознаваемых в языке³. Следствием этого является особая важность их понимания для изучения права и морали.

В классификации речевых актов Дж. Серла роль императивов в некоторой степени выполняют директивы, где последние представляют собой речевые акты, в которых говорящий намеревается

¹ Харт Г.Л.А. Указ. соч. 2007. С. 26.

² Остин Дж.Л. Слово как действие // Новое в зарубежной лингвистике / отв. ред. Б.Ю. Городецкий. М., 1986. Вып. XVII. С. 27.

³ Харт Г.Л.А. Указ. соч. 2007. С. 242.

принудить слушающего осуществить нечто такое, что соответствует продуцируемому интенциональному содержанию¹. Совершение речевого акта относится к тем формам поведения, которые регулируются правилами. По мнению Серла, необходимо проводить различие между двумя видами правил. Одни правила регулируют формы поведения, которые существовали до них; другие правила не просто регулируют, но создают или определяют новые формы поведения. Правила первого типа Серл называет регулятивными, а второго – конститутивными². Регулятивные правила обычно имеют форму императива, например, «Мойте руки перед едой», в то время как конститутивные правила не являются императивными, поскольку сами содержат то, что определяют, например, правила футбола содержат в себе определение понятия «гол». Серл отдает предпочтение изучению именно конститутивных правил, отмечая, что семантику языка следует рассматривать как ряд систем конститутивных правил, регулятивные же правила он уподобляет правилам общения, в которых выражаются формы социального поведения.

Итак, с точки зрения теории речевых актов предварительно можно отметить, что императив удовлетворяет условиям речевой ситуации, которая содержит принуждающий элемент действовать определенным образом и при этом выражает регулятивное правило. Следует отметить, что эти характеристики как раз подходят для выражения правовой нормы, как она была представлена выше. Необходимо, однако, выяснить какого рода императивы в наибольшей степени соответствуют выражению именно правовой нормы.

Характеризуя стандартный способ употребления повелительного наклонения в языке, следует отличать случай, когда говорящий в качестве информации о себе самом просто сообщает о том, что он желает, чтобы другой поступил определенным образом, от случая, когда он говорит с намерением сделать так, чтобы другой действительно поступил указанным образом³. Учет характерных особенностей использования выражений повелительного наклонения необходим, но не достаточен для того, чтобы выявить намерение одного лица (употребляющего императив) заставить другого поступить так, как того желает говорящий. Обязательным условием является желание говорящего донести до слушающего, что цель императива как

¹ Серл Дж.Р. Классификация иллокутивных актов // Новое в зарубежной лингвистике / отв. ред. Б.Ю. Городецкий. М., 1986. Выпуск XVII. С. 182.

² Серл Дж.Р. Что такое речевой акт? Философия языка. М., 2010. С. 59.

³ Hart H.L.A. Signs and Words // The Philosophical Quarterly. 1952. Vol. 2. P. 61.

раз и есть реализация этого желания, и тем самым повлиять на то, чтобы он поступил именно так, а не иначе.

Одной из сложностей, которая возникает при анализе общего понятия «императив», является то обстоятельство, что для приказов, команд, просьб и других разнообразных форм императивов, несмотря на их лингвистическую близость, не существует общего слова, которое точно выразило бы намерение говорящего, чтобы другой совершил или воздержался от совершения определенных действий; аналогично нет одного слова и для обозначения совершения или воздержания от совершения этого действия¹. Все обычные выражения (такие, как приказы, требования, повиновение, подчинение) содержат оттенки тех различных ситуаций, в которых они обычно используются. Например, воинский приказ старшего по званию существенно отличается от приказа вооруженного грабителя отдать ему все, что у вас есть. Для описания этих и других подобных ситуаций использование слов «приказ» и «подчинение» (как жертва в ситуации с вооруженным грабителем, так и младший по званию *должны* подчиниться) не всегда корректно. Поскольку эти слова едва ли адекватно описывают, например, ситуацию с грабителем, ибо приказ предполагает авторитетность (или субординацию) лица, его отдающего, в то время как подчинение часто расценивается как смирение, покорность и в некоторых случаях уважение (например, сына перед отцом, ученика перед учителем и т.д.). Даже такие высказывания, часто используемые в повседневной жизни, как «Сказать, чтобы некто сделал нечто», невозможно однозначно проинтерпретировать, поскольку не всегда ясно, приказ это или просьба.

Обратимся теперь к предоставительно-обязывающему характеру правовой нормы. Выше мы отмечали, что заключенное в норме правило поведения выражается такими языковыми конструкциями, как «Поступай так-то и так-то» и «Если хочешь то-то и то-то, поступай так-то и так-то». Право *ipso facto* является эффективным регулятором социальных отношений. Тогда правовые правила должны быть регулятивными правилами, которые, как мы отметили выше, имеют форму императива. Нет сомнений в том, что такие выражения, как «Уважай старших» и «Уступи место пассажирам с детьми и инвалидам», имеют разный прагматический эффект и разную императивную нагрузку. Иногда и сам вопрос, являются ли некоторые из этих выражений правилами, вызывает возражения. Но основное отличие

¹ Афонасин Е.В., Дидикин А.Б. Философия права. Новосибирск, 2006. С. 12.

правовых норм от иных социальных норм как раз и заключается в том, что скрытый в них обязывающий элемент повелевает, руководит и, в конечном счете, определяет наше поведение. Я хочу перейти дорогу (проезжую часть) там, где мне это удобно, а не в том месте, где правовые нормы заставляют меня это сделать. Я не хочу пристегивать ремни безопасности, находясь в транспортном средстве, поскольку вопрос безопасности – это вопрос моего отношения к безопасности. Однако соответствующие нормы права вынуждают, заставляют меня это сделать.

Выражение «предоставительно-обязывающий характер», как кажется, сбивает с толку. Догматическая юриспруденция говорит нам о том, что посредством правового воздействия на поведение людей право выполняет регулятивную и охранительную функции. Можно ли *предоставлять* нечто и *обязывать* нечто сделать одновременно? Ответ догматической юриспруденции – нет. Предлагая нам меры возможного и должного поведения, заключенные в правовой норме, право указывает на то, какие образцы или стандарты поведения являются приемлемыми для данного общества. Тем самым право как бы *предоставляет* нам право выбора линии поведения, и если мы выбрали правильную (в смысле, активную правомерную) линию поведения, то *обязывает* ее придерживаться. Но это не подлинный выбор, ведь правило не дает нам свободы выбора, как говорил Витгенштейн, «правило, единожды наделенное определенным значением, прочерчивает линии следования через все пространство»¹. Вообще сложно представить, что есть выбор в том, что можно воспользоваться предоставленным нормой права правомочием или от него отказаться. Следует ли в таком случае говорить о выборе? Находясь в рамках правовой системы, мы обязаны (а не можем) использовать для достижения поставленных целей лишь дозволенные (разрешенные) с точки зрения права средства. Мы не выбираем то, подходят ли предоставленные средства для решения конкретного вопроса, а выбираем из того, что нам предоставлено. В этом смысле мы обязаны выбрать определенный вариант поведения и обязаны ему следовать, или, как говорили римские юристы: *Id tantum possumus quod de jure possumus*. Возможно, именно в этом и заключается суть регулятивного воздействия правового правила. Но если это так, тогда все правовые правила имеют обязывающий характер, а значит, и императивную природу. В этом и заключается основная особенность

¹ Витгенштейн Л. Указ. соч. С. 167.

юридического языка, поскольку для экспликации императивного характера правовых правил достаточно самого факта наличия данного правила в конкретной правовой системе. Кроме того, не имеет значения вопрос, какая лингвистическая форма у императива (приказ, команда, просьба и т.д.), т.к. это всегда правовое *правило*.

Конечно, слова, обязывающие нас нечто сделать, встречаются и в обыденном языке. Но у этих слов тоже есть свои семантические и прагматические оттенки, например, у таких выражений, как «Мужчина *обязан* заботиться о своей женщине» и «Каждый *обязан* платить налоги», слово «обязан» имеет *prima facie* разный экспрессивный и императивный эффект. Поэтому целью лингвистического анализа является не установление эмпирических фактов, хотя учет контекста социального взаимодействия, безусловно, важен, но раскрытие исчерпывающего репрезентативного содержания используемых понятий. Наиболее удачным примером анализа обязывающих слов является случай с вооруженным грабителем, который был подробно рассмотрен Хартом¹.

Итак, *X* приказывает *Y* отдать деньги, угрожая в противном случае убить его. Согласно теории принуждающих приказов британского правоведа Дж. Остина, эта ситуация иллюстрирует понятие обязательства или обязанности в целом². Правовые обязательства могут быть обнаружены и определены на основании этой ситуации: *X* должен быть сувереном, которому по привычке повинуются, а приказы должны носить общий характер и предписывать типы поведения, а не совершение отдельных действий. Схема с вооруженным грабителем – это именно тот случай, когда мы уверенно можем сказать, что *Y*, если он принял решение повиноваться, будет *должен* отдать свои деньги. Однако, с другой стороны, ясно, что мы ошибочно истолкуем смысл ситуации, если скажем, что *Y* *имел долг* или *обязанность* отдать деньги. Поэтому для должного понимания смысла понятия «обязанность» мы нуждаемся в соответствующем аналитическом инструментарии. Необходимо объяснить различие между утверждением, что некто *был должен* совершить определенные действия, и утверждением, что он *имел обязанность* совершить его. В первом случае, отмечает Харт, речь идет, как правило, о побуждениях и мотивах для совершения действия: в случае с грабителем *Y* должен был

¹ Харт Г.Л.А. Указ. соч. 2007. С. 88–90.

² Austin J. The Province of Jurisprudence Determined. Cambridge University Press, 1995. P. 14–18.

отдать свои деньги потому, что думал, что в противном случае с ним случится нечто весьма неприятное, и выполнил приказание для того, чтобы избежать этих последствий. В подобных случаях перспектива, которая открывается перед агентом, стоящим перед выбором, в случае, если он откажется повиноваться, делает действия, которые он предпочел бы совершить в противном случае (сохранить свои деньги), заведомо менее приемлемыми. И все же, хотя подобные ссылки на общие представления о серьезности вреда и разумную оценку вероятности его нанесения имплицитно присутствуют в этой ситуации, утверждение, что этот человек *был обязан* повиноваться другому, в целом носит психологический характер и касается представлений и мотивов, на основании которых совершается действие. Утверждение, что некто *имел обязанность* совершить определенные действия, принципиально отличается от утверждения, что этот человек *был обязан* повиноваться другому. Дело не только в том, что в случае с вооруженным грабителем факторы, определяющие поведение *У*, а также его оценку ситуации и мотивы выбора того или иного способа действия, достаточны, чтобы обосновать утверждение, что *У* был должен отдать свой кошелек, однако не достаточны, чтобы обосновать утверждение, что этот человек имел обязанность совершить данное действие. Верно также и то, что факторы подобного рода, т.е. факты, касающиеся оценки и мотивов, не являются необходимыми для того, чтобы сделать утверждение о том, что человек имел обязанность, истинным. Равно как и нет противоречия в том, чтобы сказать о закоренелом жулике, что он имел обязанность заплатить арендную плату, но не испытывал никаких таких чувств, когда сбежал, не сделав этого. Чувствовать себя обязанным и быть обязанным – это разные, хотя часто и сопутствующие друг другу вещи. отождествлять их было бы ложным истолкованием обязанности как психологического чувства, хотя психологическое отношение и является важным внутренним аспектом правил¹.

Определение Остином обязанности как возможности причинения страданий или наложения санкций является в лучшем случае неубедительным анализом понятия *быть обязанным* сделать нечто, и слишком неподходящим для анализа – *иметь обязанность*². О женщине, которой угрожает бандит, верно сказать, что она была

¹ Харп Г.Л.А. Указ. соч. 2007. С. 93.

² Hart H.L.A. Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer // University of Pennsylvania Law Review. 1957. Vol. 105. P. 966. (Здесь и далее цит. по англоязычному изданию). См. перевод на русский язык в «Приложении».

обязана отдать ему свой кошелек, если боится расправы, но на основании этих фактов было бы абсурдным сказать, что у нее было обязательство отдать ему свой кошелек. Различные логические следствия приписываются, соответственно, высказываниям «Она имела обязательство это сделать» и «Она была обязана это сделать», и понятие обязательства можно прояснить, только сделав это явным. Например, было бы противоречивым сказать, что «Она была обязана отдать свой кошелек, но этого не сделала», но в том, чтобы сказать «Она имела обязательство передать кошелек, но этого не сделала» никакого противоречия нет. Сходным образом было бы противоречивым сказать «Она была обязана отдать кошелек, но не боялась неблагоприятных последствий в случае невыполнения или отказа сделать это»; но никакого противоречия нет в том, чтобы сказать «У нее было обязательство отдать кошелек и не бояться неблагоприятных последствий в случае невыполнения или отказа сделать это».

Эти различия очерчивают два различных, хотя и соотносящихся понятия и поэтому два различных типа социальных ситуаций¹. Ключевым различием является следующее. Сказать кому-то, что он имеет обязательство совершить действие, не является ни оценкой его шансов на ущерб, если он чего-то не сделает, ни психологическим высказыванием о нем, например, что он сделал это из страха перед наступлением неблагоприятных последствий. Наоборот, это значит указать его позицию в отношении к правилу – необходимому руководству к действию в ситуации, подобной этой. Правила (такого типа) существуют тогда, когда данная социальная группа трактует определенные типы действия (которые либо прямо, либо косвенно определены законодательной властью) как *стандарты* поведения. Это, в свою очередь, означает: 1) что отклонение от определенных типов действий (в отличие от несоблюдения того, что просто привычно) обычно критикуется как отступничество и воспринимается как правомерное указание на необходимость употребления различных вариантов серьезного давления, принуждения или наказания («санкций») в отношении субъектов девиантного поведения; 2) что отсылка к общему одобрению стандарта принимается как причина или оправдание для требований соблюдать, даже если в любом *отдельном* случае не может быть никакого «шанса» для санкций за несоблюде-

¹ См.: *Benditt Th.M.* On 'Levels of Rules' and Hart's Concept of Law // *Mind*. 1974. Vol. 83. P. 422–423; *Bernstein R.* Professor Hart on Rule of Obligation // *Mind*. 1964. Vol. 73. P. 563–566; *Gerber D.* Levels of Rules and Hart's Concept of Law // *Mind*. 1972. Vol. 81. P. 102–105.

ние и боязни их применения¹. Следовательно, «Он был обязан» и «Он имел обязательства» могут расходиться в особом случае, где отсутствует страх перед несоблюдением. Верно, конечно, и то, что в обычной правовой системе, где санкции применяются нормально и единообразно, такие случаи расхождения будут исключением, но различие остается и сохраняется важность понимания как понятия обязательства, так и соответствующего типа правила. Как только утверждается, что санкции обычно следуют за несоблюдением, то из этого ошибочно делается вывод, что «наличие обязательства» заключается просто в наличии угрозы применения санкции, и поэтому невозможно иметь обязательство, если санкция за несоблюдение не предполагается.

Таким образом, мы приходим к следующим выводам, которые подтверждают изначально заявленную гипотезу, что все правовые правила имеют обязывающий характер, а значит, и императивную природу. Основная особенность юридического языка как раз и заключается в том, что для экспликации императивного характера правовых правил достаточно самого факта наличия данного правила в конкретной правовой системе. Кроме того, применение отдельных положений теории речевых актов в юридическом языке позволило показать, что не имеет значения вопрос, какая лингвистическая форма у императива (приказ, команда, просьба и т.д.) и в каких формах выражается принуждающая сила правового правила в рамках реализации императивной функции языка, так как это всегда правовое *правило*.

2.2. Отменяемость и юридический язык: в защиту Г. Харта

(Оглезнев В.В.)

В 1949 году Герберт Харт опубликовал свою первую научную статью, посвященную исследованию применения методологии аналитической философии языка в сфере права, под названием «The Ascription of Responsibility and Rights» («Приписывание ответственности и прав»)². Эта работа вызвала острый интерес у англо-

¹ Hart H.L.A. Op. cit. 1957. P. 966.

² Hart H.L.A. The Ascription of Responsibility and Rights // Proceedings of the Aristotelian Society. 1949. Vol. 49. P. 171–194. См. русский перевод: Харт Г.Л.А. Приписывание ответственности и прав // Правоведение. 2010. № 5. С. 116–135. (Здесь и далее цит. по русскоязычному изданию).

американских аналитических философов. И еще в течение многих лет этот труд вызывал бурные дискуссии, рецензии, обоснованную и необоснованную критику и одобрение. Тем не менее именно публикация «Приписывания ответственности и прав» прославила Харта в философской академической среде и обеспечила широкое обсуждение его философской концепции. Позднее Харт откажется от изложенной в этой статье идеи, посчитав ее ошибочной, и больше никогда к ней не возвратится (ни в виде упоминания, ни в виде цитирования). Однажды он даже признается: «В ней [в «Приписывании ответственности и прав»] были некоторые весьма интересные и верные мысли, но, думаю, были и определенные ошибки. Я утверждал, что суждение, что человек совершил действие, является не дескрипцией, а аскрипцией, скажем, в смысле способа утверждения его ответственности. Теперь я так не считаю»¹. Примечательно еще и то, что он не включит ее (хотя должен бы исходя из названия) в свой сборник «Punishment and Responsibility. Essays in Philosophy of Law», отметив во введении к нему, что основные положения этой статьи теперь не кажутся ему столь верными и очевидными и что большая часть критических замечаний, сделанных по ее поводу, оправданна и обоснованна².

Что стало истинной причиной отречения от не разработанной до конца концепции, к сожалению, неизвестно. Возможно, это – неприемлимая критика³, которая обрушилась на Харта со стороны, прежде всего, философского сообщества и которая вынудила его retirроваться, оставив оппонентов без комментариев и без повода для дальнейших дискуссий. Но тем не менее идеи, представленные в «Приписывании ответственности и прав» (прежде всего, аскриптивность и отменяемость юридических понятий), определили основные векторы развития не только современной философии права, но и эпистемологии, философии языка и философии науки⁴. Кроме то-

¹ Sugarman D. Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman // Journal of Law and Society. 2005. Vol. 32, No. 2. P. 276.

² Hart H.L.A. Punishment and Responsibility. Essays in Philosophy of Law. Oxford Clarendon Press, 1968. P. 6.

³ См., напр.: Geach P.T. Ascriptivism // Philosophical Review. 1960. Vol. 69, No. 2. P. 221–225; Pitcher G. Hart on Action and Responsibility // Philosophical Review. 1960. Vol. 69, No. 2. P. 226–235; Yolton J.W. Act and Circumstance // The Journal of Philosophy. 1962. Vol. 59, No. 13. P. 337–350; Hall J. Analytic Philosophy and Jurisprudence // Ethics. 1966. Vol. 77, No 1. P. 14–28.

⁴ См.: *Defeasibility in Philosophy. Knowledge, Agency, Responsibility, and the Law*. Claudia Bloser, Mikael Janvid, Hannes Ole Matthiessen and Marcus Willaschek (Eds.) Amsterdam/New York, NY, 2013.

го, отдельные постулаты отстаиваемой Хартом идеи отменяемости придали новый импульс развитию немонотонной логики и теории искусственного интеллекта¹.

Анализируя основания юридического языка, Харт пришел к выводу, что правовые понятия имеют, по меньшей мере, две характерные особенности, а именно, неопределенность и отменяемость (*defeasibility*). Несмотря на то, что эти свойства можно обнаружить и у *неправовых* понятий, для Харта они являются неотъемлемыми существенными элементами *именно* правовых понятий; правовые понятия приобретают эти свойства в результате своей реализации (конкретной юридической процедуры), которые, становясь имплицитными их характеристиками, и позволяют, в конечном счете, отличить правовые понятия от *неправовых*.

Идея отменяемости понятий, по мнению Харта, лучше всего иллюстрируется правовыми ситуациями. Общепринято понимать право как систему правовых понятий, таких как «договор», «причинение вреда» и др., установленных законодательным органом или другим источником и определенных настолько хорошо, что судья при принятии решения просто говорит «Да» или «Нет» применительно к вопросу, соответствуют ли факты содержанию правового предписания, определяющего необходимые и достаточные условия «договора», «причинения вреда». Подобное понимание искажает реальную правовую процедуру. Невозможно, считает Харт, дать определение или объяснить понятие «договор», например, определяя необходимые и достаточные условия его применения; это можно сделать, лишь перечисляя необходимые условия, учитывая имеющиеся исключения или отрицательные примеры, указывающие, где понятие не может быть применено или может быть применено в более упрощенной форме². Отсылка к отменяемому аспекту действия есть отсылка к правилам, которые релевантны определенным видам поведения, поскольку понятие действия является социальным понятием и логически зависит от принятых правил поведения.

Такие высказывания, как «Это – мое», «Это – твое», «Это – его», «Это сделал я», «Это сделал он» и «Это сделал ты», обычно интерпретируются как дескриптивные или экспрессивные. Но подобная интерпретация искажает перформативную функцию этих высказы-

¹ *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility* / Jordi Ferrer Beltran, Giovanni Battista Ratti (Eds.). Oxford University Press, 2012.

² Харт Г.Л.А. Приписывание ответственности и прав // Правоведение. 2010. № 5. С. 121–122.

ваний. Если я говорю «Это – твое» о какой-то ценной вещи, то отнюдь не описываю некое положение дел, но приписываю определенные права на эту вещь; аналогично, в судебном решении «Смит виновен в убийстве жены», наблюдается соединение конкретного эмпирического факта (например, того, что он дал жене смертельную дозу яда) и юридических последствий, вызванных этим фактом. «Твое» и «Не твое» не являются дескриптивными понятиями, которые могут быть отвергнуты, а не опровергнуты дополнительными фактами. Дать определение понятию «Твое» возможно лишь при учете его *отменяемого* характера, так как выражение «Это – твое» представляет собой смешение физического факта твоего владения с приписыванием права, если только ты это не украл или не сделал чего-то такого, что смогло бы поставить под сомнение твое владение. Рассмотрение отменяемого характера правовых понятий помогает объяснить, каким образом высказывания о фактах подтверждают или опровергают правовые выводы, и, тем самым, интерпретировать фразы, используемые юристами для связи между фактом и законом, когда они говорят о «правовом результате или последствиях фактов», «правовом заключении, выведенном из фактов» или о «последствиях, приписанных фактам»¹. Все юридические понятия, заключает Харт, непременно отменяемы; и попытка интерпретировать отменяемость просто как отсутствие определенных необходимых условий, т.е. интерпретировать все правовые высказывания как дескриптивные, неудачна потому, что она искажает логический характер способов защиты нарушенного или оспариваемого права.

Изложенная в довольно сжатой форме позиция Харта касательно отменяемости способствует формулировке двух ключевых тезисов, которые в рамках данной работы имеют важное методологическое значение, поскольку позволяют не только выделить две разновидности отменяемости, но и продемонстрировать при разборе отдельных критических аргументов оппонентов Харта пагубность их смешения.

1. Сказать «Это сделал он» (например, «Смит ее ударил» – пример Харта) – значит совершить, как минимум, два действия, а именно, (а) утверждать, что его тело совершило определенные физические движения, и (б) требовать привлечения его к ответственности (в форме наказания или порицания) за то, что он сделал. Если кто-то вдруг скажет «Смит ее ударил случайно», то несмотря на наличие необходимых и достаточных условий совершения такого рода дей-

¹ Харт Г.Л.А. Указ. соч. 2010. С. 126.

ствий, как ударить кого-то, нельзя ссылаться ни на (а) ни на (b), поскольку в этом случае действие отменяемо. Иными словами, действие становится отменяемым, если имеются отменяемые условия типа «случайность», «принуждение», «неосторожность» и др., т.е. отменяется сам факт совершения определенного действия. Данный вид отменяемости условно можно назвать *онтологической отменяемостью*.

2. Такие понятия, как «(имеющий юридическую силу) договор», «причинение вреда», «ответственность», «умысел» и др., являются отменяемыми, потому что они не могут быть должным образом охарактеризованы без ссылки на условия, которые отменили бы их применимость. Невозможно дать определение или объяснить эти понятия, например, определяя необходимые и достаточные условия их применения; это можно сделать, лишь перечисляя необходимые условия, учитывая имеющиеся исключения или отрицательные примеры, указывающие, где понятия вообще не могут применяться или могут применяться в более упрощенной форме. Этот вид отменяемости мы обозначим как *концептуальная отменяемость*.

Действительно, идея отменяемости Харта вызвала огромный шквал критики, причем отдельные критические замечания были настолько серьезны, что Харт был вынужден отказаться от этого проекта. Но это только подстегнуло интерес к отменяемости как таковой и ее экспликации в различных типах дискурса. Мы же обратимся к анализу отдельных критических концепций, уже ставших «классическими», и рассмотрим, насколько они, действительно, *критичны* для идеи Харта.

Кристофер Черри в статье «The Limits of Defeasibility»¹ развивает два критических аргумента. 1. Понятие действия не является отменяемым, т.е. утверждение, которое отменяет (уменьшает или смягчает) применение юридических понятий в конкретных ситуациях, ничего не говорит нам о самом понятии действия. 2. Если бы понятие действия было отменяемым в том смысле, в котором отменяемыми является большинство юридических понятий, то понятия ответственности, используемого Хартом, и даже понятий ответственности и действий, которые мы используем в повседневной жизни, не существовало бы.

По мнению Черри, основным условием нашего использования понятия ответственности, с которым мы часто сталкиваемся, является то, что по отношению к юридическим понятиям оно должно от-

¹ Cherry C. The Limits of Defeasibility // Analysis. 1974. Vol. 34, No. 3. P. 101–107.

личаться от того, как оно применяется к неюридическим понятиям действия. Наше основное понимание ответственности предполагает, что правильное утверждение, что *X* совершил нечто случайно, по принуждению и т.д., не отменяет и ни в коей мере не влияет на обоснованность замены *X* на любое неюридическое понятие действия¹. Черри считает, что необходимо различать отменяемое выражение «Не подтверждено, что ‘А совершил *X*’» и выражение «Верно, что ‘А совершил *X* определенным способом *M*’». То есть «утверждать, что А совершил *X* безответственно, где *X* – юридическое понятие, значит отменить утверждение, что на самом деле это было *X*, которое А совершил. Напротив, утверждение, что А совершил *X* безответственно, где *X* – неюридическое понятие, не предполагает того, что имело место нечто иное, чем *X*, которое А совершил»². Иными словами, «то, что А совершил *X* случайно... предполагает, что А совершил *X*»³.

Для подтверждения своей мысли Черри предлагает рассмотреть специфический пример, связанный с употреблением понятия «играть в шахматы». Игра в шахматы является той игрой, в которой едва ли что-то можно сделать случайно (нельзя сказать «Он играет в шахматы неосознанно»), однако нет ничего странного, по мнению Черри, в утверждении «Он играет в шахматы, но вынуждает его это делать направленное на него дуло пистолета». Вообще у факта, что кто-то вынужден выполнить действие (в неюридическом смысле), нет ни малейшей возможности «смягчить или уменьшить обвинение» за то, что он выполняет некое действие. А поскольку определенные глаголы, индексирующие действие (как «играть в шахматы»), не могут быть видоизменены, поэтому их нельзя путать с отменяемостью. Утверждение «А играет в шахматы неосознанно» звучит (и выглядит) странно не потому, что наречие отменяет (или уменьшает) утверждение, сделанное на основе наблюдаемых фактов, что А действительно играет в шахматы, но скорее потому, что вероятность того, что у нас могла бы появиться хоть какая-то серьезная причина совместного применения глагола и наречия, исключительно мала. Этот случай отличается от тех вроде «Он заключил договор неосознанно», где совершенно отчетливо проявляется механизм отменяемости, так как довольно часто для этого есть необходимая

¹ Cherry C. Op. cit. P. 101.

² Cherry C. Op. cit. P. 104.

³ Cherry C. Op. cit. P. 106.

причина¹. То есть Черри хочет показать, что невозможно использовать глагол, который указывает на совершение действия, совместно с наречием, отменяющим это действие.

Харт же, напротив, придерживается точки зрения, что между высказываниями «А совершил X определенным способом М» и «А совершил X» есть определенная аналогия. Например, если под X понимать «играть в шахматы», а под М – «под дулом пистолета», то между формами этих предложений можно установить некоторое сходство, по крайней мере, по фактическому содержанию. Харт допустил бы употребление высказывания «Он сыграл в шахматы» одновременно с «Он сыграл в шахматы под дулом пистолета». Отменяемость этих выражений связана не с приписыванием действий (играть в шахматы), но с приписыванием ответственности (за игру в шахматы). Выражение «Он ее ударил», по Харту, одновременно и приписывает ответственность, и описывает некий акт, но не совмещает их («Он ее ударил случайно»). Черри не придает особого значения этому факту; и как результат подобного игнорирования – неправильная интерпретация концепции Харта и выдвижение некорректных выводов. Черри отмечает, что пример Харта с «убийством», иллюстрирующим отменяемый характер юридических терминов, неубедителен, ибо убийство (равно как и глагол «to murder») не является разновидностью тех действий, что могут быть совершены случайно, но при этом оставаться убийством. Здесь Черри пытается показать различие между глаголами «to kill» и «to murder», первый из которых является примером слова обыденного языка, а второй – примером юридического языка. По мнению Черри, недостатком примеров Харта, содержащих глагол «to murder», как раз и является то, что они имеют техническое употребление. Схожую мысль мы находим у Джорджа Питчера; он называет эти глаголы «condemnatory verbs» (осуждающие или обвиняющие), к ним относятся: «to murder», «to lie», «to steal», «to cheat». Для этих глаголов он устанавливает соответствующие «ближайшие эквиваленты»: «to kill», «to tell a falsehood», «to take», «to misplay»².

Но отменяемость для Харта важна и необходима, поскольку, например, «ссылка на 'провокацию' в делах об убийстве в случае успеха 'сводит' то, что в противном случае было бы убийством, к не-

¹ Cherry C. Op. cit. P. 103.

² Pitcher G. Hart on Action and Responsibility // The Philosophical Review. 1960. Vol. 69, No. 2. P. 230–231.

предумышленному убийству»¹. Кроме того, пишет Харт, «обычный человек, не юрист, мог бы сказать, что в этих случаях движения лица были ‘ненамеренными’ или ‘не управлялись им’ и что если бы мы называли эти движения ‘действиями’, то лишь в минимально возможном из всех смыслов этого широко используемого слова, т.е. в том смысле, в котором оно охватывает все, что можно сказать, соединяя глагол с одушевленным подлежащим. Не считая этого по сути всеохватывающего смысла, для простого человека, как и для юриста, было бы важным отграничивать скатывание с лестницы от схождения по лестнице вниз как что-то, что “на самом деле” вовсе не является действием»².

Хартовская идея отменяемого характера правовых понятий (выражений) также ставится под сомнение Майклом Бэйлзом в монографии «Hart’s Legal Philosophy: An Examination»³. Бэйлз пишет: «Хотя он [Харт] отказался переиздать статью [«Приписывание ответственности и прав»], поскольку ‘основные ее положения больше не кажутся... верными’, тем не менее неясно, отказался ли он собственно от анализа отменяемых понятий в пользу идеи, что человеческое действие есть приписывание подобного понятия»⁴.

Весьма сомнительным выглядело бы утверждение, что Харт отказался от идеи отменяемости. И вот почему: «Большинство психологических условий... признаются с точки зрения права важными, но не в качестве *оправдывающих* условий, но условий *признания недействительным*. Таким образом, завещание, дарение, брак и (подвергающийся многим исключениям) договор могут быть признаны недействительными, если заинтересованная сторона была признана невменяемой, заблуждалась относительно юридического характера договора или относительно некоторого ‘существенного’ его условия, или если она была подвергнута насилию, принуждению, или была введена в заблуждение другой стороной. В уголовном праве есть очевидные аналоги ошибки, несчастного случая, принуждения, насилия, невменяемости, которые допускаются в качестве оправдывающих условий»⁵. Харт призывает «обратить внимание на анало-

¹ Харт Г.Л.А. Указ. соч. 2010. С. 121.

² Hart H.L.A. Acts of Will and Responsibility // Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law. Oxford University Press, 1968. P. 92.

³ Bayles M.D. Hart’s Legal Philosophy: An Examination. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992.

⁴ Bayles M.D. Op. cit. P. 12.

⁵ Hart H.L.A. Legal Responsibility and Excuses // Determinism and Freedom in the Age of Modern Science, Proceedings of the First Annual New York University Institute of Philosophy. New York: New York University Press, 1958. P. 87.

гию между условиями, которые принимаются уголовным правом в качестве *оправдывающих*, и схожими с ними условиями, которые в другой отрасли права считаются *признающими недействительность* определенных гражданских правоотношений, таких как завещание, дарение, договор и брак»¹. Эти рассуждения Харта, изложенные в работе, написанной позже «Приписывания ответственности и прав», свидетельствуют о том, что хотя он и не употребляет термин «отменяемые условия», но использует вместо него – «условия, признающие недействительность» (т.е. условия, лишаящие нечто юридической силы). Отстаиваемая Хартом идея, что «рассмотрение отменяемого характера правовых понятий... показывает, насколько ошибочно было бы впадать в искушение отождествить значение правового понятия, скажем 'договора', с высказыванием условий, при которых договоры имеют силу, поскольку, благодаря отменяемому характеру этого понятия, такое высказывание, хотя оно и выражало бы необходимые, а иногда и достаточные условия применения 'договора', не могло бы выражать условия, которые достаточны всегда»², превращается в утверждение, что оправдывающие (освобождающие от ответственности) условия, присутствующие в уголовном праве, во многих отношениях схожи с условиями, признающими недействительность (лишающими юридической силы), присутствующими в гражданском праве. Прежде неделимое понятие «defeating» начинает им рассматриваться как состоящее из «excusing» (касательно ответственности, наказания и проч.) и «invalidating» (касательно договоров, завещаний, браков и проч.).

Бэйлз, интерпретируя Харта, отмечает, что для определения (в том числе отменяемых) понятий можно было получить логическую форму необходимых и достаточных условий, преобразуя условие «unless» в отрицательную дизъюнкцию. Но чтобы избежать этого преобразования, следует различать положительные и отрицательные условия. По его мнению, такое различие вполне оправдано. Поскольку ответ на вопрос, является ли отсутствие возражений о невменяемости отрицательным условием, показывает, что отсутствие возражений, по-видимому, есть положительное условие³. Но ведь Харт определенно говорит, что «даже если бы эта программа была осуществлена для возражений, включающих 'ментальный'

¹ Hart H.L.A. Op. cit. 1958. P. 83.

² Харт Г.Л.А. Указ. соч. 2010. С. 126.

³ Bayles M.D. Op. cit. P. 12.

элемент, трудно видеть, как ее можно реализовать в отношении других возражений, с помощью которых можно было бы оспорить пункты договора, а, соответственно, отменяемый характер все еще сохранялся бы»¹.

Утверждая, что этот ход рассуждений Харта покоится на развиваемой им идее об «открытой текстуре языка», Бэйлз заключает, что, «поскольку все понятия имеют открытую текстуру, это не может служить основанием для выделения специального класса отменяемых понятий»². Харт утверждает, что правовым понятиям присуще «ядро» (core) и «полутень» (penumbra) значения, т.е. набор как очевидных, центральных, так и неясных, пограничных, маргинальных случаев употребления. Или «в ситуации со всем, что мы готовы называть правилом, можно различить ясные основные случаи, когда оно явно применимо, и иные, когда есть основания и для утверждения, и для отрицания его применимости. Ничто не может устранить этот дуализм ‘ядра определенности’ и ‘полутени сомнений’, когда мы подводим отдельные случаи под общие правила. Это придает всем правилам пограничную зону неясности или ‘открытой текстуры’»³. Мы видим, что, когда Харт говорит о «полутени сомнений», об «открытой текстуре», о неясности и неопределенности значения правовых понятий, он как раз имеет в виду то, что эти обстоятельства суть их отменяемого характера.

Далее Бэйлз формулирует свой радикальный вывод: «Возражения отменяют квалификацию, а не применение понятий. Возражения препятствуют юридической действительности договора, в то время как юридически недействительный договор предполагает их существование»⁴. Напротив, Харт говорит: «Ясно, что без указания на эти чрезвычайно разнородные возражения и способы, которыми они соответственно отменяют или ослабляют притязания договора, никакой адекватной характеристики договора как правового понятия дать нельзя. Отменяемость договора – это его сущностная характеристика, которая не может быть вынесена за скобки, и игнорировать это – значит неправильно его трактовать»⁵. Важно подчеркнуть, считает Харт, что, хотя нормативные внутренние утверждения одинаково необходимы и безопасны для анализа правового мышления, из этого

¹ Харт Г.Л.А. Указ. соч. 2010. С. 124.

² Bayles M.D. Op. cit. P. 13.

³ Харт Г.Л.А. Указ. соч. 2007. С. 127.

⁴ Bayles M.D. Op. cit. P. 13.

⁵ Харт Г.Л.А. Указ. соч. 2010. С. 122.

совсем не следует, что система права – это «закрытая логическая система» или что юридические утверждения прав и обязанностей или юридическая действительность выводимы из ясных определенных юридических правил. Конечно, здесь присутствует, как и повсеместно в праве, и вопрос ядра определенности значения и полутени сомнений. Но до тех пор, пока в *очевидных* случаях признается основная функция юридической действительности в качестве разновидности внутренних утверждений, мы не поймем их использование в более спорной области полутени.

Хотя это лишь некоторые из множества критических аргументов против идеи отменяемости Харта, но тем не менее анализ этих точек зрения показывает, что их авторы не разграничивают то, что мы называли *онтологической* и *концептуальной* отменяемостью. Конечно, это различие не всегда удастся четко обозначить и эксплицировать, если не допустить, что эти виды отменяемости имеют разные употребления. Одно дело, если мы ставим под сомнение некие факты поведения, которые в случае подтверждения сомнения устраняют или отменяют само действие; другое дело, если мы предлагаем или находим лингвистические условия, отменяющие возможность использования данного понятия в заданном контексте. Представляется, что даже сам Харт не совсем в этом преуспел, поскольку смешивал (или считал ненужным разграничивать) эти два вида отменяемости. Видимо, это положение дел и вынудило его пересмотреть некоторые взгляды, представленные в «Приписывании ответственности и прав», и от некоторых из них отказаться. Но если все-таки допустить существование этого различия, мы можем увидеть, что неубедительность аргументов оппонентов – результат игнорирования ими того факта, что хартовская идея отменяемости может быть эксплицирована без существенных противоречий и отступлений лишь в юридическом языке в рамках строго определенного контекста.

2.3. Г. Харт *versus* Дж. Питчер: историко-философская реконструкция критических аргументов

(Оглезнев В.В.)

«Лингвистический поворот» в истории философии и теории права принято связывать с именем Г.Л.А. Харта. В современной историко-философской и юридической литературе зачастую игнорирует-

ся тот факт, что экспликация лингвистической проблематики в сфере права берет свое начало не в «Понятии права»¹ Харта, а в его первой и скандально известной статье под названием «The Ascription of Responsibility and Rights» («Приписывание ответственности и прав»)², сначала опубликованной в журнале «Proceedings of the Aristotelian Society» (1949), а затем в «Logic and Language» (1951). Публикация именно этой работы, иллюстрирующей, по мнению Н. Лэйси (биографа Харта), «интеллектуальное взаимообогащение теории права и лингвистической философии»³, прославила Харта в философской академической среде и обеспечила широкое обсуждение его философских взглядов. И еще в течение многих лет она вызывала бурные дискуссии, рецензии, обоснованные и необоснованные осуждения и одобрения. В качестве примеров наиболее острой критики сам Харт указывает на работы Питера Гича⁴ и Джорджа Питчера.

Что стало истинной причиной отречения Харта от неразработанной до конца концепции, к сожалению, неизвестно. Мы же здесь попытаемся реконструировать возможную полемику Харта с, пожалуй, самым непримиримым его критиком – Джорджем Питчером, который назвал подход Харта «в корне неправильным» и потребовал основательного его пересмотра и радикальной переформулировки⁵. Кроме того, анализ критических аргументов оппонентов позволит не только разобраться в нюансах философского спора, но, прежде всего, показать направления использования методологии аналитической философии в сфере права. Несмотря на то, что вопросы, которые поднимают Харт и Питчер, имеют трансграничный и междисциплинарный характер, для теории и философии права их освещение и анализ актуальны по сей день.

Основным объектом критической атаки Питчера является главный тезис Харта, согласно которому сказать «Он его ударил» означает не описать физические движения человека, но приписать ему

¹ *Hart G.L.A.* Понятие права. СПб., 2007.

² *Hart H.L.A.* The Ascription of Responsibility and Rights // *Proceedings of the Aristotelian Society*. 1949. Vol. 49. P. 171–194. См. русский перевод: *Харт Г.Л.А.* Приписывание ответственности и прав // *Правоведение*. 2010. № 5. С. 116–135. (Здесь и далее цит. по русскоязычному изданию).

³ *Lacey N.* A Life of H.L.A. Hart: the Nightmare and the Noble Dream. Oxford University Press, 2004. P. 146.

⁴ Анализ критических аргументов Гича против концепции Харта будет рассмотрен в следующем разделе «Проблема Фреге – Гича и аскриптивные высказывания».

⁵ *Pitcher G.* Hart on Action and Responsibility // *Philosophical Review*. 1960. Vol. 69, No 2. P. 226.

ответственность за содеянное. Питчер начинает свой анализ с утверждения, что хотя теория Харта и рассматривает всевозможные человеческие действия, а не какую-то определенную их часть, но при этом в качестве примеров он привлекает случаи с противоправными (или кажущимися противоправными) действиями – вроде мужчина ударил женщину (действительно, Харт часто приводит примеры таких предложений, как «Он ее ударил», «Смит ее ударил» и проч., но они не являются его «стандартными», как их называет Питчер, примерами¹). Но если мы рассматриваем случаи с вполне обычными действиями, такими когда мы говорим «Он сыграл на пианино» или «Он поужинал», можно ли при этих обстоятельствах приписать кому-то ответственность. Определенно, нет, отвечает Питчер. В этих случаях, как и во многих других, нет ничего, что могло бы позволить приписать ответственность за содеянное². Когда нам кто-то говорит «Смит ее ударил», это означает, по Харту, что говорящий приписывает ответственность Смигу. Но за что именно Смит должен быть ответственным? По мнению Питчера, это – резонный вопрос, поскольку, кроме тех случаев, когда кто-то просто является ответственным человеком, т.е. всякий раз, когда лицо признается ответственным (например, за свои слова или поступки, в широком смысле), это всегда означает, что оно несет ответственность за что-то определенное, конкретное. Однако Харт говорит нам, считает Питчер, что Смит ответствен именно за *свои действия*. Вот на этот «резонный вопрос» и пытается ответить Питчер, рассматривая его в качестве основополагающего или отправного момента критики концепции Харта. Кроме того, он утверждает, что только после тщательного анализа употребления предложений типа «Это сделал он» в контексте обычного (не юридического) дискурса можно опровергнуть теорию своего оппонента.

В самом деле, Харт отмечает, что «предложения формы ‘Это сделал он’ традиционно считались дескриптивными, тогда как их основная функция, которую я рискну назвать аскриптивной, буквально заключается в том, чтобы приписывать ответственность за действия»³. По мнению Питчера, подобный ход мысли вряд ли можно считать корректным, несмотря на то, что многие философы (включая Харта) регулярно отмечают, что человек ответствен за свои соб-

¹ См. другие примеры: *Харт Г.Л.А.* Указ. соч. 2010. С. 127–130.

² *Pitcher G.* Op. cit. P. 226.

³ *Харт Г.Л.А.* Указ. соч. 2010. С. 119.

ственные действия. Насколько вообще правильно утверждать, задается вопросом Питчер, что «человек ответствен за свои действия»? Например, если Джонс грабит банк (пример Питчера), то можно ли задаться вопросом – «Ответствен ли Джонс за ограбление банка или за то, что банк ограбили?». Чтобы ответить на этот вопрос, Питчер предлагает (исчерпывающий) перечень случаев, когда лицо несет ответственность:

1) за выполнение поставленных задач (например, сегодня Джонс отвечает за звуковое сопровождение выступающего);

2) за исполнение своих должностных обязанностей (дворник отвечает за чистоту улиц);

3) за исполнение определенных обязательств (родитель отвечает за воспитание своих детей);

4) за нечто, что связано с человеком и находится под его опекой (родитель отвечает за поведение своих детей);

5) за определенные последствия или результаты своих действий (если Джонс безжалостно обошелся с Сисиль, бросив ее, в результате чего у нее случился нервный срыв, можно было бы с уверенностью сказать, что Джонс отвечает за нервный срыв Сисиль)¹.

Именно пятый случай, репрезентирующий основную идею Питчера, представляет особый интерес для разбора его критических аргументов. Первые четыре случая просты и понятны, поскольку они в той или иной степени апеллируют к этимологии слова «ответственность» (ответ, отвечать). Сказать, что Джонс отвечает (несет ответственность) за нервный срыв Сисиль, значит утверждать, что он что-то сделал не так (в этом случае – бросил ее), по крайней мере, его поведение явилось основной причиной ее нервного срыва, и, кроме того, он сделал это таким образом (в данном случае безжалостно), что заслуживает осуждения или порицания. Если бы они расстались добровольно или в более мягкой форме, указывает Питчер, то мы не смогли бы сказать, что он несет ответственность за ее нервный срыв. Вывод Питчера: мы несем ответственность (отвечаем) за большую часть наших действий, имеющих удачный (благоприятный) исход (или результат), а также не имеющих такового, и в отношении них мы не можем говорить о вине или осуждении, но только, при определенных обстоятельствах, о похвале. Иными словами «1) если *x* есть исход (или результат) чего-то, что некто сделал, и 2) если *x* признается

¹ Pitcher G. Op. cit. P. 227.

неудачным (или удачным), то тогда, при определенных обстоятельствах, лицо заслуживает осуждения (или похвалы)»¹.

На наш взгляд, неубедительность (или даже слабость) приведенных аргументов Питчера основана на непоследовательности в его рассуждениях, а именно – на смешении контекстов рассуждения. Питчер не учитывает или попусту игнорирует тот факт, что приписывание ответственности в теории Харта возможно преимущественно (или исключительно) в рамках юридического дискурса. Харт пишет: «В некоторых важных аспектах они [аскриптивные предложения] сходны с формальными исковыми заявлениями, обвинительными актами, признаниями, решениями суда и приговорами, формирующими насколько большую, настолько и важную часть языка юристов. И логические особенности, которые отличают эти виды предложений от дескриптивных предложений, или скорее от теоретической модели дескриптивных предложений, с которой часто работают философы, могут быть лучше всего поняты при рассмотрении определенных особенностей юридических понятий, поскольку они встречаются в юридической практике и процессе»². За пределами юридического языка (например, в контексте морали) некоторые положения Питчера выглядят вполне убедительно, но если мы попытаемся поместить, например, предложенную им «формулу ответственности» в юридический контекст – «Если Джонс ограбил банк и не был при этом задержан полицейскими, т.е. ограбление было успешным (с благоприятным для него исходом), он ни при каких обстоятельствах не может заслуживать похвалы», – то мы получим крайне тривиальный результат. Напротив, в случае неудачи (его задержали полицейские) есть все основания утверждать, что он заслуживает осуждения. Кроме того, Питчер считает, что ни один из (пяти) предложенных им вариантов ответственности не подпадает под формулировку «ответственность за свои действия» в хартовском смысле, поскольку нельзя сказать, что Джонс был обязан, должен или был вынужден ограбить банк; также нельзя сказать, что ограбление банка – это исход или результат действий Джонса, напротив, это то, что он сделал³. Питчер старается подчеркнуть, что следует различать *ответственность за действия* и *ответственность за результаты действий*, т.е. Джонс отвечает не за действия, связан-

¹ Pitcher G. Op. cit. P. 228.

² Харт Г.Л.А. Указ. соч. 2010. С. 119.

³ Pitcher G. Op. cit. P. 228.

ные с ограблением банка, но за сам факт ограбления банка, за факт того, что банк был им ограблен.

Для подтверждения своей точки зрения Питчер приводит следующий пример. Представим ситуацию, что в детском саду в какой-то момент времени воспитатель покидает игровую комнату, но когда возвращается, то обнаруживает, что разбита ваза. Воспитатель спрашивает детей, кто разбил вазу. Джейн говорит: «Это сделал Джонни». По мнению Питчера, это – яркий пример ситуации, когда одно лицо посредством произнесения фразы «Это сделал он» приписывает ответственность другому лицу. Даже если Харт считает, что приписывание ответственности возможно только в ситуациях подобного рода, все равно его утверждение, по мнению Питчера, ложно. Ибо когда Джейн говорит «Это сделал Джонни», приписывая тем самым ему ответственность, это все же не ответственность за те действия, которые она ему приписывает. Согласно Питчеру, уловить это различие можно через различие форм вопроса, который звучал так «Кто несет ответственность за случившееся?» (“Who is responsible for it?”), а не «Кто несет ответственность за действия, что привели к случившемуся?» (“Who is responsible for the act that resulted in this?”). В данном случае воспитатель просто желает знать, чьи действия привели к тому, что ваза разбилась, в то время как вопрос о том, кто *несет ответственность* за случившееся, возникает позже. С точки зрения Питчера, кажется очевидным, что Джейн приписывает ответственность Джонни не за его действия, которые привели к тому, что ваза разбилась, но за разбитую вазу, за сам факт. «Пример, который выглядел многообещающе, – пишет Питчер, – оказывается на деле примером того, что хотя в нем ответственность действительно приписывается, но это не ответственность за действие, что приписывается... разбитая ваза, за которую несет ответственность Джонни, есть результат (или следствие) того, что он сделал»¹.

Иными словами, приписывание ответственности в строгом смысле этого слова возможно лишь в специфических речевых ситуациях, вроде представленной выше, где ответственность имеет индикационный характер, т.е. определяет того, кто *ответит* за случившееся. Это приводит Питчера к двум выводам², что, во-первых, тезис Харта, что «сказать ‘Он его ударил’ означает не описать физические движения человека, но приписать ему ответственность за со-

¹ Pücher G. Op. cit. P. 229.

² Pücher G. Op. cit. P. 231.

деянное», является неверным. Вместо того чтобы обращаться к понятию «ответственность», Харту следовало бы, по словам Питчера, обратиться к понятию «заслуживающий порицания или наказания». Во-вторых, даже если предположить, что данный тезис верен, он все равно будет ложным, поскольку будет не применимым для всех суждений формы «Это сделал он».

Как мы смогли убедиться, основные критические аргументы Питчера покоятся на игнорировании различия ответственности на позитивную и негативную (приведенные им случаи ответственности – явное тому подтверждение). Подобная тематизация ответственности подробно разработана в отечественной теории и философии права и получила широкое распространение в научной юридической литературе. В частности, Н.В. Витрук считает, что «ответственность в позитивном (положительном, активном, перспективном) плане рассматривается как осознание личностью смысла и значения собственных поступков, согласование их со своими правами и обязанностями, своим долгом в *настоящем и будущем* поведении. В то время как ответственность в негативном (ретроспективном) аспекте понимают как ответственность за *прошлое* деяние, за нарушение требований норм права, которое уже имело место»¹. Позитивная ответственность возникает за правомерное поведение (например, ответственность из чувства долга), а негативная (ретроспективная) – за противоправные деяния. Под негативной ответственностью понимается собственно юридическая ответственность, возникающая в результате неисполнения обязанностей, нарушений запрета, злоупотребления правом. Кроме того, в отечественной юридической традиции принято от юридической ответственности отличать правовую, под которой понимается ответственность, устанавливаемая в соответствии с требованиями естественного права, его идеалов и ценностей; она наиболее тесно связана с принципами свободы, справедливости и равенства. Правовая ответственность лежит в основе юридической ответственности². Но поскольку в английском языке отсутствует термин, способный передать вышеотмеченные оттенки слова «ответственность» (дело в том, что в английском языке невозможно провести различие между терминами «правовая ответственность» и «юридическая ответственность», ибо под термином «legal responsibility» понимается и правовая и юридическая ответственность), то мы вынуждены оставить это замечание без внимания. Однако выде-

¹ Витрук Н.В. Общая теория юридической ответственности. М., 2008. С. 23.

² Витрук Н.В. Указ. соч. С. 21.

ление позитивной и негативной ответственности может иметь эвристическое значение для анализа аргументов Питчера.

Смешение Питчером видов ответственности приводит к (существенному) искажению взглядов Харта и неправильному пониманию его подхода. Желая обосновать свое предположение, Питчер приводит примеры действий не *негативного* характера (вроде предложения «Он его ударил»), но примеры *позитивного* обычного поведения. Если кто-то говорит «Он прочел книгу» или «Он пообедал», то очевидно, что в этих случаях ответственность за сделанное не приписывается, несмотря на то, что глаголы в этих предложениях употребляются в прошедшем времени (согласно процитированному выше определению Н.В. Витрука). Питчер указывает на предложения, которые, действительно, не приписывают ответственность, а не приписывают они ее потому, что не все действия подлежат ответственности. Ответственность из морального долженствования (ответственность родителей за воспитание своих детей), т.е. позитивная ответственность, отличается от (негативной) ответственности за совершение противоправного деяния. Основной причиной подобного постулирования мы считаем различие контекстов употребления этого термина, ибо Харт имеет в виду юридический контекст, а Питчер – моральный. Кроме того, в теории Питчера обнаруживаются некоторые замечания лингвистического характера. Так, например, Питчер настаивает, что *приписывается* не ответственность за действия, но действия лицу, привлекаемому к ответственности. Харт, напротив, совершенно четко отмечает, что приписывается именно ответственность за действия: «Основная функция предложений формы ‘Это сделал он’... буквально заключается в том, чтобы приписывать ответственность за действия»¹. Все это позволяет нам прийти к выводу, что надлежащий анализ терминов «приписывание» и «ответственность» должен учитывать, главным образом, контекст их употребления.

2.4. Проблема Фреге – Гича и аскриптивные высказывания

(Оглезнев В.В.)

Так называемая проблема Фреге – Гича, сформулированная Питчером Гичем в качестве критического аргумента против прескрипти-

¹ Харт Г.Л.А. Указ. соч. 2010. С. 119.

вистской теории Ричарда Хэйра, оказалась настолько жизнеспособной, что дальнейшее развитие нонкогнитивизма в этике происходило в контексте осмысления, описания и поиска ее решения. Так или иначе, через опровержение аргументов Фреге – Гича возникли такие популярные ныне этические концепции, как нормативный экспрессивизм и нондескриптивизм. Но несмотря на определенную разнородность в характере аргументации и содержании исследовательских посылов, все моральные нонкогнитивистские теории объединяет один важный методологический тезис – моральные высказывания не обладают истинностным значением и не могут быть верифицированы как истинные или ложные¹. Опровержение этого утверждения, равно как и его защита, по сей день остаются предметом острых научных дискуссий, далеко выходящих за пределы этики и философии языка. В этом смысле анализ проблемы Фреге – Гича в других контекстах (например, в философии права) не утрачивает своей актуальности, напротив, он получает новое звучание и служит поводом для новой ее интерпретации, пусть даже и далеко отстоящей от оригинального источника.

Таким образом, частная логико-лингвистическая проблема, поставленная Гичем в отношении частной прескриптивистской теории, превратилась в фундаментальную теоретико-методологическую установку современной аналитической философии. Действительно, экспликация проблемы Фреге – Гича получила достаточно широкое распространение в западных этических теориях, однако приложение этой проблемы в других дискурсах остается без должного внимания. Анализ аргументов Фреге – Гича в терминах юридического языка и аналитической философии права в целом позволяет придать новый импульс развитию отмеченных дискуссий и высветить новые грани, казалось бы, изученного вопроса.

I

Гич в статье «Assertion» выдвигает тезис, ставящий под сомнение любую нонкогнитивистскую теорию: «Мысль имеет одно и то же содержание вне зависимости от того, принимаем ли мы ее истинность или же нет; суждение может встречаться в дискурсе как в качестве утверждения, так и в другом качестве, но при этом оставаться тем же самым суждением»². Это изречение стало впоследствии клас-

¹ Schroeder M. What is the Frege-Geach Problem? // *Philosophy Compass*. 2008. Vol. 3/4. P. 703.

² Geach P.T. Assertion // *The Philosophical Review*. 1965. Vol. 74, No. 4. P. 449.

сической формулировкой проблемы Фреге–Гича. Причем сам Гич называет эту точку зрения «Frege point», поскольку, по его мнению, Фреге первым среди логиков, явно ее высказал¹.

Что именно подразумевает Гич под «Frege point»? В чем близость взглядов его и Фреге? И к каким выводам пришел сам Фреге? Вот то, с чем нам необходимо разобраться прежде, чем попытаться эксплицировать эту проблематику в контексте юридического языка на примере специфического вида высказываний – аскриптивных правовых высказываний.

Рассматривая мысль как содержание предложения, Фреге никогда не ставил перед собой задачи выяснения того, каким образом мысль соотносится с действительностью. Главная проблема, стоящая перед ним, – это проблема логического вывода. Цель Фреге ограничивается анализом, который ориентирован на язык осуществления вывода. Он не говорит нам, что есть язык, но говорит о том, что если в языке должны осуществляться выводы и доказательства, а нечто должно признаваться истинным, то использование языка должно отвечать определенной структуре. Эта структура должна быть четко зафиксирована с помощью определенных выразительных средств, имеющих формальный характер². Отказываясь от принципа логического ударения, Фреге предлагает собственное понимание структуры предложения. Определяющим при этом становится не форма связи понятий, а условия истинности высказывания. С этой точки зрения элементы логической структуры высказывания должны определяться только в зависимости от той роли, которую они играют при установлении его истинностного значения³.

Таким образом, предметом логического анализа Фреге становятся только те предложения, в которых нечто сообщается или утверждается. К ним не относятся «возгласы, дающие выход чувствам, стоны, вздохи, смех и т.п., хотя считается, что они должны нечто сообщать»⁴. Вопросительное и утвердительное предложения содержат одну и ту же мысль; но утвердительное предложение содержит нечто еще, а именно само утверждение. Таким образом, в утвердительном предложении Фреге предлагает различать две вещи: его со-

¹ White R.M. Peter Geach and 'The Frege Point' // *Philosophical Investigations*. 2015. Vol. 38, No. 1–2. P. 133–149.

² Суровцев В.А. О логико-философских взглядах Готлоба Фреге // Фреге Г. Логико-философские труды. Новосибирск, 2008. С. 7.

³ Там же. С. 11.

⁴ Фреге Г. Логико-философские труды. Новосибирск, 2008. С. 33.

держание и утверждение, отмечая при этом, что в утвердительных предложениях и то и другое тесно связано и их делимость легко не заметить. Пытаясь доказать, что значением предложений является их истинностное значение, он пришел к выводу, что вопрос об истине возникает только тогда, когда мы переходим от простой констатации мысли к ее утверждению. Поэтому, с точки зрения Фреге, в структуре утвердительного предложения необходимо различать: 1) схватывание мысли – мышление; 2) признание истинности мысли – суждение; 3) демонстрацию этого суждения – утверждение¹. Несмотря на то, что Фреге настаивает на необходимости различения этих трех уровней утвердительного предложения, сделать это совсем не просто, они действительно тесно связаны. Так, Фреге отмечает, что в его «терминологии суждение выносится, когда мысль осознается как истинная. Этот акт осознания называется суждением. Суждение демонстрируется предложением, высказанным с утверждающей силой. Однако можно схватить и выразить мысль, не осознавая ее как истинную, т.е. не вынося суждения»². Кроме того, он указывает, что в утвердительном предложении нет специального компонента, соответствующего утверждению; то, что нечто высказывается, заключено в самой форме такого предложения.

Возможно, именно этот тезис о трехуровневой структуре утвердительного предложения Гич называет «Frege point», поскольку идея выделения в его структуре в качестве отдельной части *утверждения* является, на наш взгляд, ключом к пониманию проблемы Фреге–Гича. В самом деле, в естественном языке различие между содержанием предложения и его утверждением скрыто самой формой выражения. В структуре повествовательного предложения нет ничего такого, что позволило бы отличить простую констатацию мысли от признания ее истинной. Признание истинности мы выражаем в форме утвердительного предложения. При этом, отмечает Фреге, «слово ‘истинный’ нам не требуется. И даже если мы употребляем это слово, собственно утверждающая сила принадлежит не ему, а форме утвердительного предложения; там же, где оно утрачивает свою утверждающую силу, ее не сможет вернуть слово ‘истинный’»³. Фреге считает, что выделение особой *утвердительной силы* необходимо ввести в формальный язык описания логических структур, в котором

¹ Фреге Г. Указ. соч. С. 33

² Там же. С. 75.

³ Там же. С. 34.

все различия должны быть явно артикулированы. Для этого он вводит особый знак $\vdash$. Инкорпорируя этот знак в структуру выражения мысли, Фреге отмечает, что этот знак, выражающий утвердительную силу, никогда не может быть включен в содержание подчиненного предложения, поскольку, согласно Фреге, приписанное перформативу предложение имеет косвенное вхождение в выражение и как таковое имеет смысл и значение, отличные от смысла и значения исходного предложения»¹.

Таким образом, чтобы мы могли *утверждать* нечто как истинное, нам требуется особый знак $\vdash$ – знак имени истинностного значения, из чего следует, что признание истинности выражается в *форме* утвердительного предложения. По всей видимости, Фреге указывает на то, что необходимо различать *простые констатации* и утвердительные предложения, формальным основанием различения которых является «утвердительная сила»; при этом надо помнить предостережение Фреге, что «даже если перед нами нечто, по форме являющееся утвердительным предложением, все же всегда необходимо спросить, действительно ли оно содержит утверждение»².

Примером, иллюстрирующим возможность введения аргумента утвердительной силы, связанной с формой повествовательного (утвердительного) предложения в естественном языке и знаком $\vdash$ в исчислении Фреге, является специальный случай с *modus ponens*, как и вообще с условными предложениями: «...в ‘Если A , то B ; A , следовательно, B ’ заключение уже присутствует в условной посылке. Однако если в это умозаключение ввести знак $\vdash$, то *petitio principii*, скрытое в форме условно-категорического умозаключения, можно избежать. В ‘ $\vdash$ Если A , то B ; $\vdash A$, следовательно, $\vdash B$ ’ заключение в условной посылке не содержится, поскольку $\vdash B$ не совпадает с B »³. Возможно, именно эту мысль Фреге имеет в виду Гич, говоря, что в противном случае «аргументы вида ‘если x истинно (если y плохо), то p , но x истинно (y плохо), следовательно, p ’ содержат ошибку двусмысленности, тогда как в действительности ясно, что такие аргументы логически верны»⁴.

Не вдаваясь в подробное освещение логико-философских взглядов Фреге, отметим лишь те ключевые положения, которые для анализа интересующей нас темы имеют важное значение. И именно

¹ Фреге Г. Указ. соч. С. 107.

² Там же. С. 34.

³ Суровцев В.А. Указ. соч. С. 113.

⁴ Geach P.T. Ascriptivism // The Philosophical Review. 1960. Vol. 69, No. 2. P. 223.

к этим положениям мы будем апеллировать не только как к инструментам описания проблемы Фреге–Гича, но и как к источнику и теоретическому фундаменту для новой ее интерпретации. «Frege point» основывается на следующих тезисах.

1. В качестве элементов вывода могут использоваться только такие предложения, которые высказаны с *утвердительной силой* (т.е. соответствующая им мысль должна быть признана истинной).

2. В утвердительном предложении нет специального компонента, соответствующего *утверждению*; то, что нечто высказывается, заключено в самой *форме* такого предложения

3. Требуется особый знак для того, чтобы мы могли *утверждать* нечто как истинное. $\vdash$ – знак имени истинностного значения.

4. Признание истинности выражается в *форме* утвердительного предложения.

5. Если целое представляется истинным, то из двух составных мыслей, содержащихся в целом, с *утверждающей силой* не высказывается ни условие, ни следствие.

6. Придаточное предложение может содержать утверждение, но ни главное, ни придаточное предложение сами по себе не выражают полную мысль, а ее выражает лишь сложное предложение.

II

Гич формулирует свой критический аргумент против некогнитивизма в этике в статье «Assertion». Однако первые попытки экспликации «Frege point» можно обнаружить в его более ранних работах «Ascriptivism»¹ и «Imperative and Deontic Logic»², причем для целей нашего исследования интерес будет представлять именно статья «Ascriptivism». В ней Гич достаточно подробно освещает аргументы Фреге применительно к прескриптивизму (заменяя его термином «аскриптивизм»), изложенному, по его мнению, в статье Герберта Харта «The Ascription of Responsibility and Rights» («Приписывание ответственности и прав»)³.

Что Гич подразумевает под *аскриптивизмом*? Почему он его смешивает с прескриптивизмом? И почему именно статья Харта ока-

¹ Geach P.T. Ascriptivism // The Philosophical Review. 1960. Vol. 69, No. 2. P. 221–225.

² Geach P.T. Imperative and Deontic Logic // Analysis. 1958. Vol. 18, No. 3. P. 49–56.

³ Hart H.L.A. The Ascription of Responsibility and Rights // Essays on Logic and Language. 1951. Vol. 7. P. 145–166. См. русский перевод: Харт Г.Л.А. Приписывание ответственности и прав // Правоведение. 2010. № 5. С. 116–135. (Здесь и далее цит. по русскоязычному изданию).

залась объектом критики Гича? В статье «Ascriptivism», в которой хотя и не упоминается имя Харта, но содержится указание на «отдельных оксфордских философов», именуемых «аскриптивистами», Гич предлагает критическую концепцию, разясняющую и опровергающую аскриптивизм¹. Он определяет его содержание следующим образом: «Аскриптивисты придерживаются мнения, что сказать, что действие *X* со стороны агента *A* было добровольным, означает не описать действие *X* определенным образом, но *приписать* его *A*, с тем, чтобы *A* стал ответственным за совершение *X*... Таким образом, утверждают аскриптивисты, мы не спрашиваем о том, что это правда или это ложь, до той поры, пока ответственность присутствует в человеке для того, чтобы им принимались суждения относительно морали»².

В основании аскриптивизма, по мнению Гича, лежат теории, которые и «обеспечивают его идеологическое процветание», вроде тех, которые оперируют такими высказываниями, как «Сказать, 'употреблять алкоголь плохо' – значит не описать или охарактеризовать распитие спиртных напитков, но осудить это»³. Подобный ход рассуждения является, по мнению Гича, порочным по следующим причинам. Обозначим моральный предикат «плохо» как *P*. В этом высказывании *P* употребляется не как дескрипция, а как особого рода перформатив. Однако различие между тем, что мы посредством *P* *утверждаем*, и тем, что мы с помощью *P* *предицируем*, зачастую игнорируется. Это различие заключается в том, что с помощью *P* можно предицировать что-то чему-то в придаточных предложениях условного предложения, или же в части разделительного предложения, но при этом не утверждать это посредством *P*. Сказать «Если играть в азартные игры плохо, то и приглашать гостей поиграть в азартные игры тоже плохо» – означает утверждать, что и азартные игры, и приглашение в них играть – это «плохо». Теории недескриптивных перформативов, как правило, берут во внимание лишь одно из возможных употреблений *P*, а именно, для утверждения чего-то посредством *P*. В то же время предицирование «плохо» в придаточных предложениях условного предложения и в части разделительного предложения попусту игнорируется⁴.

В самом деле, если мы делаем упор на утверждении, то придется отказаться от *modus ponens*, поскольку он тогда будет содержать логическую ошибку. Например, в рассуждении:

¹ Geach P.T. Op. cit. 1960. P. 221.

² Там же.

³ Там же. P. 222.

⁴ Там же. P. 223.

Если в отношении лица судом вынести обвинительный приговор, то он станет осужденным (в этой посылке «вынести обвинительный приговор» *не утверждение*).

В отношении лица судом вынесен обвинительный приговор (в этой посылке «вынесен обвинительный приговор» – *утверждение*).

Ergo, обвиняемый становится осужденным,

содержится двусмысленность утверждения, или логическая ошибка. Но *modus ponens* верен. Поэтому следует обратиться не к утверждению, но к предикации, поскольку предикация имеет место даже там, где утверждения нет. Чтобы употребление предложения, в котором посредством *P* что-то предикцируется, могло считаться актом утверждения *P*, оно должно употребляться утвердительно. Это весьма отличается от предикации, поскольку с помощью *P* может предикцироваться что-то даже тогда, когда придаточное предложение, в котором это происходит, употребляется неутвердительно. Следовательно, утверждение чего-либо посредством *P* должно быть объяснено в терминах предикации *P*, но не наоборот¹. С точки зрения Гича, если я со всей серьезностью заявляю «Если играть в азартные игры плохо, то и приглашать людей поиграть в азартные игры тоже плохо», я тем самым не осуждаю ни азартные игры, ни приглашение людей в них поиграть, но предикцирую «плохо» к подобного рода действиям. Более того, объяснить употребление таких терминов, как «нарочно», «намеренно» и т.д., через анализ недескриптивных актов приписывания или обвинения – бесполезное занятие². Это вынуждает его отвергнуть аскриптивизм и перейти к утверждению, что предложения формы «Это сделал он» – это не *аскрипция* или обвинение, а *дескрипция* причины действия. Гич – сторонник «естественной точки зрения», что приписывать человеку совершение действия – это каузальная дескрипция действия, представляющая собой наиболее распространенный пример каузальных утверждений. Этим самым он хочет показать, что приписывание действий необходимо *осуществлять* через производящую их причину. То есть каузальная связь между описанием и приписыванием выражается в установке, что для совершения действия необходимо соответствующее состояние сознания. Игнорирование этой связи (или интенциональных установок) значительно затрудняет наше объяснение и понимание таких терминов, как «намеренно», «нарочно», «умышленно» и проч.

¹ Geach P.T. Op. cit. 1960. P. 223.

² Там же. P. 224.

III

Анализ философского рассуждения Гича, изложенного в статье «Ascriptivism», показывает, что он слишком вольно обращается с термином «аскриптивизм», обозначая им всевозможные эмотивистские (нонкогнитивистские) моральные учения и теории недескриптивных перформативов. Попробуем в этом разобраться. Для критиков эмотивизма (к которым относится Гич) сомнительным в анализе моральных суждений кажется сама возможность полноценной экспликации значения моральных высказываний в терминах реакций приятия или неприятия. Проблема Фреге–Гича, «проблема разногласий» (disagreement problem), «аргумент от несовместимости» (incompatibility argument) – все эти аргументы, сформулированные против нонкогнитивизма, касаются именно семантических аспектов правильного определения моральных терминов¹. В частности, проблема Фреге–Гича, использующая грамматико-лингвистические аргументы для доказательства схожести семантики моральных суждений и фактообразующих предложений, таким образом разрушает и ставит под сомнение основное положение нонкогнитивистской метаэтики, доказывающее принципиально-отличное функционирование языка морали от функционирования дескриптивного языка². Гич старается показать, что существуют контексты, в которых привычный эмотивистский анализ значений моральных терминов не работает, а поскольку он исходит из предпосылки, что правильный анализ значений должен приводить к результату замены определяемого термина во всех контекстах определяющим термином, то отсюда делается вывод о неадекватности эмотивизма как концепции, претендующей на правильное объяснение функционирования моральных терминов. Гич предоставляет следующие «аномальные» для эмотивистского анализа контексты вхождения моральных терминов:

Если делать определенную вещь плохо, то заставлять младшего брата делать ее плохо.

Мучить кошку плохо.

Ergo, заставлять младшего брата мучить кошку плохо.

¹ Тарасов И.П., Казеннов Д.К. Нонкогнитивизм и философия языка // Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. 2011. № 4(16). С. 66.

² Ламберов Л.Д., Тарасов И.П. В защиту эмотивизма: дефляционизм и моральные высказывания // Вестник Новосибирского государственного университета. Серия «Философия». 2010. № 3(8). С. 22.

Основная суть рассуждения в том, что «термин ‘плохо’ должен значить точно то же самое во всех четырех вхождениях... Но в большей посылке, говорящий (допустим, отец), конечно же, не высказывает никакого акта осуждения: с трудом можно понять его как просто осуждающего делание определенной вещи»¹. Этим аргументом Гич иллюстрирует теоретическую несостоятельность определения значения моральных терминов (на примере слова «плохо»), через определенные акты высказывания или утверждения, так как в его представлении смысл слова не конституируется его высказыванием или утверждением (в этом видится Гичу основной урок, который предоставил нам Фреге), потому что существуют контексты, в которые термины входят на неутверждаемых позициях (к ним относятся вопросы, отрицания, выражения надежды или удивления, дизъюнктивные и конъюнктивные конструкции и т.д.).

Подобного рода анализ, по мнению Гича, применим к любому типу недескриптивного дискурса. И результатом этого анализа становится утверждение, которое, по-видимому, и есть формулировка проблемы Фреге–Гича, а именно: если моральные (или любые недескриптивные) суждения используются при осуществлении логического вывода, то они, непременно, должны быть истинными или ложными, но моральные суждения не являются ни истинными ни ложными, следовательно, их нельзя использовать при осуществлении вывода, не нарушая законов логики². Кроме того, отмечает Гич, вхождение морального термина в условную и утвердительную посылки *modus ponens* должно иметь одинаковый смысл и подчиняться стандартным логическим правилам.

Гич определенно заблуждался в том, что аскриптивизм имеет много общего с прескриптивизмом и что он отрицает истинностные значения у высказываний о правах и ответственности. Очевидно, что Харт был бы неправ, если бы он утверждал, что высказывания формы «Это – мое» или «Это сделал он» не могли бы быть непосредственно истинными или ложными. Но поскольку основная задача таких высказываний заключается в том, чтобы требовать или приписать право или ответственность, то это совершенно не препятствует тому, чтобы отдельные специфические случаи требования или приписывания могли бы быть верифицированы в качестве истинных или ложных. Мое утверждение, что «Этот автомобиль мой», было бы ложно, если фактически он принадлежал бы кому-то другому, а мое

¹ Geach P.T. Op. cit. 1965. P. 463-464.

² Horwich P. The Frege-Geach Problem // Philosophical Issues. 2005. Vol. 15. P. 78–93

высказывание, что «Это сделал он», могло быть надлежащим исполнением обязанности говорить Суду только правду (в смысле ответственности за дачу ложных показаний). Харт этого не отрицает. Напротив, он допускает, что требования или обвинения могут быть опровергнуты фактами, на которых они основываются (называемые им «возражением по существу обвинения или достижением согласия в отношении спорного вопроса»¹) и что они могут иметь непосредственное дескриптивное употребление², но обращает наше внимание на более интересные случаи их употребления, где ситуация не столь определена, где возможно зафиксировать перформативный характер употребления аскриптивных юридических терминов и обнаружить противоречие между дескриптивными высказываниями, основная функция которых заключается в описании неких фактов совершения действия, подтверждаемых наблюдениями, и разъясняющими право произнесениями, в отношении которых, в отличие от дескриптивных предложений, сложно поставить вопрос об их истинности или ложности.

Кроме того, Гич не прав еще и в том, что посчитал аскриптивный подход Харта попыткой объяснить *всевозможные* использования предложений с точки зрения их недескриптивного употребления³. Напротив, Харт указывает, что аскриптивные предложения составляют небольшую часть нашего обыденного языка, более того, «мы очень часто употребляем правовые понятия в дескриптивных и иных предложениях, и предложения, в которых мы таким образом их используем, могут быть высказываниями, а следовательно, в отличие от решения судьи, в котором правовые понятия используются по преимуществу, могут быть истинными или ложными»⁴, и «хотя такие предложения и произносятся в обыденной жизни, в них используется технический словарь права, поэтому мы готовы к возможности того, что они не функционируют как дескриптивные предложения, хотя очень часто они функционируют именно так»⁵. Иными словами, Харт убежден, что ответственность *лишь предполагает* дескриптивное употребление, и если это так, если допустить, что приписывание ответственности недескриптивно, тогда приписывание действий также недескриптивно.

¹ Харт Г.Л.А. Указ. соч. 2010. С. 121.

² Там же. С. 130–131.

³ Geach P.T. Op. cit. 1960. P. 221.

⁴ Харт Г.Л.А. Указ. соч. 2010. С. 127.

⁵ Там же. С. 128.

Попробуем развить эту идею Харта, которая играет ключевую роль в нашем решении проблемы Фреге – Гича.

Для решения проблемы Фреге – Гича средствами модели аскриптивного юридического языка нам необходимо:

1) использовать для экспликации ассерторического характера правовых высказываний (подобно Фреге) аргумент об «утвердительной силе», который будет соответствовать форме «*X* сделал...»;

2) допустить, что «*X* сделал...» имеет аскриптивный (недескриптивный) характер, который обусловлен перформативностью самого юридического языка.

Эти допущения не просто соответствуют логике рассуждений самого Харта, но являются имплицитным расширением аргументации, предложенной им в «Приписывании ответственности и прав». Представленные тезисы тесно связаны между собой и логически выводятся один из другого, причем именно второй аргумент играет решающую роль в предлагаемом нами решении.

Харт, пытаясь обосновать перформативность юридического языка, пришел к выводу, что сделать это возможно лишь при «правильной интерпретации» употребления глагола «делать» (*to do*), ибо в настоящем и будущем времени его употребление дескриптивно, а в прошедшем времени, как в предложении «Это сделал он», – аскриптивно¹. По мнению Харта, и традиционный, и современный подходы к интерпретации понятия «действие» неправильны, потому что они направлены на определение понятия действия через формулирование необходимых и достаточных условий его применения. Например, сказать «*X* совершил действие *A*» с точки зрения и традиционного и современного анализа – значит сказать нечто, что может быть выражено категорическими суждениями, описывающими, соответственно, движение тела *X* и его субъективное отношение к содеянному. Харт признал логику этих подходов ложной, поскольку предполагается, что понятие «действие» может быть определено только через дескриптивные высказывания, касающиеся отдельного индивида. Дескриптивные высказывания не пригодны для анализа предложений типа «Это сделал он». И поэтому следует признать ошибочным анализ действия, идентифицирующий значение недескриптивного высказывания, приписывающего ответственность, с фактическими обстоятельствами, которые подтверждают приписывание или являются его достаточными причинами. Более того,

¹ Харт Г.Л.А. Указ. соч. 2010. С. 130.

невозможно провести различие между высказываниями «Его тело столкнулось с другим телом» и «Он его ударил» без ссылки на *недескриптивное* употребление выражений, посредством чего приписывается ответственность. Таким образом, отрицание физического и психологического компонентов действия позволило Харту утверждать, во-первых, что высказывания типа «Он его ударил» не *описывают*, а *приписывают* права и ответственность, а, во-вторых, что невозможно интерпретировать высказывания подобного вида без учета их недескриптивного (и в этом случае – аскриптивного) характера.

Предположим, что высказывание, описывающее действие, представляет собой смешение различных компонентов, одним из которых является описание физического движения. В этом случае будет неправильным интерпретировать «действие» в качестве дескриптивного понятия, определяемого с помощью множества необходимых и достаточных условий, поскольку «подлинными действиями», в конечном счете, будут только минимальные движения, которые мы можем осуществить с нашим телом, где ничего «не может» пойти неправильно¹. Таким образом, основная ошибка состоит в том, что то, что происходит, когда действие выполнено, может быть понято независимо от контекста его совершения, и, следовательно, представляет собой лишь физическое движение. Понятие «действие» нуждается в определенном контексте, обусловленном практикой следования правилам, учитывая соответствующие критерии и средства, ибо это важно для понимания различия между телодвижениями и действиями. Без его учета мы замечаем лишь телодвижения агентов, отождествляя их с действиями. Для того чтобы *понять* термин «действие», нам необходимо видеть, как употребляются предложения, в которых используются типичные глаголы, означающие действие.

Как видим, основная идея Харта заключается в том, что ответственность *лишь предполагает* дескриптивное употребление, а поэтому если допустить, что приписывание ответственности недескриптивно, тогда приписывание действий также недескриптивно. И если учитывать этот аргумент, то вывод из аскриптивных высказываний по правилу *modus ponens* содержать логической ошибки не будет. Обозначим «X сделал...» как $\Vdash$ – специальным знаком, индицирующим аскриптивные утвердительные высказывания («X совершает...» соответствует знаку $\vdash$ у Фреге). Тогда согласно тезису о недескриптивности ответственности (и действий) основное употребление правовых высказываний по *modus ponens* можно формаль-

¹ Харт Г.Л.А. Указ. соч. 2010. С. 134.

но представить в виде вывода из $\Vdash$ Если A , то B и $\Vdash A$ следует $\Vdash B$, и тогда *petitio principii*, скрытое в форме условно-категорического умозаключения, можно избежать. При этом необходимо учитывать, что, во-первых, у Харта (и в этом он расходится с Фреге) предиктирование посредством P в придаточных предложениях условного аскриптивного предложения может быть отменено (be defeasible). Следовательно, такое предиктирование всегда дает *отменяемое высказывание*, а не «вневременную» истину; во-вторых, « $\Vdash$ Если A , то B ; $\Vdash A$, следовательно, $\Vdash B$ » не является дескрипцией « X совершает...», т.е. не описывает его в полной мере, поскольку наряду с чисто дескриптивным компонентом обнаруживается *недескриптивный компонент*.

Принимая во внимание аргумент Харта об «утвердительной силе» и присутствие в понятии «действие» недескриптивного компонента, представленный выше ход рассуждения можно объяснить на следующем примере: «Если убийство совершил Джон, то он должен понести ответственность. Джон совершил убийство. Следовательно, он должен понести ответственность». Здесь утверждающей силой будет то, что убийство действительно совершено, а «совершить убийство» будет отменяемым выражением (например, убийство совершил не Джон, а Смит). Как мы уже отмечали, предиктирование посредством P в придаточных предложениях условного аскриптивного предложения может быть отменено, тогда если условная посылка «Если убийство совершил Джон, то он должен понести ответственность» содержит отменяемый консеквент, то все условное суждение отменяемо (по аналогии, условное суждение ложно тогда и только тогда, когда из истинного антецедента следует ложный консеквент). Важно иметь в виду, что Харт отчетливо указывает на то, что *отменяется* не само действие (действие имеет место – кто-то кого-то *действительно* убил), но ответственность (в случае непреднамеренного убийства, причинения смерти по неосторожности и т.д.). А поскольку отменяется все умозаключение, следовательно, предложение «Джон совершил убийство» не описывает в полной мере поведение Джона, ибо дескрипция содержит в себе недескриптивный компонент.

Таким образом, утверждающая сила предложения формы « X совершил...», учет отменяемого характера аскриптивных правовых высказываний и общий ход рассуждения соответствуют *modus ponens*, в чем сомневался Гич. А мы получаем новый инструмент для интерпретации недескриптивных высказываний и возможный вариант решения проблемы Фреге – Гича.

3. Аналитическая философия права: перспективы развития

3.1. Аналитическая философия права: юридический язык как предмет исследования

(Оглезнев В.В., Суровцев В.А.)

Попытка рассмотреть юридический язык в качестве предмета аналитической философии права впервые в истории правовой мысли была представлена британским философом права Г.Л.А. Хартом сначала в статье «Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945–1952)»¹, а затем в «Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: a Reply to Professor Bodenheimer»². Однако это были лишь отдельные наброски к пониманию специфики юридического языка и его философских оснований. Мы же попытаемся, опираясь на эти работы Харта, собрать отдельные фрагменты, дополнив их новыми размышлениями, в единую картину и показать место и роль юридического языка в аналитической философии права.

Исследование юридического языка неизбежно связано с вопросом о сущности права, и всякий раз, когда затрагиваются проблемы языка, дело не ограничивается только стилистикой³. То, что вызывает наибольшие сложности, — это вопросы семантики, т.е. вопросы о значении и смысле тех слов, в которых выражаются юридические понятия. Вопросы эти не так просты, как может показаться на первый взгляд. И вот почему. Язык права в основном использует слова и выражения, имеющие широкое хождение в рамках обыденного языка, но, очевидно, связывает с ними не то весьма широкое содержание, которое предполагается обыденным словоупотреблением.

¹ Hart H.L.A. *Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945–1952)* // *The American Journal of Comparative Law*. 1953. Vol. 2, No. 3. P. 355–364. (Здесь и далее цит. по англоязычному изданию). См. перевод на русский язык в приложении к данному изданию.

² Hart H.L.A. *Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: a Reply to Professor Bodenheimer* // *University of Pennsylvania Law Review*. 1957. Vol. 105. P. 953–975. (Здесь и далее цит. по англоязычному изданию). См. перевод на русский язык в приложении к данному изданию.

³ Лезов С.В. Юридические понятия и язык права в современных зарубежных исследованиях (научно-аналитический обзор). М., 1986. С. 7.

Фиксация особого юридического содержания терминов в рамках четко определенного юридического дискурса, каковым, в конечном счете, выступает система права¹, всегда являлась одной из задач юриспруденции в сфере четкого определения юридических понятий. Однако требования четкого определения вкупе с частой размытостью словоупотребления всегда вызывали серьезные проблемы. Как выразить в языке то, что, казалось бы, однозначно подразумевается системой права? И в этом отношении язык был и остается проблемой, с которой право сталкивается всякий раз, когда стремится к точной экспликации правовых понятий и норм. Поскольку язык, в котором выражены нормы (а нормы выражаются, прежде всего, в языке повседневного общения), во многих случаях эквивокативен, это порождает двусмысленность интерпретации входящих в них терминов. С другой стороны, юридический язык – это всегда язык, являющийся подсистемой языка повседневного общения, следовательно, он также эквивокативен, поэтому проблема адекватного выражения правовых норм была и остается крайне актуальной для юридической науки.

Именно язык выступает тем материальным средством, в рамках которого выражаются все юридические понятия: от конкретных до наиболее абстрактных. В чем же заключается связь языка и права? Удачным представляется ответ А.А. Ушакова, который отмечает, что «язык в праве выступает как конструктивное институциональное начало самого права. Последнее живет не только в действиях людей, но и в языке: право есть языковое явление. Язык в праве используется не только для его обозначения: из языка строится само право, его структура. Язык – это плоть и кровь права. В этом весь смысл и вся философия вопроса о роли языка в праве»². И далее, «язык – первоэлемент и единственный строительный материал в праве»³. Следует

¹ Здесь и далее под «системой права» мы понимаем следующее. Система права – это совокупность не противоречащих друг другу утверждений, и именно непротиворечивость делает эту систему релевантной ее практическому применению. Но данная система должна согласовываться с когерентной системой принятых языковых выражений, т.е. быть согласуемой с употреблением основных понятий, выраженных в языке, где языковые выражения не должны противоречить друг другу. Таким образом, система права становится системой согласованных языковых выражений. Смысл этой системы состоит даже не в том, что мы эксплицируем систему когерентных понятий. Смысл системы в том, что получается структура согласованных языковых выражений, согласованных в том смысле, что значение одного языкового выражения не противоречит другому.

² Ушаков А.А. Очерки советской законодательной стилистики. Право и язык. М., 2008. С. 291.

³ Ушаков А.А. Указ. соч. С. 289.

отметить, что при всей верности этого утверждения, некоторые возражения относительно роли языка тем не менее остаются. Первая проблема заключается в том, что право представляется как независимое от языка социальное образование. Во всяком случае, правовые нормы, регулирующие формы социального взаимодействия, очевидно, не являются лишь языковыми конвенциями. Вторая проблема связана с тем, что правовые нормы апеллируют к социальному факту, а не к способу его выражения в языке. Юридический факт – это все же факт, а не высказывание о факте, которое пусть и является фактом языка, но фактом в юридическом смысле, на первый взгляд, не является.

Против этих двух возражений выступает аналитическая философия права. Цель данного исследования заключается в том, чтобы в некоторой степени оспорить эти возражения с исторической и методологической точки зрения, представленной в исследованиях представителей аналитической философии права и, в меньшей степени, их оппонентов.

Плодотворное исследование взаимодействия и взаимосвязи языка и права впервые, пожалуй, наиболее полно было представлено в работе Р.С. Саммерса «New Analytical Jurists»¹, которую можно считать своего рода манифестом аналитической философии права, провозгласившей появление в ней «нового» направления. Значимость этой статьи в том, что в ней впервые в истории философско-правовой мысли довольно детально было представлено не только описание предметной области этого аналитического движения в праве, но и определены его структурные элементы, основные методологические предпосылки и онтологические импликации. В чем суть этого «нового» направления в философии права? А суть, с точки зрения Саммерса, как раз и заключается в том, что систему права нужно начинать анализировать с точки зрения тех методов и проблем, которые характерны для философии языка. Такого рода подход не был вполне нов, он уже был представлен в статьях Г. Уильямса, который настаивал на том, что в большинстве случаев спор правоведов касается не фактов, а используемых при выражении фактов слов (например, определения норм международного права)².

¹ Summers R.S. The New Analytical Jurists // New York University Law Review. 1966. Vol. 41. P. 861–896.

² Речь идет о статье Г. Уильямса «International Law and the Controversy Concerning the Word 'Law'» (См.: Williams G.L. International Law and the Controversy Concerning the Word 'Law' // British Year Book of International Law. 1945. Vol. 22. pp. 146–163), в которой он, по

Но Саммерс настаивает на преимущественности этой процедуры в спорах о содержании юридических понятий. Дело не в том, что мы должны однозначно определить объем употребляемого термина, а затем квалифицировать правильные и неправильные контексты его употребления. Все как раз наоборот, язык, посредством которого выражены правовые понятия, должен стать основой выявления их содержания. В этом отношении Саммерс проводит различие между «старыми» и «новыми» аналитическими правоведами. Сущность «старых» аналитических правоведов связана с анализом фактов, сущность «новых» – с анализом языка, на котором факты описаны.

Подобного рода изменения, разумеется, стали возможными только в рамках тех дискуссий, которые определяли философский дискурс споров в англоязычной философии первой половины XX века, где определяющую позицию уже заняла аналитическая философия языка с ее специфической ориентацией не на анализ фактов действительности, а на анализ фактов языка, в котором факты действительности могут быть выражены. «С самого начала, – отмечает Харт, – это движение было инспирировано убеждением, что если не все, то большая часть философских вопросов могла бы быть решена демонстрацией того, что их источник – недопонимание языка, в котором они обсуждаются; и были выявлены определенные типовые ошибки, например, трактовать как вопросы о фактах то, что является вопросами о словах»¹. Эта специфическая позиция не могла не сказаться на анализе фактов социальной действительности и, в частности, на анализе права. И подобного рода анализ не мог не иметь критической реакции. Но критическая реакция четко осознавала, что изменения идут не со стороны собственно анализа юридической практики, но со стороны именно ревизии правовой теории и, в частности, той философии права, которая обратилась к анализу основных юридических понятий с точки зрения их выраженности в языке права.

Конечно, критическая реакция была, и наиболее показательной здесь является позиция одного из основных оппонентов, суммирующего позиции критиков, американского правоведа Л.Л. Фуллера,

словам Харта, «подвергает резкой критике юристов, размышлявших над тем, является ли международное право 'действительно' правом, как будто это – вопрос о факте, а не вопрос о словах, зависящий от конвенции, которую теоретик может свободно принять или отвергнуть». Цит. по: *Hart H.L.A. Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945–1952) // The American Journal of Comparative Law. 1953. Vol. 2, No. 3. P. 361.* См. перевод на русский язык в «Приложении».

¹ *Hart H.L.A. Op. cit. 1953. P. 361.*

который в качестве главных причин, в значительной мере повлиявших на появление и формирование мышления «новых» правоведов-аналитиков, называет (и в этом он прав) два интеллектуальных направления: одно из них – философия обыденного языка, связанная с именем Дж.Л. Остина, другое – философия утилитаризма. Если первое направление Фуллер признает весьма полезным из-за желания выявить и прояснить различия, укорененные в обыденной речи, то второе направление, по его мнению, имеет «фундаментальный недостаток, который искажает соотношение средств и целей – недостаток, смягченный, но не исправленный в том его варианте, который называют утилитаризмом правил»¹. Фуллер соглашается с посылкой аналитической философии права, уделяющей особое внимание языку, в котором выражены понятия права, и той спецификой языковых актов, которая выражается в особой структуре лингвистических конструкций. Однако второй его тезис, важность которого для становления аналитической философии права им ставится под сомнение, по-видимому, основывается на неправильном понимании философии утилитаризма, в том смысле, в котором философия утилитаризма понимается в аналитической философии права. Согласно Фуллеру, исторические и социологические исследования сыграли очень важную роль в становлении аналитической философии права, и это трудно оспорить. Но понимают ли Фуллер и представители аналитической философии права под утилитаризмом одно и то же? Дело ведь здесь не в том, что аналитические философы права не принимают во внимание результаты исторических и социологических исследований, а в том, как они их интерпретируют.

Например, Харт, оппонируя Фуллеру, отмечает, что утилитаристы сочетали со своими требованиями о разграничении права и морали две другие в равной степени известные, но различные доктрины: аналитическое изучение юридических понятий и командную теорию права, согласно которой право с необходимостью является командой². Несмотря на то, что эти доктрины представляют собой утилитаристскую традицию в юриспруденции, они тем не менее должны различаться. Смещение, игнорирование онтологических характеристик каждого из этих подходов, неспособность увидеть их самостоятельность в исследуемой традиции явились, по мнению

¹ Фуллер Дж.Л. Мораль права. М., 2007. С. 234.

² Харт Г.Л.А. Позитивизм и разграничение права и морали // Правоведение. 2005. № 5. С. 111–112.

Харта, основными источниками заблуждений. Действительно, заблуждение заключается как раз в том, что утилитаристы говорят о фактах, тогда как новые сторонники утилитаризма говорят об употреблении слов. Апелляция к онтологическим характеристикам полезности (вроде того, что полезность лучше, чем неполезность) здесь не является аргументом. С точки зрения аналитической философии права следует задаваться вопросом «Каковы условия верификации суждения о полезности нормы?».

Деление на «старых» и «новых» правоведов-аналитиков, предложенное Саммерсом в указанной выше статье, имело в середине XX века важное значение, поскольку позволяло не только обозначить специфику нового аналитического направления в правоведении, обусловленную влиянием аналитической философии (особенно философии обыденного языка), но и установить концептуальную взаимосвязь между этими во многом схожими направлениями правовой мысли. Саммерс четко указал, что вопросы относительно права, касающиеся проблем *de re* и очень четко отличаются от вопросов, касающихся проблем *de dicto*. Для аналитической философии права XXI века подобная тематизация несколько не устарела, она была полезной, таковой и остается по настоящее время, поскольку она не размежевывает философию права на два противоположных лагеря. Подобного рода тематизация демонстрирует эволюционирование методологии применительно к решению философско-правовых проблем. То, что это не механическое деление, подтверждается тем фактом, что и «старые» и «новые» философы права пытались, по сути, ответить на один и тот же вопрос – что есть право? Конечно, при изложении правовой теории этот вопрос конкретизируется и, как верно отмечает С.В. Лезов, предстает как ряд вопросов об объеме и содержании некоторых юридических понятий¹. Однако следует заметить, что вопрос о содержании подобных понятий все-таки претерпел некоторое существенное изменение. Если «старые» правоведы ориентировались на определение объема юридических понятий, на фиксацию его точно определенного смысла, то «новые» правоведы стали ориентироваться на то, а как, собственно, данное понятие выражено в естественном языке, каким образом оно употребляется в формулировке правовых норм и, самое главное, как оно интерпретируется в принятии судебных решений. Вот здесь как раз и возникает так называемое особое воздействие аналитической фи-

¹ Лезов С.В. Указ. соч. С. 6–7.

лософии права. Трактовка норм с точки зрения употребления естественного языка имеет определяющее значение там, где нет легальных дефиниций юридических понятий.

Вот здесь и возникает основной вопрос: какое влияние оказала аналитическая философия на «новое» направление в философии права? В 40–50-х гг. XX в. многие философы начали проявлять пристальный интерес к темам, имеющим особое значение для юриспруденции, потому что правовая система с ее изобилием понятий и методами их разъяснения представляла собой ту испытательную площадку, на которой можно было проверить, уточнить и обосновать определенные философские аргументы¹. В частности, утверждает Харт, понятие «правило» и логические особенности выражений, требующих или использующих правила, часто были центральными темами философских дискуссий, инспирированных Дж.Л. Остином на заседаниях Аристотелевского общества. Другие аналитические философы, как «поздний» Л. Витгенштейн, Г. Райл, П.Ф. Стросон, Г.Э. Энском, П. Гич и др., довольно детально исследовали понятие «действие». Результаты их работы оказались значимыми для прояснения «намерения», «мотива» и «ответственности» – понятий, часто используемых в теории и философии уголовного права. Новый анализ функций имен и дескрипций Г. Фреге и Б. Рассела оказался релевантным юридическим проблемам, имеющим отношение к толкованию права, в то же время открытие того, что одно высказывание или правило может относиться к другому высказыванию или правилу многими различными способами, могло бы обеспечить основание для лучшего понимания как структуры, так и взаимосвязи правовых систем и отношений между правовыми и моральными нормами. Наконец, интерес к таким типам аргументации, которые как в морали, так и в праве могут быть разумными, не будучи при этом последовательными, и к таким способам рассуждений, в которых применяются понятия, не поддающиеся строгим определениям, но имеющие «открытую текстуру», содействовал избавлению от представления, что понятие аргументации полностью исчерпывается дедуктивным доказательством².

Внимание к языку права, анализу структуры и логики правовых норм, анализу содержания нормативного предписания обусловило становление и развитие аналитической философии права, изначально-

¹ Hall J. *Analytic Philosophy and Jurisprudence* // *Ethics*. 1966. Vol. 77, No 1. P. 14.

² Hart H.L.A. *Op. cit.* 1953. P. 364.

но понимаемой в качестве специфического направления самой аналитической философии, а затем в качестве особого подхода в рамках философии права и, наконец, в качестве уважаемой и вполне самостоятельной научной отрасли – аналитической юриспруденции. Как отмечает тот же Харт, именно применение методов аналитической философии в исследовании права по сути дела возродило в Великобритании интерес к теоретической юриспруденции со стороны практикующих юристов.

Таким образом, ко второй половине XX века под влиянием аналитической философии (логического и лингвистического анализа) правовые позитивистские воззрения (которые теперь должны существенно переосмысливаться с точки зрения того, что нужно понимать под позитивистскими концепциями философии права, но об этом несколько позже, так как сам термин «позитивизм» также должен найти свое место во всех этих изменениях) значительно усовершенствуются, что наиболее явно отражается в положениях «аналитической философии права»¹. Харт так определил предметную область аналитической юриспруденции: «Современная [аналитическая] философия не только занимается проблемами обыденного языка, но и *говорит* на нем; и теперь между двумя этими науками [аналитическая философия и юриспруденция] больше не существует барьера из метафизического жаргона технических терминов»². Схожую мысль мы обнаруживаем у Дж. Раза в трактовке Дж. Диксон: «Аналитическая юриспруденция занимается объяснением природы права, пытаясь выделить и объяснить те черты, которые делают его тем, что оно есть. Успешная теория права этого типа представляет собой теорию, состоящую из утверждений о праве, которые (1) с необходимостью являются истинными и (2) адекватно объясняют природу права... Я использую выражение ‘природа права’ для обозначения тех существенных свойств, которые должна проявить данная совокупность явлений с тем, чтобы быть правом»³.

Результат этих изменений касательно того, чем занимается и должна заниматься современная аналитическая философия права, мы находим у Б. Бикса. одного из ее наиболее авторитетных американских представителей, который отмечает, что «несмотря на то, что ‘анализ’ – это термин, включающий как нахождение необходимых и

¹ Дидикин А.Б. Формирование аналитической традиции в современной философии права // Scholae. Философское антиковедение и классическая традиция. 2010. № 4. С. 149–165.

² Hart H.L.A. Op. cit. 1953. P. 357–358.

³ Dickson J. Evaluation in Legal Theory. Oxford University Press, 2001. P. 17.

достаточных условий, так и разумное объяснение практических вопросов, предметом изучения аналитической философии права является сущность права и правовых понятий. Аналитическая философия права является частью аналитической традиции в философии и тесно связана с ней – с традицией, что доминировала в англоязычной философии на протяжении прошлого столетия»¹. Это приводит Бикса к выводу, что если мы желаем знать, что происходит в современной аналитической философии права, то нужно обратиться к следующим темам. Их, по его мнению, три.

1. *Сущность права*. Парадигмальной темой аналитической юриспруденции являются дискуссии по поводу вопроса о сущности права. Несмотря на то, что современные аналитические философы права все еще актуализируют ставший уже традиционным вопрос «Что есть право?», несколько видоизменилась стратегия анализа. Теперь теоретики все острее ощущают значимость и необходимость методологических вопросов, вроде «Является ли ‘право’ общим понятием?». И наоборот, «Может ли общая теория права основываться на той форме концептуального анализа, которая не требует противоречивых онтологических утверждений (вроде идеи ‘права’ у Платона)?»². Тем не менее магистральной темой остается вопрос, как отграничить право, каково оно есть, от права, каковым оно должно быть. Кроме того, современные дискуссии о сущности права тесно связаны с дискуссиями об основаниях самого правового позитивизма как концептуальной теории, пытающейся эксплицировать содержание правовых понятий так, чтобы они были одинаково поняты судьями, юристами и простыми гражданами. Например, методологические споры вокруг понятия «правовой позитивизм» привели к необходимости различения инклюзивного (включающего) и эксклюзивного (исключающего) позитивизма³. Здесь по поводу выражения «сущность права» следует сделать одно замечание. Как философствование по поводу права, если касаться его общих трактовок, соотносится с проблемами словоупотребления? Ведь сама проблема

¹ Bix B. On Philosophy in American Law: Analytical Legal Philosophy // On Philosophy in American Law, ed. Francis J. Mootz III. Cambridge University Press, 2009. P. 99. (Здесь и далее цит. по англоязычному изданию). См. перевод на русский язык в «Приложении».

² Bix B. Op. cit. P. 102.

³ Полсон С.Л. Сущность идеи правового позитивизма // Правоведение. 2011. № 4. С. 32–49; Himma K.E. ‘Inclusive Legal Positivism’ in Jules L. Coleman., Scott Shapiro (eds.) The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy. Oxford, 2002. P. 125–165; Himma K.E. The Instantiation Thesis and Raz’s Critique of Inclusive Positivism // Law and Philosophy. 2001. Vol. 20, No. 1. P. 61–79.

общих понятий трактуется не в том смысле, что выясняются содержащиеся в них родовые и видовые признаки, а скорее с точки зрения семантики языковых выражений, относящихся к общим понятиям. Сущность общего понятия «права» в отличие от общего понятия «мораль» рассматривается в рамках различия в словоупотреблении соответствующих выражений. Речь идет об анализе общих понятий в их специфической выраженности в языке, т.е. исследование касается не вопроса о том, что является правом или моралью, но переводится в плоскость анализа различия моральных и правовых суждений.

2. *Анализ правовых понятий.* Аналитические философы права стремятся к более точному определению и прояснению того, что такое (юридические) права, (юридические) обязанности, причинность (в праве), (юридическая) ответственность и т.д. Эти вопросы, считает Бикс, могут рассматриваться в качестве неотъемлемой части аналитической философии права, которая менее известна и редко обсуждается теми, кто не разделяет этой философской традиции¹. Эти вопросы имеют фундаментальный характер, и именно с них надо начинать исследование сущности права и правовых понятий. «Неправильные» вопросы Харт называет вековым источником неприятностей в аналитической юриспруденции, который заставлял многих теоретиков выбирать ложный путь; и это положение дел, по его мнению, долгое время имело место в аналитических исследованиях природы правовых понятий². Эти аналитические исследования зачастую принимали форму поиска определения, предполагаемого стандартным вопросом, вроде «Что есть X?». Форма «Что есть X?» относится к одному выражению и спрашивает, что же оно подразумевает (или обозначает), что приводило к недоразумениям, ибо данная форма скрытно предполагала, что то, что будет представлено в качестве ответа, должно заключаться в определении некоторой вещи или качества, к которому непосредственно прикреплено данное выражение. «Неправильность» этих вопросов Харт связывает, прежде всего, с тем, что они были ориентированы на анализ общих признаков различных юридических феноменов. Но юридические феномены всегда представлены в языке, а точнее в практике его употребления. Поэтому анализ юридических понятий во многом должен ориентироваться не на анализ «вещей», но на анализ «слов».

¹ Bix B. Op. cit. P. 103.

² Hart H.L.A. Op.cit. 1957. P. 960.

Анализ словоупотребления как раз и является сущностью выяснения содержания юридических понятий. Мы не владем изначально некоторым общим содержанием понятия, применяемого затем к разным случаям. Как раз наоборот, случаи применения термина, в котором выражено понятие, должны определять его содержание.

3. «Философские основания» отраслей права. Бикс отмечает, что «исследование ‘философских оснований’ отраслей права, направленное одинаковым образом на объяснение и обоснование существующей правовой доктрины, как чего-то большего, чем просто элемента правозащитной деятельности или юридического образования, является своего рода ‘рациональной реконструкцией’. ‘Философские основания’ могут представлять собой важные руководящие разъяснения судьям, особенно когда они сталкиваются с неурегулированными правом вопросами, поскольку именно доктринальные отрасли права имеют важное практическое применение»¹. Вопрос о различии отраслей права здесь также должен трактоваться с точки зрения специфики употребления языка. Действительно, одна отрасль права отличается от другой именно тем, что она применяется к иной социальной практике, но эта иная социальная практика выражена в совершенно других формах применения лингвистических выражений. Различные языковые практики порождают различные способы трактовки правовых феноменов в применении к различным случаям.

Однако приписывать эти дискуссии исключительно философии права XXI века будет несколько некорректным, и вряд ли подобную постановку вопросов можно считать сегодня оригинальной. Эта проблематика всегда была в поле зрения философов права и актуализировалась с разной степенью интенсивности на протяжении всей истории правовой мысли, от Платона и Аристотеля и до наших дней. Более того, было бы неправильным игнорировать отдельные попытки отечественных правоведов определить предмет аналитической философии права, которые внесли существенный вклад в ее понимание.

Например, В.П. Макаренко так определяет предмет аналитической философии права: «Это природа юридических процедур и анализ правовых аргументов при судебном выборе, интерпретации и применении законов. Этот аспект является центральным в аналитической философии права»². Иными словами, сущность аналитической философии права заключается в «глубинном анализе специфи-

¹ Bix B. Op. cit. P. 103–104.

² Макаренко В.П. Аналитическая философия права: концепции и проблемы // Правоведение. 2002. № 6. С. 11.

ки правовых процессов»¹. В.П. Макаренко через обоснование необходимой связи политики и права хочет показать, что философско-правовая проблематика, во-первых, должна быть редуцирована до юридической процедуры (т.е. до институционального аспекта), а во-вторых, ее экспликация возможна лишь в рамках правовых процессов. Он утверждает, что право есть проявление политики, и считает, что именно на эту посылку опирается аналитическая философия права: «Не существует права, независимого от политики»². Критикуя концепцию Харта, В.П. Макаренко отмечает, что подобного рода теории не в состоянии ответить на вопрос: может ли политика установить общеобязательную систему права в данном обществе? При этом политический анализ права, по его мнению, не дает ответа на более конкретный вопрос: какое правило является обязательным? Хотя постановка (и формулирование) этих вопросов весьма спорна, но сам В.П. Макаренко на них с легкостью отвечает: «В момент признания правила законом снимается разделение права и политики. Любая словесная формула закона и последовательность правовых решений воплощаются в жизнь разными способами. Решение о выборе одного из них есть потенциальный политический акт»³. Трудно не согласиться, что у права и политики (более того, у теории права и политологии) много общего (предмет, объект исследования, общие цели и задачи, институциональное воплощение и проч.), но на основе их (частичной) схожести достаточно сомнительным выглядит тезис об учете их связи для понимания и определения аналитической философии права. В свете указанных выше особенностей аналитической философии права связь политики и права здесь, очевидно, не причем. Этот факт следует уже хотя бы из того, что аналитическая философия права – это не попытка описать или выяснить сущность некоторого объективного феномена. Основная цель аналитической философии права – это анализ фактов языка. Язык посредством его специфического воздействия на структуру права, конечно, воздействует и на политику. Анализ языка права связан только лишь с исследованием сложившейся практики словоупотребления в языке права. И на этом основании развиваются практики толкования правовых норм и основных категорий права.

¹ Макаренко В.П. Указ. соч. С. 10.

² Там же. С. 11.

³ Там же. С. 14.

Более взвешенную позицию выражает И.Н. Грязин, который считает, что в развитии аналитической философии права можно выделить два основных варианта: продолжение более или менее формального анализа правового знания с отдельными ссылками на этический фон правовых предписаний и возвращение к исходным положениям аналитической философии права и их новое развитие, теперь уже в единстве с этическим и общесоциальным содержанием. Современное состояние аналитической философии права, по его мнению, характеризуется рядом тенденций. Во-первых, признание необоснованности введения в теорию аксиомы о наличии единой законодательной воли на основе ее «самоочевидности». Во-вторых, построение более сложных аксиоматических систем, заменяющих элементарную «волю законодателя» и включающих в себя, по крайней мере на терминологическом уровне, элементы теории естественного права (формальное введение некоторых естественно-правовых философских идей); логический анализ правового знания, выявление недостаточности последнего и привнесение в него элементов нормативной и дескриптивной этики. В-третьих, замена анализа материальной детерминации этико-правовых явлений проблемами теоретической выводимости, проистекающая из переключения внимания аналитической философии права на методологические проблемы теории права, переход от анализа языка права к анализу правового знания¹.

Аналитическая традиция в философии права, отмечает И.Н. Грязин, претерпела в течение последних двух-трех десятилетий значительные, даже принципиальные изменения, но осталась тем не менее стабильной в своих основах и фундаментальных методологических установках². Во-первых, право по-прежнему исследуется как «сущее бытие» и, во-вторых, сохраняется ориентация на формально логический и лингвистический анализ феномена права³.

Как мы видим, как в англо-американской, так и в отечественной философии и теории права такие термины, как «юридический позитивизм», «аналитическая философия права», «аналитическая юриспруденция», не разводятся. Довольно часто в научной литературе они употребляются либо как синонимы, что значительно затрудняет идентификацию объектов, которые они обозначают, либо одно вы-

¹ Грязин И.Н. Аналитическая философия права: Современ. тенденции: (Аналит. обзор) // Современ. аналит. философия: Сб. обзоров и реф. М., 1988. Вып. 1. С. 194.

² Грязин И.Н. Указ. соч. С. 174.

³ Грязин И.Н. Указ. соч. С. 195.

водится из другого. Но использование одного и того же термина для разных направлений сыграло дурную шутку. Термин «позитивизм» в философии, в том числе и в философии права, обозначал достаточно разнородные представления. Позитивизм XIX века О. Конта, Г. Спенсера и Дж.С. Милля, которые стремились построить основания социальной науки на принципах научного факта, очень сильно отличается от позитивизма Б. Рассела, Л. Витгенштейна, Р. Карнапа, которые в XX веке стремились не к фиксации научного факта, на основании которого делаются теоретические обобщения, но к выяснению логической и лингвистической структуры описания этого факта. Теоретические обобщения в «новом» позитивизме есть результат тщательного анализа структур описания социальных явлений с последующим выводом правил, зафиксированных в нормативном языке. В этом отношении просто необходимо отличать «позитивизм» в старом и новом смыслах. Позитивизм, отталкивающийся от социальных фактов, очень сильно отличается от того позитивизма, который основывается на анализе фактов языка. Это находит свое выражение еще и в том, что классики позитивизма не имели в своих взглядах на общество ничего позитивистского, как это понимают современные философы права и этики. Дело в том, что в отличие от понятия позитивного знания, являющегося ключевым для позитивистской философии, философия права основывается на понятии положительного, позитивного закона. Последний в отличие от закона желаемого, воображаемого и т.п. представляет собой форму действительного, фактического права. Здесь особое значение должно иметь то, что называют «юридическим позитивизмом». Как таковой, юридический позитивизм ориентирован только на то, что основным источником анализа права является сложившееся правотворчество, во всем многообразии выражающее его языковое употребление. Это многообразие, как правило, не сказывается на возможности различия трактовки того, что в нем может быть выражено. Обычно в юридической практике многообразие словесных выражений не учитывается. Считается, что сложившееся словоупотребление необходимо и достаточно для того, чтобы работало правоприменение. Но в какой степени работает правоприменение, если оно основано на том, что язык понимается так, как он используется в его обыденном смысле, т.е. в том его употреблении, где некоторые особенности его функций не принимаются в расчет?

Думается, что терминологический анализ в данной ситуации необходим. Убедительным в этой связи выглядит замечание Харта о том, что термин «юридический позитивизм», с которым нередко отождествляется аналитическая юриспруденция, так и не получил адекватного определения¹. По его мнению, можно выделить пять значений термина «юридический позитивизм», которые чаще всего встречаются в философии права; причем значение № 4, по мнению Харта, ошибочно приписывается аналитическим правоведам:

1) представление о том, что право является человеческой командой;
2) представление о том, что нет никакой необходимой связи между правом и моралью или правом, какое оно есть, и правом, каким оно должно быть;

3) представление о том, что анализ юридических концептов стоит осуществлять и отличать от исторических исследований причин или источников права, от социологических исследований отношения права и других социальных феноменов, будь то термины морали, социальных целей, «функций» или чего-то другого;

4) представление о том, что правовая система является «закрытой логической системой», в которой правильные юридические решения могут быть логически выведены из предустановленных правовых норм без ссылок на социальные цели, политику и моральные стандарты;

5) представление о том, что моральные суждения не могут быть обоснованы или подтверждены как суждения о фактах, исходя из рациональных аргументов, доказательств или свидетельств (нонкогнитивизм в этике).

Схожую мысль мы находим у И.Н. Грязина, который указывает на то, что необходимо помнить, что аналитическая философия права, являясь разновидностью позитивизма в юриспруденции, не вполне эквивалентна аналитике и позитивизму в самой философии. Начало аналитической философии права можно датировать второй половиной XVIII века, с появлением трудов И. Бентама. В его работах были эксплицированы два течения (между которыми не всегда легко провести четкую границу): 1) правовой социологический позитивизм – направление, ставящее своей задачей изучение «действительных» социальных отношений в сфере правоприменения и определяющее право как «то, что суды на самом деле делают» (позиция американского правового реализма); 2) правовой аналитический позитивизм (собственно аналитическая философия права) – направле-

¹ *Харт Г.Л.А.* Указ. соч. 2005. С. 112.

ние, ориентированное в первую очередь на изучение правового языка, правовых текстов и определяющее право как совокупность норм, принятых в соответствующем определенном порядке. Оба этих течения, принимая методологию «положительного» правоведения, прилагают ее к различным предметам: в одном случае предметом является «функционирование» права, в другом – юридические тексты¹. Эта мысль И.Н. Грязина является убедительным подтверждением нашего тезиса, что методология современного «положительного» правоведения ориентирована не на анализ социальных фактов, а на анализ фактов языка и способов его употребления.

Это допущение позволяет заключить, что основные идеи и принципы прежнего аналитического позитивизма в праве сводятся к следующим постулатам:

1) следует строго различать положительное право и право идеальное (этика), причем объектом научного познания может стать только первое;

2) положительное право представляет собой приказ политического суверена (короля, парламента, аятоллы и т.п.);

3) положительное право составляет единую, логически целостную систему, выводимую из особого положения суверена;

4) международное право является единственной «положительной моралью», ибо оно фиксирует лишь определенно желаемые состояния, но не исходит от суверена и не обладает его силой;

5) суверен не ограничен ни в чем, а его положение является «предюридическим», т.е. это положение невыводимо из других, являясь общепринятым фактом;

6) основной метод науки права есть анализ правового языка, его внутренней логики².

Напротив, современная аналитическая философия права, например Харта, стремится последовательно применять аналитический метод при определении границ правовой сферы. При этом основной его задачей является не анализ «фактов», но анализ того, как они присутствуют в юридическом языке. В этом смысле предметом его исследования является не «позитивное право» в целом, а его отдельные элементы: позитивное право включает в себя различные источники права (законы, обычаи, доктрины, прецеденты), законы состоят из правовых норм, а нормы – из правил. Тем самым главной катего-

¹ Грязин И.Н. Указ. соч. С. 175.

² Там же. С. 175–176.

рией для Харта становится «правило», т.е. правовое высказывание о наличии либо отсутствии определенных правоотношений и их структурных элементов¹.

Таким образом, интерес к логической и лингвистической стороне права связан с позитивистской теорией права (или аналитической юриспруденцией); поэтому настоящим предметом науки права, по словам Ф. Оппенгейма, является «логический анализ юридического языка, понятого как средство выражения, а также истолкования и изучения норм права»². Разделяя методологический тезис аналитической философии (особенно «позднего» Витгенштейна), что для понимания языковых выражений необходимо изучать контекст их употребления и правила «языковой игры», в которой эти выражения участвуют, Харт первым попытался использовать эти идеи для построения своей аналитической философско-правовой теории. Он пишет: «Лингвистическая философия, задуманная как прояснение множества форм и различных функций языка, не знала границ своего предмета: ее цели и прозрения могли применяться не только для толкования дискурса повседневной жизни, но также и в любой дисциплине, где были основания считать, что неумение отделить друг от друга некоторые формы дискурса, разница между которыми часто скрывается за одним и тем же грамматическим выражением, привело к затруднениям и путанице. И находясь под мощным и захватывающим влиянием этих идей, я попробовал показать значимость этой формы лингвистической философии для философии права и юриспруденции. Поскольку мне казалось (и кажется до сих пор), что внимание к сложным и разнообразным способам связи слов и правовых правил способствовало бы избавлению от путаницы»³. По-видимому, Харт речь ведет о § 132 «Философских исследований», когда говорит о мощном и захватывающем влиянии идей лингвистической философии: «Свои познания об употреблении языка мы стремимся привести в порядок: порядок, служащий определенной цели, один из множества возможных порядков, а не единственно возможный порядок как таковой. С этой целью мы вновь и вновь подчеркиваем различия, которые легко упускаются из виду в наших обычных языковых формах... Путаницы, занимающие нас,

¹ Афонасин Е.В., Дидикин А.Б. Философия права. Новосибирск, 2006. С. 20.

² Oppenheim F. Outline of a Logical Analysis of Law // Philosophy of Science. 1944. Vol. 11, No. 3. P. 142.

³ Hart H.L.A. Introduction / Essays in Jurisprudence and Philosophy. Oxford University Press, 1983. P. 3.

возникают тогда, когда язык находится на холостом ходу, а не тогда, когда он работает»¹.

На самом деле, аналитическое изучение правовых концептов, исследование огромного словарного запаса юриспруденции средствами философии языка, наряду с историческими и социологическими исследованиями, сыграли важную методологическую роль в понимании природы права, что в полной мере отразилось на спецификации предметной области аналитической философии права. Ее предметом становятся не вопросы выяснения сущности юридических фактов, как условий возникновения правоотношений, но проблемы обнаружения специфических языковых структур, которые мы квалифицируем как относящиеся к системе права. И это, надо сказать, весьма интересная позиция, поскольку впервые во главу угла ставятся не споры о природе правовых институтов, а о семантике тех выражений, в которых эти институты описываются. Поэтому нельзя не согласиться с Хартом, который говорит, что, «чтобы понять все это, надо признать особую функцию языка: существуют правила или конвенции, согласно которым лицо, произносящее определенные слова, приводит в действие некоторые другие правила. Этим и определяется функция или, в широком смысле, значение слов»². Общие черты того стиля человеческой мысли и речи, которые касаются норм и их применения к поведению, стали очевидными только после благотворного поворота философии к языку³.

3.2. Концептуальный анализ в философии права: границы применимости

(Оглезнев В.В.)

Философия права, как и любая другая отрасль научного знания (особенно, философия), несвободна от методологических проблем и противоречий. В то же время своеобразие исследуемой области обуславливает разнообразие методологических подходов. Это допущение позволяет В. Родригес-Бланко утверждать, что, поскольку основной задачей философии права является выяснение онтологиче-

¹ Витгенштейн Л. Философские работы. М., 1994. Ч. I. С. 131.

² Hart H.L.A. *Jhering's Heaven of Concepts // Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford University Press, 1983. P. 276.

³ Харп Г.Л.А. Определение и теория в юриспруденции // Правоведение. 2008. № 5. С. 32.

ских и эпистемологических особенностей правовых явлений, то дискуссии касательно используемой методологии можно локализовать в двух основных подходах – дескриптивном и нормативном, в рамках которых возможно выделить самостоятельные направления. Объединяющей идеей для представителей дескриптивной методологии является утверждение, что право поддается описанию, но в зависимости от того, как это делается, можно дифференцировать два следующих направления. Представители первого направления (М. Мур, Б. Лейтер, Д. Бринк и др.) отмечают, что задачей юриспруденции является описание либо естественных, либо функциональных сторон права. Предметом описания и объяснения выступают юридические или этические сущности, имеющие пространственно-временную упорядоченность и взаимосвязь. Представители второго направления (Г. Харт, Дж. Колман, К. Химма и др.) считают, что задачей юриспруденции является описание правовых понятий посредством применения метода концептуального анализа, которому они придают первостепенное значение. С другой же стороны, представители нормативной методологии (Р. Дворкин, С. Перри, Дж. Финнис и др.) придерживаются мнения, что и концептуальный анализ и описание юридических или этических сущностей не лишены недостатков, поэтому право нуждается в моральных аргументах и оценочных суждениях, которые являются необходимыми элементами сущности права¹.

Д. Паттерсон верно отмечает, что методология – это грамматика юридической аргументации и материя юридической практики². Действительно, отсутствие методологии не позволяет нам продуцировать, обсуждать и оценивать правовые суждения. А поскольку обсуждение методологии права имплицитно содержит серьезные вопросы о сущности права и теоретико-правовых проблемах, то именно через их всестороннее обсуждение мы приближаемся к тому, что позволяет нам увидеть картину права в более ясном виде. В этом смысле поиск релевантных методологических инструментов становится основной задачей философии права XX в. Интерес философов права к исследованию методологии науки был спровоцирован, в первую очередь, бурным развитием в начале двадцатого столетия аналитической философии. Заимствование общей методологической

¹ *Rodriguez-Blanco V. Methodological Problems in Legal Theory: Normative and Descriptive Jurisprudence Revisited // Ratio Juris. 2006. Vol. 19. P. 26–27.*

² *Patterson D. Methodology and Theoretical Disagreement // Essays in European Method: Paradoxes and Revitalisation. Ulla Neergaard, Ruth Nielsen and Lynn Roseberry (Eds). Copenhagen, 2011. P. 240.*

установки аналитической философии, что большая часть философских проблем может быть решена внимательным и осторожным отношением к языку, характеру употребляемых понятий и их концептуальным различиям, позволило философии права разработать свой собственный методологический проект. Под влиянием аналитической философии (логического и лингвистического позитивизма) правовые позитивистские воззрения подвергаются значительному усовершенствованию, что наиболее явно находит свое отражение в положениях «аналитической философии права»¹. Внимание к языку права, анализу структуры и логики правовых норм, анализу содержания нормативного предписания обусловили становление и развитие аналитической философии права, изначально понимаемой в качестве специфического направления самой аналитической философии, а затем – в качестве самостоятельной отрасли научного знания. Своим основным предметом аналитическая философия права считает «прояснение» языка, на котором формулируются философски значимые вопросы и утверждения. Достичь этого можно только путем точного определения всех используемых понятий и их соотнесения с эмпирически наблюдаемыми явлениями; в этом смысле суть аналитической философско-правовой традиции можно передать различными оттенками английского слова «intelligibility».

Для философии в целом анализ всегда имел важное эпистемологическое и гносеологическое значение, поскольку позволял не только прояснить, но и лучше понять то, на что он был направлен. Как однажды выразился Дж.Л. Остин, «мы используем наше отточенное восприятие слов для того, чтобы отточить восприятие нами феноменов»². Хотя эту мысль едва ли можно счесть новой и оригинальной, но тем не менее подобная исследовательская установка стала девизом англо-американской философии середины XX века. Платон в диалоге «Кратил» уже эксплицировал идею происхождения языка и образование слов: «Сократ: ...Какое значение имеют для нас имена, и что хорошего они делают? Кратил: Мне кажется, Сократ, они учат. И это очень просто: кто знает имена, тот знает и вещи. Сократ: Наверное, Кратил, ты имеешь в виду что-то в таком роде: когда кто-то знает имя, каково оно, –

¹ Афонасин Е.В., Дидикин А.Б. Философия права. Новосибирск, 2008. С. 10.

² Остин Дж.Л. Принесение извинений // Три способа пролить чернила: Философские работы. СПб., 2006. С. 207.

а оно таково же, как вещь, – то он будет знать и вещь, если только оно оказывается подобной имени, так что это искусство одинаково для всех взаимоподобных вещей. Мне кажется, именно поэтому ты сказал: кто знает имена, знает и вещи»¹. Схожие с Остином мысли мы обнаруживаем у Харта: «Следуя за аналитическими исследованиями, мы стараемся заострить наше понимание того, о чем мы говорим, когда употребляем наш язык. Не существует прояснения понятий, не способного расширить наше понимание мира, к которому мы их применяем. Успешный анализ либо определение сложных и запутанных терминов или форм выражений, конечно же, включает некоторые существенные элементы в раскрытии факта, ибо в прояснении любых понятий мы неизбежно обращаем внимание на различия и сходства между типом явления, к которому мы применяем понятие, и другими явлениями»².

Дискуссии о методологии, изначально возникшие в эпистемологии, сегодня можно обнаружить и в других отраслях научного знания, в том числе и в философии права. Среди современных философов права можно найти тех, которые не просто разделяют тезис У.В.О. Куайна, что философии необходимо избавиться от концептуального анализа в пользу эмпирической методологии³, но активно развивают новое направление в философии права – натурализованную юриспруденцию⁴. Для реализации такого проекта предпринимаются попытки создания нового понятийного аппарата, объединяющего ряд категорий и понятий философии науки и философии права в их взаимосвязи. Но философия права, с негодованием отмечает Б. Лейтер, ярый противник и критик концептуального анализа, — это одна из немногих областей философии, которая проигнорировала критику Куайном концептуального анализа: «В то время как каждая основная область философии, будь то метаэтика, философия языка, эпистемология, философия науки или философия сознания, в течение последней четверти прошлого века испытала натуралисти-

¹ Платон. Сочинения в четырех томах. М., 2006. Т. 1. С. 495.

² Hart H.L.A. Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer // University of Pennsylvania Law Review. 1957. Vol. 105. P. 953. (Здесь и далее цит. по англоязычному изданию). См. перевод на русский язык в «Приложении».

³ Куайн У.В.О. Две догмы эмпиризма // С точки зрения логики. 9 логико-философских очерков. М., 2010. С. 45–80.

⁴ Дидикин А.Б. Современные интерпретации натурализма в аналитической философии права // Вестник Новосибирского государственного университета. Серия «Философия». 2008. № 6. С. 59–63; Leiter B. Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy. Oxford, 2007.

ческий поворот, и только англо-американская философия права осталась нетронутой этим интеллектуальным течением»¹.

Мы же, напротив, считаем, что исследование употребления многих юридических понятий не предполагает и вряд ли может считать релевантным применение сциентистской методологии с ее безоговорочным доверием индукции и эмпирическим наблюдениям. Смысл предложения, содержащего юридические термины (и здесь мы разделяем позицию позднего Витгенштейна), детерминируется теми условиями, которые неиндуктивно (т.е. неэмпирически – с помощью «грамматических» конвенций) оправдывают употребление предложения.

Почему же философии права следует отказать от концептуального анализа? И так ли уязвим концептуальный анализ перед критикой Куайна или Лейтера? Лейтер вслед за Куайном отмечает, что «не существует подлинного разделения между утверждениями, 'истинными в силу значения' и 'истинными в силу факта', либо между 'необходимыми' и 'случайными' истинами; есть просто социально-исторический факт, что в любой рассматриваемой точке в истории исследования имеются как утверждения, от которых мы вряд ли откажемся в случае их противоречия непокорному эмпирическому доказательству, так и утверждения, которые при таком противоречии мы оставим вполне охотно»². Неудовлетворенность обращениями к концептуальному анализу и интуициям, которые являются, по мнению Лейтера, несостоятельными с эпистемологической точки зрения, привела его к постулированию «натуралистического метода», в рамках которого возможно выделение двух взаимодополняющих тезисов: *содержательного тезиса*, в основании которого лежит допущение, что в отношении вопросов о том, что есть и что мы можем знать, у нас нет ничего лучше, чем успешная научная теория; *методологического тезиса*, указывающего, что, поскольку философия занимается тем, что есть и что мы можем знать, она должна действовать как абстрактная отрасль успешной научной теории.

Д. Паттерсон и Дж. Обердик отмечают, что основной ошибкой и Куайна, и Лейтера является игнорирование того, что концептуальный анализ может принимать разные методологические формы и иметь разные эпистемологические установки. Куайн и Лейтер, напротив, рассматривают концептуальный анализ в качестве единст-

¹ Leiter B. Naturalism and Naturalized Jurisprudence // *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*. Oxford University Press, 1998. P. 80.

² Leiter B. Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence // *American Journal of Jurisprudence*. 2003. Vol. 17. P. 39.

венного метода философского исследования, причем напрямую зависящего от дистинкции аналитическое/синтетическое. В ответ на это Паттерсон и Обердик указывают на четыре (хотя их может быть больше) различные, но взаимосвязанные версии (вернее, разновидности) концептуального анализа, которые куайновский натурализм не в силах поставить под сомнение и результаты приложения которых для философии права намного эффективнее, чем что бы то ни было из предложенного Лейтером или Куайном¹.

Первый вариант, выражаясь словами Ф. Джексона, является наиболее распространенной концепцией, указывающей, что «концептуальный анализ заключается в выявлении времени появления и наличия подтверждения истинности какой-либо статьи одного словаря каким-либо другим более фундаментальным словарем»². Согласно этому подходу концептуальный анализ является необходимой предпосылкой ответа на вопрос об онтологической редукции, т.е. той разновидности редукции, которая имеет место, когда утверждается, допустим, что гены – это сегменты ДНК. Поэтому чтобы объяснить каузальные отношения между какими бы то ни было (особенно научными) понятиями и тем, что они обозначают, всегда приходится иметь дело с априорным анализом понятий более высокого уровня. Иными словами, суть анализа этой формы заключается в том, что анализ призван показать, как и насколько один ряд терминов редуцируем до другого ряда, или установить, как изменяется постулирование традиционной теории в связи с появлением новой теории. Джексон утверждает, что эта форма метода схожа с куайновским методом парафразы, где «целью была бы не синонимия, а всего лишь приблизительное выполнение вероятных задач исходных предложений»³, или «если мы перефразируем предложение, чтобы устранить двусмысленность, мы ищем не синонимичное предложение, но – более информативное, посредством сопротивления некоторым альтернативным интерпретациям»⁴.

Второй тип концептуального анализа условно называется «терапевтическим». Он исходит из предположения, что основной задачей философии является обнаружение и устранение бессмысленных ут-

¹ *Oberdiek J., Patterson D.* Moral Evaluation and Conceptual Analysis in Jurisprudential Methodology / Law and Philosophy: Current Legal Issues. Oxford University Press, 2008. P. 70–74.

² *Jackson F.* From Metaphysics to Ethics: A Defense of Conceptual Analysis. Oxford University Press, 1998. P. 28.

³ *Куайн У.В.О.* Слово и объект. М., 2000. С. 167.

⁴ Там же. С. 121.

верждений. Концептуальный анализ данного вида направлен на излечение мышления и речи от смешения метафизических понятий. Аппликация терапевтического философского анализа позволяет исправить *ненормальное* поведение в мышлении и речи, устранить неясности, иллюзии и странности или, по крайней мере, их обнаружить. Этот метод предполагает выявление концептуального ядра термина путем сравнения различных контекстов его употребления. Он характерен для работ Дж.Э. Мура, который не ставил задачу явных определений философских терминов, но скорее выяснял осмысленность философских вопросов, в которых эти термины фигурируют. По мнению Мура, полезность концептуального анализа может быть объяснена тем, что «во всех областях философского исследования трудности и разногласия, которыми полна их история, возникают... в силу того, что ученые пытаются ответить на вопросы, не уяснив окончательно, каковы те вопросы, которые они собираются решать»¹; ведь именно анализ и проведение тонких различий помогают точно определить содержание поставленных вопросов, что в конечном счете устраняет этот источник ошибок.

Третий вид концептуального анализа может быть определен как «концептуальное теоретизирование». К. Химма описывает его так: «Концептуальный анализ пытается теоретизировать... интуиции и общие конвенции через установление глубинных метафизических обязательств, которые либо подразумеваются, либо предполагаются этими интуициями, равно как и через определение более общих принципов, которые объяснили бы эти интуиции или конвенции. Несмотря на то, что это можно расценивать в качестве ясного философского предприятия или не расценивать в качестве такового, но, очевидно, что оно выходит далеко за пределы определенных эмпирических задач по фиксации обыденных интуиций или конвенций»². Эта форма концептуального анализа также не может избежать метафизических требований. Химма отмечает, что даже у лингвистических конвенций, в которые мы вступаем, есть метафизические импликации. Например, предложение «2 является четным числом», подразумевает, что существует нечто, что мы обозначаем термином «2»; а поскольку предложение «мы не можем прикоснуться к 2» истинно, из этого следует, что 2 существует как абстрактный объект –

¹ Мур Дж.Э. Принципы этики. М., 1984. С. 37.

² Himma K.E. Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy / Law and Philosophy: Current Legal Issues. Oxford University Press, 2008. P. 12.

это и есть метафизическое требование. Точно так же, если концептуальной истиной является то, что каждый холостяк является неженатым мужчиной, из этого следует, что невозможно быть женатым холостяком, поэтому требования возможных случаев находятся за пределами случайных эмпирических свойств нашего мира и являются по сути метафизическими. Концептуальный анализ не может сосредоточиваться исключительно на содержании понятий; он не может избежать предъявления метафизических требований по отношению к миру, несмотря на то, что они не являются абсолютными и, в этом смысле, не могут не зависеть от той концептуальной каркаса, в рамках которого они сформулированы.

Четвертая – это так называемая упрощенная версия концептуального анализа, не предполагающая, в отличие от версий, указанных выше, редукционизма и метафизических обязательств, но позволяющая через *переописание* установить исходные посылки или концептуальные основания. Суть концептуального анализа, как выражается Дж. Колман, заключается в «раскрытии наиболее характерных черт понятия, а именно, тех, что наиболее отчетливо проявляются при объяснении вещи и имеют лингвистическую форму ‘понятие чего-то’ [the concept of], – именно они имеют решающее значение для нашего понимания»¹.

Анализ специфических версий концептуального анализа и границ их применимости позволяет Паттерсону и Обердику утверждать, что, во-первых, не существует единственной формы экспликации этого философского метода, во-вторых, и это следует из первого тезиса, под критические аргументы Куайна, изложенные в «Двух догмах эмпиризма», подпадает лишь наиболее радикальная версия концептуального анализа (представленная первой версией), тогда как остальные остаются без внимания. И наконец, в-третьих, остается непонятным, несмотря на критику Лейтера, как можно обойтись без применения концептуального анализа при исследовании правовых понятий².

Дескриптивный концептуальный анализ в классическом понимании заключается в том, что он представляет собой априорную деятельность, которая стремится прояснить содержание понятия, рассматривая интуиции в отношении возможных случаев. Джексон так описывает подобную методологическую стратегию: «Концептуаль-

¹ Coleman J. The Practice of Principle. Oxford University Press, 2001. P. 179.

² Oberdiek J., Patterson D. Op. cit. P. 74.

ный анализ осуществляется посредством обращения к тому, что представляется нам наиболее очевидным и значимым [относительно рассматриваемого понятия]... что обнаруживается нашей интуицией в отношении возможных случаев»¹. По мнению Джексона, наши обыденные интуиции в отношении понятий позволяют нам понять содержание анализируемых понятий. Согласно этой концепции соответствующие интуиции являются чисто дескриптивными и не содержат моральных интуиций, например в отношении добра или зла. Распознавание содержания понятия не предполагает фокусирование на нормативных моральных принципах², даже тогда, когда понятия используются для оценки поведения. Например, для надлежащего анализа понятия «право» нет необходимости распознавания существующих стандартов понимания справедливости, хотя такие стандарты, наверное, были бы важны при ответе на вопросы вроде какое право должно быть у определенного общества.

Джексон в отличие от Паттерсона и Обердика предлагает различать умеренную и неумеренную версии концептуального анализа³. Согласно *неумеренной версии*, концептуальный анализ позволяет нам понять, каким является мир; т.е. анализ содержания понятия, например, «право» позволил бы нам понять сущностную природу права, которая на самом деле не зависит от наших понятий. Концептуальный анализ *умеренной версии* описывает содержание понятия, распознавая свойства, отличающие возможные случаи, к которым оно применяется, от других возможных случаев, в отношении которых оно не применяется; этот анализ не описывает мир, как нечто находящееся вне наших понятий. Сам Джексон придерживается умеренной версии концептуального анализа. Если традиционный концептуальный анализ умерен по своему характеру, то Джексон преуменьшает роль наших лингвистических методов в определении содержания понятий. Критики традиционного концептуального анализа, типа Куйана, допускают, что если бы мы использовали символ «вода», чтобы обратиться к чему-то другому, чем к прозрачной жидкости, то тогда не было бы концептуальной истиной то, что вода — это H₂O, хотя, непременно, существовала бы некоторая концептуальная истина, соответствующая отношению между определенным понятием и H₂O. Понятия могли бы быть абстрактными объектами,

¹ Jackson F. Op. cit. P. 31.

² Coleman J. Op. cit. P. 213–214.

³ Jackson F. Op. cit. P. 43–44.

независимыми от наших действий, но язык – это социальная конструкция, основанная на социальных практиках, конвенциях; и то, какие понятия язык признает релевантными, определяется содержанием этих социальных практик.

Это допущение предполагает признание некорректным применение традиционной методологии дескриптивного концептуального анализа. Хотя философы права и пытаются часто оправдать свои концептуальные притязания обращением к «обыденным интуициям», но будет преждевременным, считает Химма, безоговорочно согласиться с этим тезисом. Интуиции, которые действительно имеют значение для концептуального анализа, являются по сути общими представлениями, показывающими, как на практике использовать соответствующие термины¹. Традиционный концептуальный анализ в большей степени, хотя и не всецело, связан с идеей, что понятия являются смыслами или значениями. Концептуальный анализ направлен на распознавание содержания смысла соответствующего слова; этот анализ обычно осуществляется посредством распознавания свойств, которые позволяют отличить одни вещи, которые подпадают под соответствующее понятие, от других вещей. Эти отличительные свойства выражаются в форме необходимых и достаточных условий употребления понятия: так, например, если отличать право от *неправа* при наличии у обоих некоего общего свойства P1 и отличительных свойств P2 и P3, то для каждого X будет верно, что X есть право, если и только если X обладает свойством P1 и свойством или P2 или P3.

Таким образом, концептуальный анализ может принимать форму исследования используемых понятий через определение значений лингвистических терминов, он нацелен на установление, объяснение и теоретическое описание семантического содержания соответствующего понятию термина, тогда как содержание понятия не исчерпывается обычным значением соответствующего слова, оно определяется его значением. Целью концептуального анализа, как мы смогли убедиться, должно считаться раскрытие исчерпывающего репрезентативного содержания (или значения) некоторого правового понятия («субъективное право», «ответственность» и др.), а результатом – дефиниция этого понятия, в которой, как правило, специфицируются необходимые и вместе с тем достаточные условия его применения в определенных лингвистических контекстах. Кроме того, концептуальный анализ применительно к правовой сфере мо-

¹ Himma K.E. Op. cit. P. 8.

жет рассматриваться как способ обнаружения «схемы» или «карты» априорных, необходимых концептуальных истин и категорий, которые провозглашаются условиями возможности языка как средства концептуализации опыта мира.

3.3. Намерение, действие, ответственность

(Оглезнев В.В.)

Конкретные поведенческие стратегии индивида, особенно их интенциональная составляющая (или ментальный компонент), всегда были и остаются объектом изучения и предметом дискуссий во многих отраслях гуманитарного знания, будь то философия сознания, когнитивная психология, прагматическая семантика или философия права. В обычном языке ответить на вопрос «Сделал ли *X* *a* намеренно?» помогает презумпция: если человек что-то сделал, он сделал это намеренно. Так, при описании действий, совершенных (или совершаемых) при *нормальных* обстоятельствах, было бы неуместным утверждать, что человек что-то сделал (или делает) намеренно или ненамеренно. Однако актуализация подобных вопросов в нестандартных типах дискурса, например в юридическом, имеет интересные особенности, фиксация которых позволяет продемонстрировать и оценить значение намерения для философии права. Таким образом, экспликация намерения – основной категории философии сознания – в контексте юридического языка позволит, во-первых, прояснить значение таких понятий, как действие, решение, ответственность и др., часто используемых в философии уголовного права, и, во-вторых, продемонстрировать (на примере намерения) релевантность методологических установок философии сознания сфере философии права и философии наказания. Здесь особо следует отметить, что далее речь пойдет не столько об уголовном праве (в строгом юридическом смысле), сколько о философии уголовного права, которая не обусловлена характером конкретной правовой системы и не привязана к определенным правовым традициям.

Что такое намерение? Что значит намеренное поведение? Что значит сделать что-то намеренно? На эти вопросы сложно ответить, не ссылаясь на конкретные концепции философии сознания. Подобное положение дел характерно и для философии права¹, где, несмот-

¹ См.: Coffey G. Codifying the Meaning of 'Intention' in the Criminal Law // The Journal

ря на общее согласие в отношении релевантности намерения теории ответственности или философии наказания, этот термин употребляется по-разному. Кроме того, есть существенные отличия в том, как правоведы используют или определяют понятие намерения и как оно понимается в философии сознания. Различается и употребление этого термина в разных правовых традициях. Так, например, в российском уголовном праве отсутствует легальная дефиниция намерения; при этом широкое распространение получил принцип виновной ответственности, который гласит, что ответственность за действия определенного лица возникает только тогда, когда установлена его вина, т.е. определенное психическое отношение лица к содеянному (ч. 1. ст. 5 Уголовного кодекса РФ). Напротив, «английское уголовное право достаточно четко характеризует намерение как наиболее опасную разновидность *mens rea*, связывая его либо с целью, когда наступление результата явно желаемо обвиняемым, либо с предвидением неизбежности наступления результата, когда с последствием, может быть и не желаемым эмоционально, обвиняемый соглашается и тем самым психологически желает его наступления»¹. Общей тенденцией в рассмотренных подходах является замена понятия намерения на родственные или близкие по значению с ним слова, например, на «вину» или «умысел» в российском праве либо на «maliciously» или «willfully» в английском праве. Однако, как справедливо отмечает Дж. Флетчер, «разнообразные системы позитивного уголовного права... выявляют большее единство, чем мы обычно себе представляем. Для того чтобы постичь это основополагающее единство, мы должны сделать шаг назад от деталей и лингвистических вариаций уголовных кодексов»². Игнорирование этих различий позволяет сместить исследовательские акценты с частных аспектов на более общую проблему понимания намерения в философии права, в частности, исследовать так называемое *общее учение* об уголовной ответственности, которое берет свое начало в философии действия XVIII века. Согласно этому учению³, помимо таких элементов, как знание обстоятельств и предвидение последствий, кото-

of Criminal Law. 2009. No. 73. P. 394; Parsons S. Intention in Criminal Law: Why Is It So Difficult to Find? // Mountbatten Journal of Legal Studies. 2000. No. 4. P. 5–6.

¹ Есаков Г.А. Намерение в английском уголовном праве (на примере тяжкого убийства) // Lex Russica. 2005. Т. LXIV, № 3. С. 591.

² Fletcher G.P. The Fall and Rise of Criminal Theory // Buffalo Criminal Law Review. 1998. Vol. 1, No. 2. P. 285.

³ Hart H.L.A. Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law. Second Edition. Oxford University Press, 2008. P. 90.

рые используются для определения виновности деяния, существует еще один «ментальный» или, по крайней мере, психологический элемент, необходимый для ответственности, т.е. поведение *X* (включая его бездействие, когда оно наказуемо) должно быть намеренным и не быть ненамеренным. Но что в таком случае означает для поведения быть намеренным и не быть ненамеренным?

Впервые с так называемой теорией «ментального фактора», когда (на примере уголовного права) достаточным условием и необходимым основанием для возникновения уголовной ответственности является наличие «умысла» и возможности «предсказания своих действий», т.е. определенной интенции, которая служила бы причиной поступков, столкнулся Г.Л.А. Харт, доказывая недескриптивную природу юридических терминов¹. Теория «ментального фактора» – это теория, которая обосновывает дескриптивную природу юридических понятий, и когда на вопрос, виновен ли тот или иной человек в определенном проступке, мы должны ответить, виновен, если обнаружим у него в поступках «намерения». Г. Райл отмечает интересный факт зависимости теории ментального фактора от того, что он обозначил «интеллектуальными способностями», т.е. от сознания, мышления и разума. Когнитивные способности и сам процесс познания при правильной методологической интерпретации могли и не приводить к постулированию ментальной сферы событий. Используя достижения лингвистического поворота, процесс познания и его руководящие факторы можно интерпретировать, не ссылаясь на недоступные наблюдению эпизоды из внутренней жизни индивида. В этом случае познавательные способности редуцируются до способностей пользоваться языком или до способности понимать и употреблять слова в языке, а различия «между описанием бессознательно совершенного действия и описанием физиологически сходного с ним действия, но выполненного целенаправленно, с расчетом или сноровкой... заключаются в отсутствии или наличии определенного рода поддающихся проверке объяснительно-предсказательных суждений»². Рациональное поведение – это поведение, для которого существует теория, описывающая его и предсказывающая его последствия, поэтому «интеллектуалистская легенда» ложна, и, когда мы описываем действие как разумное, это не влечет

¹ Оглезнев В.В., Тарасов И.П. Аскриптивность как онтологическое свойство юридических понятий // Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. 2010. № 4(12). С. 102–103.

² Райл Г. Понятие сознания. М., 1999. С. 34.

за собой описания двойной операции обдумывания и исполнения. Харт ответил на это затруднение, с одной стороны, раскритиковав понятия умысла, воли, намерения как туманные и трудно анализируемые, а с другой стороны, показав, что эти ментальные понятия раскрываются через перечисление конкретных физических условий, отсутствие которых гарантирует наличие этих загадочных сущностей, т.е. Харту удалось вернуть рассмотрение проблемы правоприменения из области психологии в привычную область проблем взаимоотношения фактов и норм¹.

Итак, что соответствует намерению в юриспруденции? Как понимается намерение в философии права? Наиболее удачно на эти вопросы, по нашему мнению, отвечает Харт. Он предлагает рассматривать намерение, как состоящее из трех взаимосвязанных частей, где первая часть – это «делание чего-то намеренно», вторая – «делание чего-то с последующим намерением» и третья – «пустое (bare) намерение»². Для объяснения этих аспектов намерения Харт приводит следующие примеры. Представим для первого случая, что *X* сделал что-то такое, что по внешним признакам (совершенные им движения тела привели к неблагоприятным последствиям) подпадает под определение преступления; например, *X* выстрелил из пистолета и ранил или убил *Y*. В связи с этим возникает вопрос «*X* ранил (или убил) *Y* намеренно?». Несмотря на то, что эти и другие факты склоняют нас ответить на этот вопрос утвердительно, но дальнейшее расследование может показать, что *X* ранил или убил *Y* случайно, например, ошибочно полагая, что его пистолет был не заряжен, а значит, он это сделал ненамеренно. Случаи, описываемые вторым аспектом намерения («делание чего-то с последующим намерением»), имеют существенные отличия. Предположим, что *X* проник ночью в чужой дом. Тогда вопросом будет не столько «*X* проник в чужой дом намеренно?», но «*X* проник в чужой дом с последующим намерением что-то украсть?». Если это так, то при этих обстоятельствах *X* виновен в незаконном проникновении в чужое жилище, даже если он ничего не украл. Третий аспект намерения («пустое намерение») представляет собой намерение сделать что-то в будущем, не совершая для этого в настоящем никаких действий, например, *X* намерен убить *Y*, но планирует это сделать в следующем месяце, по-

¹ Харт Г.Л.А. Приписывание ответственности и прав // Правоведение. 2010. № 5. С. 122–124.

² Hart H.L.A. Op. cit. 2008. P. 117.

скольку он еще не приобрел оружие. Харт отмечает, что для права именно первый аспект намерения («делание чего-то намеренно») представляет наибольший интерес¹. И вот почему.

Анализ определений различных преступлений (убийство, ограбление, умышленное причинение вреда здоровью и др.) показывает, что ментальный компонент, необходимо присутствующий в определении этих понятий, включает в себя три элемента:

- 1) физические движения частями тела;
- 2) последствия или результаты, обычно неблагоприятные, этих движений;
- 3) набор определенных обстоятельств, при которых движения вызывают последствия.

Действительно, когда *X* стреляет в *Y* и убивает его, *X* совершает определенные физические движения: нажатие пальцем на курок пистолета, если он заряжен, приводит к выстрелу, а в случае попадания в *Y* – к его смерти или ранению. Иными словами, набор физических движений вызывает неблагоприятные последствия, и эта связь необходима. Но как установить связь между первым и вторым элементами? Харт считает, что это можно сделать, добавив во второй элемент так называемое предвидение наступления неблагоприятных последствий (или предвидение неизбежности наступления результата): *X* стреляет в *Y*, предвидя наступления неблагоприятных последствий и/или желая их наступления. Если мы посмотрим на типы действий, которые образуют основной интерес уголовного права (например, такие, как убийство, нанесение ранений другим лицам и т.д.), становится очевидным, что последние могут совершаться либо тем, кто обладает полным знанием относительно их осуществления, либо, наоборот, тем, кто не предвидит значимых последствий своих движений или у кого отсутствует соответствующее знание об обстоятельствах, в которых он находится, о характере затрагиваемых его движениями вещей или лиц. Например, *X* действительно выстрелил в *Y*. Однако более полное расследование показало, что он сделал это ненамеренно. Возможно, он стрелял в птицу, заранее не зная, что *Y* неожиданно и без предупреждения появится на линии огня, или что пуля от ricochet от дерева, либо, возможно, у него были веские основания полагать, что ружье, которым он шутиливо целился в *Y*, было не заряжено². Но за пределами права связь этих

¹ Hart H.L.A. Op. cit. 2008. P. 118.

² Там же. P. 91.

элементов не всегда является необходимой. Мой сосед каждый день в 6 часов утра начинает играть на пианино, зная, предполагая или предвидя, что тем самым может разбудить меня и других соседей. И действительно будит. Можно ли в этом случае утверждать, что он разбудил меня намеренно, имея в виду отмеченную выше связь между физическими движениями и вызываемыми ими последствиями? Исключение составляют случаи, где эта связь настолько очевидна и непосредственна, что утверждать, что результаты движений не являются их прямыми следствиями, было бы абсурдно. Например, Х берет в руки молоток и с силой ударяет им по стеклянной тарелке так, что она разбивается. Без сомнений, Х разбил тарелку намеренно не зависимо от того, какие цели он при этом преследовал: проверить на прочность тарелку, молоток, пошуметь или просто привлечь к себе внимание.

Совершение действия – это сложное явление, предполагающее сосуществование и упорядочивание большого числа различных элементов. Здесь многое может пойти не так, и некоторые из подобных ситуаций отражены в употребляемых нами печальных изречениях: «случайности неизбежны» и «мы все ошибаемся». Успешное совершение простых действий (будь то зажигание спички, удар ногой по футбольному мячу или написание простого предложения) требует нашей способности определенным образом управлять движениями собственного тела, распознавать определенные предметы и обладать определенным знанием или предвидением последствий обращения с ними или их порчи¹. Сложность и многогранность анализа понятия действия, равно как и связанных с ним понятий намерения, решения, знания и др., удачно продемонстрировали Г. Харт и С. Гемпшир (далее – авторы) в статье «Decision, Intention, and Certainty»² на примере пары предложений «Я думаю, что это сделаю, но сомневаюсь» и «Теперь я знаю, что это сделаю», в которых присутствует *знание* своих добровольных настоящих и будущих действий.

Основной тезис авторов заключается в том, что есть необходимая связь между определенностью, имеющей место в подобных выражениях, и решением что-то сделать, а также, что есть необходимая связь между подобной определенностью и намерением что-то сделать и деланием чего-то намеренно. Из этих предложений логически выводятся: 1) «Я знаю, что это сделаю», 2) «Я решил это сделать»,

¹ Hart H.L.A. Op. cit. 2008. P. 90.

² Hampshire S., Hart H.L.A. Decision, Intention, and Certainty // Mind. 1958. Vol. 67. P. 1–12.

3) «Я намерен это сделать», причем необходимая связь, на которую указывают авторы, обнаруживается только между парами 1 и 2, 1 и 3 предложений. Попытаемся разобраться, насколько обоснован этот тезис. Очевидно, что эти предложения не имеют эмпирического подтверждения, т.е. не имеют отношения к фактам, что является, по мнению авторов, дополнительным стимулом для их исследования. Следует сделать несколько допущений, способствующих не только прояснению позиции авторов, но и выработке собственной исследовательской стратегии. Нам кажется, что необходимо установить некоторое соответствие, во-первых, между «намерением что-то сделать» и «формированием решения», во-вторых, между «деланием чего-то намеренно» и «принятием решения» и, в-третьих, разобраться, как в целом соотносятся понятия «намерение», «решение» и «определенность». Кроме того, рассмотрим, насколько правильны утверждения, что знание есть определенность, а решение – это действие.

Как нам кажется, под формированием решения следует понимать подготовку исходных данных и обработку их таким образом, чтобы были ясны последствия его принятия. Принятие же решения – это изучение различных вариантов их последствий и утверждение одного из них. Если человек утверждает, что способен с уверенностью (или определенно) предсказать свои будущие действия, основывая свое предсказание на индукции, то он подразумевает, что рассматриваемые действия будут в некотором смысле, или в некоторой степени, недобровольными, неконтролируемыми. Если бы действие в предусмотренной ситуации было действительно добровольным, то решение совершить действие зависит от него. Авторы считают, что если от него зависит решение того, что он собирается сделать, то он будет оставаться в состоянии неопределенности в отношении того, что он сделает, до тех пор, пока он не примет решение или пока не сформируется его намерение. Наряду с принятием решения и обозрением тех, а не иных причин действия человек должен находиться в состоянии неопределенности в отношении того, что он собирается сделать. Определенность возникает в момент решения, отмечают авторы, и, действительно, конституирует решение тогда, когда определенность, явившаяся подобным образом, представляет собой следствие рассмотренных причин¹.

Так ли это? Можно ли принять решение без уже сформировавшегося намерения его принять? Было бы неправильным утверждать

¹ Hampshire S., Hart H.L.A. Op. cit. P. 2–3.

«Я решил сделать *p*, но не уверен в этом», поскольку глагол «решить» употребляется здесь в прошедшем времени, что уже указывает на принятое решение. Равно как было бы неправильным утверждать «Я решил сделать *p*, но не уверен в том, что сделаю *p*, быть может, сделаю *q*». Но что в таком случае является моментом принятия решения? Определенность конституирует решение, если она не является следствием фактов, т.е. возникает в соответствующий момент принятия решения. Когда человек принял решение, то, говорят, он намерен что-то сделать. Моментом принятия решения становится сформировавшееся намерение. Когда человек принял решение, т.е. когда после рассмотрения причин всякая неопределенность в отношении того, что он собирается сделать, была устранена из его сознания, говорят, какое бы решение он ни принял, он намерен что-то сделать.

Вызывает сомнение утверждение авторов, что знание считается определенностью. Действительно, решение требует определенности. Принятие решения в условиях определенности предполагает, что если под определенностью понимается ситуация, при которой каждому варианту решения известен вполне определенный набор последствий, то, во-первых, задача хорошо формализована (имеется модель решения), во-вторых, существуют критерии оценки качества принятия решения, в-третьих, можно предвидеть последствия принятия решения. Оперативные решения принимаются в условиях определенности. При этом параметры (характеристики), используемые в процессе принятия решения, определены, их оценка известна с требуемой точностью. Правильным было бы сказать, что знание есть следствие устранения неопределенности, а не определенности, как указывают авторы, в чем мы далее убедимся. Но решение может приниматься и в условиях неопределенности, когда невозможно оценить вероятность потенциальных результатов. Это должно иметь место, когда требующие учета факторы настолько новы и сложны, что насчет них невозможно получить достаточно релевантной информации. В итоге вероятность определенного последствия невозможно предсказать с достаточной степенью достоверности. Неопределенность характерна для некоторых решений, которые приходится принимать в быстро меняющихся обстоятельствах. Эти задачи возникают при условии применения в процессе принятия решений, во-первых, неточной, неполной или слабо структурируемой информации, во-вторых, формальные модели либо отсутствуют, либо сложны, и, в-третьих, вероятности наступления событий не определяют

ся. Существует измеримая неопределенность, т.е. риск, и неизмеримая – собственно неопределенность. Риск считается на основе статистических данных, а неопределенность не вычисляется никак, ее величина устанавливается на основе субъективных знаний человека. Источниками неопределенности служат либо неполнота знаний о фактах или событиях, либо свойство объекта, которое принципиально невозможно измерить¹. Таким образом, результатом принятия решения можно считать устранение неопределенности.

Является ли решение действием? Авторы считают, что решение не есть действие само по себе, но предварительное действие по выбору между двумя вариантами поведения, поскольку решить что-то сделать не значит совершить действие. Можно возразить, что слово «решить» представляет собой действие, т.е. нечто, что я *делаю*, и поэтому решение не может быть адекватно охарактеризовано просто как приобретение определенности в отношении своих будущих действий². Можно склониться к утверждению, что определенность – это следствие или результат решения, и она должна отличаться от самого решения. Это допущение, по мнению авторов, не позволяет утверждать, что принять решение – значит совершить действие. Напротив, такое предложение, как «Посоветовавшись, суд принял решение», как раз и указывает на то, что судом совершено определенное действие, поскольку это есть перформативное выражение, а не просто утверждение.

Авторы предлагают различать индуктивную определенность, основанную на фактах, и определенность, основанную на причинах, причем последняя и есть *действие*. Анализ последней разновидности определенности как раз и позволяет пролить свет на понятие намерения. Как мы уже отмечали, есть два принципиальных момента, указывающих на то, как намерение связано с действием. Во-первых, когда X что-то сделал, например ударил Y, то может возникнуть вопрос, сделал ли X это намеренно или ненамеренно, или имел ли X намерение сделать то, что фактически сделал. Во-вторых, может возникнуть вопрос, намерен ли X или же нет выполнить некоторое действие в будущем; подобный же вопрос может возникнуть относительно его прошлого (уже сформировавшегося) намерения совер-

¹ Диев В.С. Критерии выбора альтернатив: рациональные модели и реальные решения // Вестник Новосибирского государственного университета. Серия «Философия». 2012. № 1(10). С. 7–8.

² Левин С.М. Предварительные намерения и проблема заблудшей причинности // Философия науки. 2014. № 3(62). С. 31–32.

шить какое-то действие, даже если он не собирался его совершать. В первом случае высказывание «Он это сделал намеренно» указывает исключительно на устранение того, что он что-то сделал ненамеренно, где под «ненамеренно» понимается то, что то, что он сделал, он сделал это случайно или по ошибке. Из этого следует, что значение «намеренно» заключается лишь в отрицании им случайности или ошибки. Анализ понятия делания чего-либо намеренно возможен только, во-первых, через описание соответствующего контекста использования слова «намеренно», отрицающего случайность или ошибку, и, во-вторых, через разъяснение случайности или ошибочности. Следует учитывать, что выражение «Он это сделал намеренно» означает гораздо больше, чем «Он не делал этого ненамеренно» или «Он не делал этого случайно или по ошибке», которые логически предполагаются первым предложением и уж тем более им не исключаются. Если действие является намеренным, то агент, по мнению авторов, должен обладать, во-первых, определенным эмпирическим (практическим) знанием того, что затрагивают его действия, а, во-вторых, агент должен знать последовательность своих действий и результат своего действия, т.е. то, к чему приведет его действие. Так ли это? Например, *X* выстрелил в *Y*. Если спросить *X*, что он сделал, то ему пришлось бы определить свое действие, как выстрел в *Y*, поскольку его намерение было направлено на поражение цели. Если *X* это признает, то знание того, что выстрел является результатом взрыва порохового заряда патрона, т.е. знание фактов, не является необходимым и достаточным основанием намеренности в действиях *X*. И тем более необязательно знание последовательности действий, приведших к выстрелу (натяжение спускового механизма оружия, взрыв порохового заряда, выстрел и т.д.). Авторы отмечают, что *X* должен знать, что то, что у него в руке, – это огнестрельное оружие. В противном же случае, действия *X* нельзя считать намеренными, или что, то, что он фактически сделал, он сделал это ненамеренно (случайно или по ошибке). Но если мы, следуя подобной аргументации, признаем, что определенность – это и есть знание (что весьма спорно, как мы убедились выше), то намерение *X* выстрелить в *Y* может обосновываться и индуктивной определенностью (эмпирическими фактами), для чего нет необходимости в знании механизма выстрела и в знании того, что в руках – оружие, поскольку *X* может сказать, что он видел, как другие поражают цель, совершая определенные манипуляции с металлическим предметом,

который они называли оружием. Возможно, авторы имели в виду, что именно причины *определяют* намерение, а не факты твоего прошлого поведения или поведения других.

Из представленного анализа предложений «Я знаю, что это сделаю», «Я решил это сделать», «Я намерен это сделать» мы можем сделать следующие выводы. Во-первых, не всегда, но зачастую намерение является желанием совершить что-то, предполагающее наличие цели. Несмотря на то, что желание и намерение имеют схожее употребление, есть и весьма существенные различия, которые обнаруживаются, например, в таких выражениях, как «сокровенное желание», «желанная женщина» или «Желаю счастья!». Более того, как верно отмечают Л. Зайберт и Б. Смит, «намерения связаны с действиями иначе, чем желания. Ты можешь намереваться сделать только те вещи, которые думаешь, что способен сделать; когда ты намерен сделать X, при условии, что твое намерение сформировалось, то X осуществится так 'как полагается', например, таким образом, каким агент этого ожидал. Эти два момента отличают намерения от таких явлений, как желания»¹. Во-вторых, конечно, намерение связано с действием, но не исчерпывает полностью его значения², в то же время нам удалось доказать, что *принять решение* □ значит совершить действие. Таким образом, с Хартом и Гемпширом следует согласиться лишь в том, что связь намерения и действия необходима, но связь намерения и решения таковой не является. В-третьих, представленный анализ намерения свидетельствует о релевантности методик философии сознания сфере права, в частности философии наказания и общей теории юридической ответственности.

¹ Zaibert L., Smith B. The Varieties of Normativity: An Essay on Social Ontology // Intentional Acts and Institutional Facts: Essays on John Searle's Social Ontology, Dordrecht: Springer, 2007. P. 169.

² Boden M.A. In Reply to Hart and Hampshire // Mind, New Series. 1959. Vol. 68, No. 270. P. 256–260; Stern K. Mr. Hampshire and Professor Hart on Intention: A Note // Mind, New Series. 1959. Vol. 68, No. 269. P. 98–99.

4. Правовой реализм и аналитическая философия права

4.1. Аналитическая философия права Г. Харта и правовой реализм

(Оглезнев В.В., Суровцев В.А.)

Дискуссию (или, лучше сказать, обмен язвительными замечаниями) Герберта Харта с американской школой правовых реалистов, представленную ниже переводами критической статьи Эдгара Боденхаймера «Современная аналитическая юриспруденция и границы ее полезности»¹ на программную речь Харта при вступлении в должность главы Королевской кафедры юриспруденции Оксфордского университета² и ответной статьи самого Харта «Аналитическая юриспруденция в середине XX века: ответ профессору Боденхаймеру»³, можно считать отправным пунктом, который во многом изменил подход к юридической теории и философии права в англоязычных странах.

Теоретикам права, отталкивающимся от прецедентной правовой системы, в большей мере был присущ так называемый правовой реализм, основанный на представлении о том, что право по большей части есть результат деятельности судей, основывающих свое решение не только на сложившейся практике ссылки на прецедент, но и на анализе социального контекста тех или иных правовых действий. Такой анализ со стороны судей при принятии ими решений, в свою очередь, создавал новые прецеденты и в этом качестве мог рассматриваться как то, что создает право непосредственно в самом факте его применения.

¹ *Bodenheimer E.* Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness // *University of Pennsylvania Law Review*. 1956. Vol. 104, N 8. P. 1080–1086. (Здесь и далее цит. по англоязычному изданию). Русский перевод представлен в приложении к данному изданию.

² *Hart H.L.A.* Definition and Theory in Jurisprudence // *Law Quarterly Review*. 1954. Vol. 70. P. 37. См. русский перевод: *Харт Г.Л.А.* Определение и теория в юриспруденции // *Правоведение*. 2008. № 5. С. 6–32. (Здесь и далее цит. по англоязычному изданию).

³ *Hart H.L.A.* Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: a Reply to Professor Bodenheimer // *University of Pennsylvania Law Review*. 1957. Vol. 105. P. 953–975. (Здесь и далее цит. по англоязычному изданию). Русский перевод представлен в приложении к данному изданию.

В наибольшей степени подобный подход к трактовке сущности права был свойствен американским представителям правового реализма, к числу которых относится и Боденхаймер. И это не случайно. В первой половине XX в. американский правовой реализм во многом основывался на идеях философии прагматизма, к представителям которого относятся такие выдающиеся американские философы, как Ч. Пирс, У. Джемс, Дж. Дьюи. Для этого философского направления характерны недоверие к чисто спекулятивной, теоретической деятельности, оторванной от практики, стремление обратить философию к реальной жизни, сделать ее средством для решения социальных проблем. Эта точка зрения особенно характерна для классика американского прагматизма Дьюи, который считал, что абстрактные, чисто умозрительные построения философии, даже если они внутренне согласованы, не имеют никакого значения. Оправдание философских теорий должно лежать в области прикладных гуманитарных наук, вроде социологии, теории политики или педагогики. Только в том случае, если разработанные философией подходы, воспринятые в методологии прикладных наук, находят оправдание в практической деятельности, философские теории можно считать в определенной степени истинными, где истинность понимается как согласованность с определенным типом социальной деятельности. Философия же во всех своих проявлениях и разнообразных интересах должна руководствоваться не априорными понятиями, например, о природе человека или о сущности социальных институтов, но отталкиваться от практики гуманитарных исследований конкретной деятельности человека и различных социальных групп.

Американские правовые реалисты полагают, что это в равной степени должно относиться и к теоретической юриспруденции, которая зачастую отрывается от жизни. По их мнению, для того чтобы понять сущность права, нужно обратиться не к абстрактным теориям, а к реальной судебной практике и реальным судебным процессам. Отсюда право понимается как результат деятельности судей. Причем, совершенно в духе философии американского прагматизма, они считают, что для надлежащей практики правоприменения юристу в большей степени следует знать социологию и психологию, нежели исследования в области философии права, ориентированные на анализ специфики правовых институтов и правовых понятий.

Правовой реализм в наибольшей мере соответствует тем воззрениям на право, которые считают право неотъемлемой характеристи-

кой специфики человеческого существования, связывают его социальность с представлением о естественности правопритязаний каждой свободной личности, которая должна исходить из того, что ее свобода может быть ограничена только правопритязанием другой личности. Подобные представления, которые в общем виде суммируются в теориях естественного права, имели и имеют широкое хождение. Действительно, представление о справедливости и характере применения той или иной существующей нормы всегда имело большое значение в рамках открытой правовой системы, где основными источниками права служат не только установления, *a priori* принятые соответствующими институтами, но и судебные решения, учитывающие общественное мнение, отражением которого являются социологические и психологические теории, касающиеся, в частности, и права. Право в этом случае понимается как становящаяся система, всегда требующая корректировки со стороны изменяющейся системы социального взаимодействия. Само представление о системе права ставится в зависимость от изменяющихся социальных потребностей, выражающихся в смутных и не всегда ясно осознаваемых требованиях, которые могут предъявить субъект или субъекты права, основываясь на представлениях о том, что является естественным требованием.

Юридические теории, основанные на представлении о преимуществе естественного права, вечны в силу человеческого стремления поисков справедливости в каждом конкретном случае. Но это порождает сложную проблему соотношения того, когда разные решения по сходным поводам формулируются в одних и тех же терминах, тем более, когда это осуществляется в рамках одной и той же прецедентной системы. И здесь возникает парадокс. С одной стороны, стремление учесть нюансы порождает различную юридическую практику судей в рамках прецедентного права, на которую можно ссылаться. С другой стороны, поскольку решения формулируются в сходных терминах, возникает вопрос: понимается ли один и тот же термин в разных решениях одинаково? Собственно, речь идет о том, можем ли мы единообразно понимать и толковать различные решения по сходным с точки зрения использования правовых терминов случаям.

Нельзя сказать, что эта проблема теоретиками права не осознавалась. Попытки выявить ядро правовой системы и кодифицировать его с помощью четко выраженного списка определений юридических понятий достаточно часто предпринимались в рамках исследо-

ваний систем позитивного права, что было особенно характерно для тех теоретиков, которые ориентировались на кодификацию сложившейся правовой системы в стиле романо-германского права. Особенно интересным в этом отношении представляется проект аналитической юриспруденции, предложенный в середине XIX в. английским теоретиком права Дж. Остином¹ и поддержанный в XX в. Г. Кельзенем и У. Хофельдом.² Дж. Остин поставил задачу систематического анализа систем позитивного права с тем, чтобы выделить то общее, что им присуще. По его мнению, это позволит выявить саму сущность права в его отличии от других социальных явлений. Дело в том, что определения правовых понятий в рамках различных теорий права очень часто ориентировались на определение сходных понятий в рамках анализа других социальных явлений, таких как мораль, что затемняло содержание собственно правовых понятий, привнося чуждое им содержание. Однако такой подход очевидно ошибочен. Знание социологии права или психологии преступника ничуть не умаляет значимость тех исследований, которые для права не маргинальны, но образуют саму ее суть. Ведь для того, чтобы очертить специфику и область правовых явлений, нужно, как минимум, отличить их от других типов социального действия. А здесь никакая социология и психология не помогут. Суть права нужно искать в его своеобразии, а не полагаться на вспомоществование со стороны других социальных сфер. И здесь аналитическая юриспруденция незаменима, поскольку она акцентирует внимание именно на своеобразии юридических понятий, терминов, выражающих эти понятия, и всей правовой системы в целом как особого способа употребления языка.

При всей привлекательности подобного проекта нельзя не отметить его некоторую утопичность. Дело даже не в том, что системы позитивного права исторически изменчивы, а стало быть, исторически изменчиво и содержание правовых понятий, с помощью которых они строятся. Затруднение связано прежде всего с самим характером

¹ *Austin J. Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law. 2 vols. 4th ed. Reprint: Bristol, UK, 2002.*

² *Kelsen H. Pure Theory of Law. Berkeley, 1967. См. русский перевод: Кельзен Г. 1) Чистое учение о праве: Сб. переводов. Вып. 1. М., 1987; 2) Чистое учение о праве: Сб. переводов. Вып. 2. М., 1988; Hohfeld W. N. 1) Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning // Yale Law Journal. 1913. Vol. 23, N 1. P. 16–59; 2) Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning // Ibid. 1917. Vol. 26, N 8. P. 710–770. См. русский перевод: Хофельд У. Некоторые основные юридические понятия в приложении к судебной аргументации // Правоведение. 2012. № 3. С. 203–227.*

концептуального анализа понятий, описывающих различные социальные явления. Содержание таких понятий в значительной степени является смутным, что связано со сложностью социальных явлений, для описания которых они предназначены. Если концептуальное ядро и можно выявить, фиксируя существенные (родовые и специфические) признаки, то анализ сопутствующих и случайных признаков, входящих в содержание таких понятий, всегда остается в достаточной степени неопределенным. И в этом отношении надо сказать, что у правовых реалистов были основания для иронических замечаний по поводу проекта Дж. Остина. Четко определяемое существенное ядро правовых понятий всегда сопровождает шлейф периферийных признаков, относительно которых зачастую бывает невозможно установить, включать ли их в содержание определяемого понятия. На основании этого правовые реалисты считали аналитическую юриспруденцию в достаточной степени бесплодным предприятием, поскольку уточнение такого шлейфа всегда остается в компетенции судей, создающих право в факте его применения.

Тем не менее от потенциала аналитической юриспруденции вряд ли следует отказываться, поскольку поставленные Дж. Остином проблемы все равно остаются. И это очень четко осознал Харт, который, основываясь на радикальном изменении образа философии в XX в. (так называемом «лингвистическом повороте») и разработанных ею новых способах анализа понятий, предпринял радикальную реформу аналитической юриспруденции, сообщив ей новый смысл.

В своей программной речи под названием «Определение и теория в юриспруденции» Харт поднимает ряд вопросов, которые не просто затрагивают онтологические основания системы права, но специфицируют определенную методологию, благодаря развитию аналитической философии ставшую применимой в сфере права. Эти вопросы, по его мнению, являются надлежащим предметом аналитической юриспруденции и требуют особого исследования. В чем их суть?

Занимаясь исследованием каких-либо научных явлений, мы неизбежно сталкиваемся с проблемами, для устранения которых не можем подобрать необходимые инструменты или средства, пока не определим характер этих проблем. Подобные трудности обнаруживаются и в сфере права и выражаются в «таких вопросах аналитической юриспруденции, которые обычно характеризуются как требования определений: Что такое право? Что такое государство? Что

такое субъективное право? Что такое владение?»¹. Поэтому в качестве своей основной задачи Харт видит «устранение в аналитической юриспруденции векового источника неприятностей, который заставлял многих теоретиков выбирать ложный путь»². Причина этих неприятностей заключается в том, что задаются неправильного рода вопросы. Часто аналитические исследования природы юридических понятий принимали форму поиска определения, предполагаемого стандартным вопросом вроде «Что есть *X*?». Форма вопроса «Что есть *X*?» относится к одному выражению и спрашивает, что же оно подразумевает (или обозначает), а это приводит к недоразумениям, ибо данная форма скрытно предполагает, что то, что будет представлено в качестве ответа, должно заключаться в определении некоторой вещи или качества, к которому непосредственно прикреплено данное выражение. «Но юридические понятия, — утверждает Харт, — совершенно иные; их отношение к фактам намного более сложно, опосредованно и нуждается в прояснении. Обычные методы определения приводят к тому, что в результате они искажаются и мистифицируются»³.

Харт вслед за И. Бентамом подвергает сомнению эффективность применения традиционного метода определения посредством *per genus et differentiam* таких юридических понятий, как «субъективное право», «ответственность», «государство», в силу того, как считает У. Твайнинг, что эти понятия чрезвычайно абстрактны⁴. Иными словами, техника определения через род и видовое отличие не может использоваться для прояснения правовых понятий, поскольку она не учитывает их своеобразия. Наоборот, она исходит из того, что правовые понятия можно обоснованно изолировать, ориентируясь на их языковое выражение в качестве отдельных слов, которые могут быть более или менее точным образом соотнесены с их аналогами в мире фактов, а затем отделены от других видов того же самого рода. Подобная техника успешно применяется при анализе множества обычных слов, например, таких как «собака» или «стул». Подобные понятия не являются *sui generis*, они вполне определимы через род и видовое отличие. Так, понятие «животное» является родом для первого, а «мебель» — для второго понятия, и каждый род известен

¹ Hart H.L.A. Op. cit. 1954. P. 37.

² Там же. 1957. P. 960.

³ Там же. 1957. P. 960.

⁴ Twining W. General Jurisprudence: Understanding Law in Global Perspective. Cambridge, 2009. P. 40.

и понятен. В определенных контекстах понятия «собака» или «стул» могут употребляться отдельно от целостных предложений, более или менее соотноситься с аналогами в мире фактов и могут быть отделены от других видов того же самого рода. По отношению ко многим понятиям обывденного языка такое определение безвредно. «Вполне можно сказать, – пишет Харт, – что слово ‘стул’ непосредственно прикреплено к определенного рода вещи (а также ‘подразумевает’ или ‘обозначает’ ее), в данном случае – к некоему предмету мебели. Сходным образом о слове “красный” можно сказать, что оно непосредственно прикреплено к определенному различимому типу цвета»¹. Однако, несмотря на общеупотребительность юридических выражений, присутствующих в вопросах типа «Что такое субъективное право?», «Что такое государство?», «Что такое юридическое лицо?», их значение не всегда понятно, так как по сравнению с большинством обычных слов эти юридические выражения в различных отношениях аномальны². Это связано с тем, что юридические выражения не имеют непосредственной связи с аналогами в мире фактов, которая есть у большинства обычных слов, а обычные слова не эквивалентны выражениям, употребляемым в юриспруденции. Это приводит Харта к выводу о том, что «наша неспособность определить ключевые термины с точки зрения обычных аналогов в мире фактов есть величайшая аномалия юридического языка»³.

Традиционный способ определения плохо приспособлен к праву; его использование способствует впечатлению, что существуют определенные основополагающие понятия, которые юрист может прояснить, только вступив в «зловещие джунгли философского обсуждения». Но Харт уверен, что это не так. Напротив, правовые понятия, какими бы фундаментальными они ни были, могут быть прояснены с помощью методов, должным образом приспособленных к их особой природе. Поэтому он предлагает «технику, которая должна предшествовать перспективному проекту выяснения того, что означают или подразумевают слова, взятые изолированно, и должна заменить его характеристикой функции, которую осуществляют эти слова, когда они используются в работе правовой системы»⁴.

¹ Hart H.L.A. Op. cit. 1957. P. 960.

² Там же. 1954. P. 38.

³ Там же. 1954. P. 41.

⁴ Там же. 1957. P. 961.

Заимствование основной идеи Бентама («Мы никогда не должны рассматривать слова, взятые изолированно, но должны рассматривать все предложение целиком, где они играют характерную для себя роль»¹) позволяет Харту сформулировать следующий метод прояснения правовых понятий: вместо определения единичного термина необходимо рассмотреть предложение, где единичное слово играет характерную для себя роль и объясняется, во-первых, посредством спецификации условий, при которых все высказывание истинно, и, во-вторых, посредством того, как данное слово употребляется для того, чтобы получить заключение на основании правил в конкретном случае. В качестве примера применения данного метода он приводит прояснение понятия «субъективное право»: «(1) Высказывание формы ‘X имеет субъективное право’ истинно, если выполняются следующие условия: (а) в наличии имеется правовая система; (б) в соответствии с нормой или нормами этой системы некое иное лицо Y в случившихся обстоятельствах обязано совершить некоторое действие или воздержаться от него; (с) эта обязанность находится в правовой зависимости от выбора X или какого-то иного лица, уполномоченного действовать от его имени, и при этом Y обязан совершить некоторое действие или воздержаться от него, только если в этом состоит выбор X (или какого-то указанного лица) или, наоборот, пока X (или указанное лицо) не выберет обратное; (2) высказывание формы ‘X имеет субъективное право’ употребляется для того, чтобы получить юридическое заключение в конкретном случае, который подпадает под такие нормы»².

Из этого Харт делает вывод о том, что важнейшим принципом «нового метода определения» является утверждение, что юридические термины могут быть прояснены только рассмотрением условий, при которых высказывания, где они используются характерным для них образом, являются истинными. А это стало возможно только после благотворного поворота философии к языку³.

Харт выделяет четыре отличительных свойства предлагаемого им метода прояснения понятий (и юридического языка в целом), который следует применять к праву, и показывает, как они ставят под сомнение полезность общепринятого способа определения: «Эти четыре свойства юридического языка объясняют то, почему опреде-

¹ Hart H.L.A. Op. cit. 1954. P. 41.

² Там же. 1954. P. 49.

³ Там же. 1954. P. 59–60.

ление таких терминов, как 'субъективное право', 'обязанность' и 'юридическое лицо', расстраивается отсутствием каких-либо аналогов, которые 'соответствовали' бы этим терминам»¹. Согласно Харту, они обнаруживаются в следующих утверждениях:

1) рассматривать такие слова, как «субъективное право» или «обязанность», следует в типичных контекстах, где эти слова задействованы, а не брать их изолированно; например, высказывание «*А* имеет право на то, чтобы *В* заплатил ему 10 фунтов»;

2) высказывание «*А* имеет право на то, чтобы *В* заплатил ему 10 фунтов» предполагает существование правовой системы, а именно наличие в этой системе конкретной нормы права, которая является не просто условием истинности этого высказывания, но и основанием для получения заключения;

3) высказывание «*А* имеет право на то, чтобы *В* заплатил ему 10 фунтов», сделанное судьей в конкретном случае, имеет официальный, властный и окончательный характер; иными словами, это – суть юридического заключения или юридической квалификации;

4) правовые нормы могут связывать тождественные последствия с любым набором самых разных обстоятельств; более сложное правило может предписывать, что то, что должно быть сделано в одной точке последовательности, будет зависеть от того, что было сделано или случилось ранее.

Особый интерес для анализа подхода Харта к определению правовых понятий представляют первые два утверждения, причем первое из них является основой его методологической стратегии, из которой логически выводятся последующие. Это утверждение Харта имеет весьма близкое сходство с методом, распространенным среди философов-аналитиков, а именно с методом контекстуального перевода. Данный метод заключается в том, что выражение должно анализироваться только в рамках контекста его употребления. В этом случае контекст демонстрирует, что обособленное от него выражение само по себе не выполняет денотативную функцию. Типичным примером подобного анализа является теория определенных дескрипций Б. Рассела. Выражения вида «тот, который» должны трактоваться не как собственные имена, а как описательные выражения, имплицитно указывающие на существование и единственность предмета, которому данная фраза приписывает определенные свой-

¹ Hart H.L.A. Op. cit. 1954. P. 42.

ства¹. Кроме того, схожие мысли можно обнаружить у Г. Фреге и Л. Витгенштейна, позиции которых Харт разделял. Так, Фреге в «Основоположениях арифметики» предлагает среди прочих придерживаться правила, что «о значении слова нужно спрашивать не в его обособленности, а в контексте предложения»²; «всегда необходимо учитывать полное предложение; только в нем слова обладают подлинным значением»³. Витгенштейн в «Логико-философском трактате» также отмечает, что «только предложение имеет смысл; имя обретает значение лишь в контексте предложения»⁴. В последующих текстах Витгенштейна, отмечает Е.В. Борисов, принцип контекстуальности расширяется до холистического понимания языка как речевой деятельности: поздний Витгенштейн тематизирует не только зависимость значения имени от смысла предложения, но и зависимость смысла предложения от языковой игры, т. е. той речевой практики, в контексте которой данное предложение высказывается⁵. Отмеченная схожесть отдельных методологических положений подхода Харта и постулатов аналитической философии служит достаточным подтверждением его приверженности данной философской традиции.

Особую важность здесь представляет философская проблема следования правилу, на что в области права также указывает Харт⁶, согласно которому право представляет собой, в терминологии Витгенштейна, «своеобразную форму жизни» и поэтому требует разработки особых методов анализа языковых средств, в которых выражается эта форма жизни. Право живет не только правоприменением; скорее, в правоприменении выражается его практическая сторона. Но применение юридической нормы представляет собой особый языковой акт, который отличен от других функций языка, таких как дескриптивная (функция описания фактов), эмотивная (функция выражения эмоций) и императивная (функция выражения приказов). В праве реализуется особая функция языка – осуществление действий при помощи слов, например при оглашении завещания или заключении договора. На эту функцию редко обращали внимание лингвисты, хотя она и была предметом присталь-

¹ Рассел Б. Введение в математическую философию. Новосибирск, 2007. С. 191–201.

² Фреге Г. Логико-философские труды. Новосибирск, 2008. С. 139.

³ Фреге Г. Указ. соч. С. 196.

⁴ Витгенштейн Л. Философские работы. М., 1994. Ч. I. С. 13.

⁵ Борисов Е. В. Основные черты постметафизической онтологии. Томск, 2009. С. 28.

⁶ Hart H.L.A. Op. cit. 1957. P. 958.

ного внимания философов-аналитиков, например лингвистического философа Дж.Л. Остина, но это несколько ее не умаляет. Дело в том, что своеобразие юридического языка указывает на особый статус юридической практики, поскольку сами нормы и юридические действия не существуют вне языка. Осознание этого факта должно сослужить хорошую службу практике правоприменения. Прояснение особого статуса юридических терминов и юридических высказываний должно многое сделать ясным в характере того, что делает практикующий юрист или правовед. Но подобное пояснение относится, разумеется, к теории и философии права.

Прояснив философскую подоплеку проекта Харта, вернемся теперь к его основному тезису, согласно которому аналитические вопросы суть «требования определений», и рассмотрим некоторые проблемы и критику Боденхаймера, связанные с этим утверждением.

Во-первых, согласно Харту, (аналитический) вопрос «Что есть X?» предполагает ответ формы «X – это...» и означает не просто выявление и перечисление необходимых и достаточных существенных признаков понятия, но и описание той роли, которую играет данное понятие в определенном контексте. Иными словами, он предлагает заменить стандартную форму определения «объясняющим пояснением» (*explanatory elucidation*). Казалось бы, очевидность этой формы определения не вызывает сомнений: абстрактный характер правовых понятий не позволяет применить к ним традиционную технику определения и вынуждает рассматривать их в более широком контексте, а не в рамках конкретной речевой ситуации. С Хартом следует согласиться в том, что правовые термины следует описывать не одной короткой фразой, включающей слова-синонимы (вроде словарных определений), но тремя или четырьмя предложениями, ибо «юриспруденция должна обеспечить именно более ясный обзор или свод тех особенностей юридических понятий, которые отличают их от обычных, относительно хорошо понятых типов понятий, и четко показать их отличительный способ функционирования»¹. Чтобы пояснить, например, понятие «норма права», нужно ответить не на стандартный вопрос «Что такое норма права?», но на вопрос «При каких условиях норма права является надлежащим средством правового регулирования?». Однако Харт не различает или считает ненужным различать то, что вопросы, касающиеся определений правовых понятий, могут иметь разные содержания, но одну

¹ Hart H.L.A. Op. cit. 1957. P. 972.

форму. Для Харта такие аналитические вопросы, как «Что такое норма права?» и «Что такое юридическое лицо?», оба суть «требования определений». Хотя эти вопросы и имеют внешнее лингвистическое сходство (по форме), но содержание у них совершенно разное. Так, чтобы ответить на второй вопрос, необходимо уже иметь ответ на первый, т.е. невозможно прояснить понятие «юридическое лицо», не зная при этом правил употребления (или значения, в духе Витгенштейна) понятия «нормы права». При этом неважно, о какой правовой системе идет речь – английской или российской. Юридическое лицо – это всегда субъект права, т.е. потенциальная сторона правоотношения, имеющая определенное субъективное право и корреспондирующую праву юридическую обязанность. В этом смысле первый вопрос – это онтологический вопрос, а второй – эпистемологический; или первый вопрос – это предварительный вопрос, а второй – последующий. Но если нельзя ответить на второй вопрос, не зная ответа на первый, то простая замена *X* определенным понятием не способствует прояснению анализируемого понятия. Предлагаемая Хартом техника применима лишь при строгом соблюдении последовательности (очередности) в постановке вопросов.

Во-вторых, в юридическом языке можно выделить особую группу терминов, которые имеют фундаментальное значение для всей правовой системы (это связано с предыдущим тезисом). Речь идет о таких основных правовых понятиях, как «норма права», «субъективное право», «государство», «ответственность», «правонарушение» и пр. Когда мы пытаемся применить технику прояснения Харта, то сталкиваемся с тем, от чего предостерегал Дж. Остин (и вместе с ним Боденхаймер): если мы рассматриваем «аналитическую юриспруденцию как науку, преследующую цель описания и анализа общих понятий, принципов и классификаций, совокупных для развитых правовых систем»¹, то «подобное описание было бы невозможно, если бы четко не были определены значения таких основных понятий, как субъективное право, обязательство, вред, санкция, лицо, вещь, действие, воздержание от действия»². И если мы согласимся с Хартом, отмечает Боденхаймер, «что в нашей правовой системе термин 'субъективное право' используется самыми разнообразными способами, то в таком случае возникает вопрос об иной практической пользе от его [Харта] описания этого термина, кроме как для

¹ *Austin J. Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law. P. 1072–1073.*

² *Hart H.L.A. Op. cit. 1957. P. 1075.*

терминологического реформирования»¹. Действительно, если мы допускаем, что эти понятия имеют фундирующее значение для юридического языка и нам без «четкого их определения» не продвинуться далеко вперед, то мы попадаем в неловкую ситуацию, связанную с выбором релевантной техники определения *самых этих* основных понятий. Харт согласился бы с этим предположением, поскольку сам отмечает, что если обыденное употребление этих терминов не вызывает затруднений, то в юридическом языке все сложнее. Иными словами, если для определения «юридического лица» нам требуются знания об уже определенном понятии «нормы права», то как нам тогда, оставаясь в рамках юридического языка, определить саму «норму права» или другие основные правовые понятия? Более того, Харт не учитывает, к кому обращен вопрос «Что такое норма права?». Представим, что этот вопрос мы задаем теоретику или философу права, достаточно осведомленному в характере и содержании дискуссий вокруг основных правовых проблем. Для него не составит труда определить понятие «норма права» без помощи юридического словаря (подбора синонимов), но, скажем, в терминах социальной регуляции. Он мог бы привлечь необходимую аргументацию, заимствованную из других социальных дисциплин, и показать некоторое сходство норм права с другими социальными нормами, имеющими схожие характеристики, например с этическими или религиозными нормами. Напротив, для студента юридического факультета, только начинающего изучать теорию права, этот вопрос выглядит метафизически неопределенным. Он сможет на него ответить лишь тогда, когда ознакомится с определением понятия «норма права» из учебника или словаря. Но, даже усвоив это определение, он не сможет им воспользоваться до тех пор, пока не изучит различные формы и контексты употребления данного понятия. Из этого можно сделать вывод о том, что предлагаемая Хартом техника прояснения юридических понятий предполагает весьма ограниченное количество субъектов, способных ею воспользоваться, и не является универсальной, как он считал.

И, в-третьих, отмеченная стратегия Харта не позволяет в полной мере объяснить проблему семантической двусмысленности правовых понятий. Рассмотрим это утверждение более подробно, поскольку на устранение именно этой лингвистической ситуации ориентирована аналитическая юриспруденция в изложении Харта. Бо-

¹ Bodenheimer E. Op. cit. P. 1083.

денхаймер обвиняет Харта в том, что его критике юриспруденции, основанной на определениях, внутренне присуще допущение, что она породила абстракции, не способные встретить проблему семантической двусмысленности. Боденхаймер пишет: «Мы должны принять следствие, что эта позиция серьезно уменьшает полезность аналитической юриспруденции в качестве особой правовой дисциплины»¹. На что Харт отвечает: «Суть разногласий заключается собственно в том, что поскольку большинство юридических выражений наряду с некоторым устойчивым ядром значения характеризуются смутными полутенями и поскольку многие понятия вроде понятия *субъективное право* являются двусмысленными, то отсюда следует, что начинать анализ с данного аспекта этих понятий значит браться за сизифов труд, затрагивающий описание несметного количества расходящихся в употреблении форм... Несомненно, ситуации, на которую здесь ссылаются критики, нужно явно противостоять, но с этим осознанием должно также прийти понимание того факта, что расхождения в полутенях юридических понятий и двусмысленность имеют определенные причины и что многим явно разноречивым употреблениям одного и того же термина можно найти (несомненно, не без труда) разумное объяснение»². Эти два пассажа нуждаются в прояснении.

Боденхаймер отмечает, что именно в этой внешней области полутеней право неизбежно пересекается с этикой, экономикой, социальной политикой и другими факторами. По этой причине чисто правовое «прояснение» (или «объяснение») понятий, не сопровождающееся исчерпывающим рассмотрением социальных факторов, которые могут оправдать расширение, сужение или преобразование понятий, не может рассматриваться как значительный шаг вперед по сравнению с простым определением³. Харт для оспаривания этого достаточно сильного аргумента прилагает серьезные усилия, которые затем легли в основание его философско-правового подхода и воплотились в идее об «открытой текстуре» юридического языка⁴. Из приведенной цитаты Харта следует, что правовые понятия характеризуются такими свойствами, как смутность (*vagueness*) и двусмысленность (*ambiguity*), т.е. иногда случается так, что понятие отклоняется от нормального или обычного употребления и порождает

¹ Bodenheim E. Op. cit. P. 1084–1085.

² Hart H.L.A. Op. cit. 1957. P. 968.

³ Bodenheim E. Op. cit. P. 1083.

⁴ См. подробнее: Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб., 2007. С. 127–138.

проблему смутности полутеней и двусмысленность значения. По мнению Харта, основная причина этого скрывается в нашей неуверенности относительно стабильности значения понятия. Если в своем ядре понятие четко определено, то, когда мы двигаемся от центра к периферии, границы понятия как бы размываются и становятся смутными, нечеткими. У нас уже нет той уверенности в стабильности значения понятия, когда мы рассматривали стандартный случай его употребления. Харт иллюстрирует эти свойства на примере понятия «транспортное средство». Употребление этого понятия в обычном контексте не вызывает затруднений, но стоит нам переместить его в выражение «Движение транспортных средств в парке запрещено», то понятие становится смутным и двусмысленным: мы не знаем, подпадают ли под это понятие роликовые коньки, детская коляска, самокат и др. наряду со стандартным случаем автомобиля. Чтобы противостоять этим свойствам, Харт предлагает два аналитических принципа. Во-первых, при анализе понятия необходимо прежде всего установить стандартный случай его употребления, а во-вторых, четко различать определение общего термина и задание критериев его применения в различных диапазонных случаях. И вот здесь возникает сложность, на которую указывает Боденхаймер: невозможно определить все нормативные ситуации, включающие использование понятия, чтобы выяснить условия, при которых правовое понятие становится значимым. Пример с транспортным средством – убедительное тому подтверждение. Знание его обыденного употребления, которое, казалось бы, не вызывает сомнений, не позволяет перечислить все предметы, включенные в объем этого понятия, и задать необходимые «критерии применения понятия в различных диапазонных случаях».

Тем не менее с Хартом следует согласиться в том, что правовые понятия сами по себе ничего не означают и ничего не описывают, подобно словам обыденного языка, т. е. не имеют референтов, или *аналогов в мире фактов*, способных раскрыть их содержание. У метода прояснения, который можно применить к праву, есть некоторые особенности. Правовые понятия необходимо и должно рассматривать в соответствующих контекстах, как часть суждений судьи или обычного юриста по конкретному случаю на основании соответствующих правовых норм. Когда кто-то говорит «А имеет право», он не *утверждает* соответствующую норму, не утверждает и не описывает обстоятельства, связанные с этим высказыванием. Он совер-

шает нечто отличное, а именно: *приходит к заключению* на основании соответствующей нормы. Выражение «*А имеет право на то, чтобы В совершил в отношении А определенные действия*», произнесенное судьей в зале заседания, имеет, несомненно, отличительный статус от его произнесения обычным юристом вне суда. Несмотря на кажущееся сходство произнесения этих двух выражений, принципиальное различие заключается в порождаемых их речевыми актами юридических последствиях. Если эти высказывания делаются не судьей или обычным юристом, т.е. вне юридического контекста, то их значение в некотором отношении будет бессмысленным. Поэтому, отмечает Харт, «мы должны сместить наше логическое внимание с общего на частное и сконцентрироваться не на значении, не на условиях истинности, не на логических отношениях суждений, а на обстоятельствах частного употребления»,¹ т.е. при анализе языка нас должно интересовать его использование говорящим, а не просто содержание анализируемых утверждений.

Следует отметить, что принципы контекстуального анализа, пропагандируемые Хартум, имеют не только теоретический интерес для прояснения содержания правовых понятий. По сути, нечто подобное можно обнаружить в юридической практике вынесения решения Конституционным судом, когда устанавливается соответствие правовых норм или судебного решения духу конституции. Конституция в этом случае выступает своего рода контекстуальным определением тех правовых понятий, с помощью которых она сформулирована. В данном случае принципы анализа, сформулированные Хартум, по-видимому, должны рассматриваться в качестве основополагающих, поскольку невозможно установить содержание того или иного понятия вне контекста его употребления в рамках Основного закона. Представляется, что с точки зрения логико-концептуального анализа именно в этом заключается принцип прямого действия Основного закона, поскольку вне его нельзя установить никакого независимого содержания правового понятия или нормы, действующих в рамках системы позитивного права.

В заключение укажем еще на один момент, несомненно, имеющий глубокий философско-правовой смысл, который непосредственно вытекает из аналитического подхода Харта. Аналитическая юриспруденция, настаивающая на специфике правовых понятий,

¹ Харт Г.Л.А. Сказка логика // Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. 2009. № 4. С. 134.

норм и системы права в целом и их отличии от других социальных явлений, может служить дополнительным подтверждением тезиса, известного в философии как «гильотина Юма». Согласно этому тезису между правовыми высказываниями и понятиями, с одной стороны, и высказываниями и понятиями, описывающими факты социальной жизни, – с другой, существует непроходимая пропасть. Связано это с тем, что с помощью чисто рациональных средств, например с помощью обычной логики, невозможно перейти от описания сущего к описанию должного. Иначе говоря, с помощью рациональных средств, имеющихся в нашем распоряжении, мы не в состоянии обосновать переход от высказываний формы «*X* поступает так-то и так-то» к высказываниям формы «*X* обязан поступать так-то и так-то»; между группами этих высказываний отсутствует необходимая связь. Следовательно, вопреки стремлениям правовых реалистов долженствование, пронизывающее всю систему права, невозможно объяснить никакой социологией или психологией. Сложившуюся систему правовых обязательств невозможно строго логически вывести из сложившейся системы описания фактов социальной практики. Несомненное достоинство аналитической философии права Харта, акцентирующей внимание на особенностях юридического языка и настаивающей на его своеобразии, в значительной степени на новых основаниях позволяет прояснить суть «гильотины Юма».

4.2. Брайан Бикс и аналитическая философия права в Америке

(Оглезнев В.В., Суровцев В.А.)

Брайан Бикс – выдающийся современный американский философ права, профессор юридического факультета Миннесотского университета США. Его имя хорошо известно тем, кто занимается теоретическими проблемами юриспруденции, и именно Бикс сегодня по праву считается одним из столпов американской аналитической философии права.

В 1991 году в Баллиол колледже Оксфордского университета Бикс защитил докторскую диссертацию под руководством Джозефа Раза, одного из известнейших учеников Г.Л.А. Харта. Примечательно, что, работая над диссертационным исследованием, Бикс освоил и тщательно переработал не только основные труды британских фи-

лософов права, но также работы англоязычных аналитических философов, особенно «позднего» Витгенштейна (значительную часть своей работы Бикс посвятил приложению «следования правилу» Витгенштейна в теории права).

На важность проблемы следования правилу в области права указывал уже Герберт Харт, согласно которому право представляет собой, в терминологии Витгенштейна, «своеобразную форму жизни» и поэтому требует разработки особых методов анализа языковых средств, в которых выражается эта форма жизни. Право живет не только правоприменением, скорее в правоприменении выражается его практическая сторона. Но применение юридической нормы представляет собой особый языковой акт, который отличен от других функций языка, таких, например, как дескриптивная (т.е. функция описания фактов), эмотивная (т.е. функция выражения эмоций) и императивная (т.е. функция выражения приказов). В праве реализуется особая функция языка – осуществление действий при помощи слов, например при оглашении завещания или заключении договора. На эту функцию редко обращали внимание лингвисты, хотя она и была предметом пристального внимания аналитических философов, например Дж. Остина, но это несколько ее не умаляет. Дело в том, что своеобразие юридического языка указывает на особый статус юридической практики, поскольку сами нормы и юридические действия не существуют вне языка. Само осознание этого факта должно сослужить хорошую службу практике правоприменения. Прояснение особого статуса юридических терминов и юридических высказываний должно многое прояснить в характере того, что делает практикующий юрист или правовед. Но подобное прояснение относится, разумеется, к теории и философии права.

Через применение методологии философии языка в правоведении и критику американского правового реализма Бикс разработал собственную аналитическую философско-правовую концепцию, которая не только тематизирует лингвистический, а вернее, выражаясь словами ученого, «герменевтический»¹, поворот в философии права в качестве важной методологической платформы, но становится альтернативным современным течениям правовой мысли теоретическим подходом.

¹ Bix B. H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory // Southern Methodist University Law Review. 1999. Vol. 52. P. 167–199.

В 1993 году диссертация Бикса была опубликована издательством Оксфордского университета под названием «Law, Language, and Legal Determinacy»¹ и была высоко оценена современными англоязычными философами права. В рецензии на эту работу, переизданную в 1996 году, профессор Гарвардского университета Фредерик Шауэр отметит, что книга Бикса внесла значительный вклад в развитие аналитической юриспруденции: «Ее пронизывают утонченные размышления о возможности приложения философии языка к анализу основных юридических вопросов, что полностью отсутствует в современной юридической науке». А профессор Кембриджского университета Мэтью Кремер назовет ее убедительно аргументированной, аналитически искусной, утонченной и философски совершенной книгой. Но действительно всемирную известность Биксу принесла опубликованная в 1996 году монография «Jurisprudence: Theory and Context», которая стала настоящим научным бестселлером: она пять раз переиздавалась и была переведена на китайский, греческий и испанский языки.

Но, несмотря на достаточно широкую известность в англоязычной академической среде, творчество Брайана Бикса остается незнакомым российской юридической и философской науке. На сегодняшний день на русский язык переведены лишь две его статьи: «О границе, разделяющей теорию естественного права и юридический позитивизм» («On the Dividing Line Between Natural Law Theory and Legal Positivism»)² и «Правовая теория: типы и цели» («Legal Theory: Types and Purposes»)³.

Перевод на русский язык статьи Бикса «О философии в американском праве: аналитическая философия права» («On Philosophy in American Law: Analytical Legal Philosophy»)⁴, представленный ниже, хотя и вносит определенный вклад в популяризацию идей американского правоведа, но, прежде всего, представляет особый интерес с точки зрения экспансии аналитической философии в сферу философии права. Этот текст был написан Биксом для сборника эссе под

¹ Bix B. Law, Language, and Legal Determinacy. Oxford University Press, 1993.

² Бикс Б. О границе, разделяющей теорию естественного права и юридический позитивизм // Российский ежегодник теории права. 2009 (2011). № 2. С. 69–80.

³ Бикс Б. Правовая теория: типы и цели // Юриспруденция в поисках идентичности: сборник статей, переводов, рефератов. Самара: Самар. гуманитар. акад., 2010. С. 186–198.

⁴ Bix B. On Philosophy in American Law: Analytical Legal Philosophy // On Philosophy in American Law / ed. Francis J. Mootz III. Cambridge University Press, 2009. P. 99–105. (Здесь и далее цит. по англоязычному изданию). Перевод в приложении к данному изданию.

общим названием «On Philosophy in American Law»¹, изданного под редакцией Френсиса Мутца и посвященного 75-летию выхода в свет одноименной статьи одного из отцов-основателей американского правового реализма Карла Ллевеллина². Этот коллективный труд объединил более тридцати современных ученых, исследования которых посвящены состоянию, проблемам и перспективам развития философии права в Америке, а также той роли, которую может или должна сыграть философия в истории правовой мысли.

Основная задача Бикса, которую он ставит в этой статье, – не просто описать, что собой представляет аналитическая философия права (чего не сделаешь в формате статьи), но скорее указать на те проблемные области, с которыми сталкивается рецепция этой правовой традиции в США, и почему это происходит. Главный тезис ученого, который он отстаивает на протяжении всей работы, заключается в том, что «аналитическая философия права в США в одинаковой степени как искажалась, так и неправильно трактовалась»³. Одной из причин подобного недопонимания, а зачастую и игнорирования аналитической философии права британского происхождения Бикс называет увлеченность американской академической среды вопросами практического значения. Бикс критически настроен против американского правового реализма, а именно, против его центрального утверждения, получившего различные интерпретации, но сохранившего основную идею этого научного направления, что право – это решения судей. Так, например, К. Ллевеллин утверждал, что «областью права является деятельность, относящаяся к разрешению споров. А люди, осуществляющие эту деятельность по должности, будь то судьи, шерифы, чиновники, тюремщики или юристы, являются официальными выразителями права. То, что эти должностные лица решают в отношении споров, и есть само право»⁴. Или О.У. Холмс (другой не менее известный представитель американского правового реализма) считал, что право – это «предсказания, что в реальности будут делать судьи, и не более того»⁵.

¹ *On Philosophy in American Law* / ed. Francis J. Mootz III. Cambridge University Press, 2009.

² *Llewellyn K.N. On Philosophy in American Law* // *University of Pennsylvania Law Review*. 1934. Vol. 82, No. 3. P. 205–212; переиздано в: *On Philosophy in American Law* / ed. Francis J. Mootz III. Cambridge University Press, 2009. P. 3–10.

³ *Bix B.* Op. cit. P. 99.

⁴ *Llewellyn K.N. The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*. Dobbs Ferrt. N.Y., 1960. P. 12.

⁵ *Holmes O.W. The Path of Law* // *Harvard Law Review*. 1996. Vol. 110. P. 994.

Подобное понимание права восходит к философии прагматизма, на котором во многом базируется правовой реализм. Для этого философского направления характерны недоверие к чисто спекулятивной, теоретической деятельности, оторванной от практики, стремление обратить философию к реальной жизни, сделать ее средством для решения социальных проблем. Эта точка зрения особенно характерна для классика американского прагматизма Дж. Дьюи, который считал, что абстрактные, чисто умозрительные построения философии, даже если они внутренне согласованы, не имеют никакого значения. Оправдание философских теорий должно лежать в области прикладных гуманитарных наук, вроде социологии, теории политики или педагогики. Только в том случае, если разработанные философией подходы, адаптированные в методологии прикладных наук, находят оправдание в практической деятельности, философские теории можно считать в определенной степени истинными, где истинность понимается как согласованность с определенным типом социальной деятельности. Философия же во всех своих проявлениях и разнообразных интересах должна руководствоваться не априорными понятиями, например, о природе человека или о сущности социальных институтов, но отталкиваться от практики гуманитарных исследований конкретной деятельности человека и различных социальных групп.

По мнению американских правовых реалистов, это в равной степени относится и к теоретической юриспруденции, которая оторвалась от жизни. Они считают, что для того, чтобы понять сущность права, нужно обратиться не к абстрактным теориям, а к реальной судебной практике и реальным судебным процессам. Отсюда право понимается как результат деятельности судей. Причем, совершенно в духе американского прагматизма, они считают, что для надлежащей практики правоприменения юристу в большей степени следует знать социологию и психологию, нежели исследования в области философии права. Однако такой подход очевидно ошибочен. Знание социологии права или психологии преступника ничуть не умаляет значимость тех исследований, которые для права не маргинальны, но образуют саму ее суть. Ведь для того, чтобы очертить специфику и область правовых явлений, нужно, как минимум, отличить их от других типов социального действия. А здесь никакая социология и психология не помогут. Суть права нужно искать в его своеобразии, а не полагаться на вспомоществование со стороны других социальных сфер. И здесь аналитиче-

ская юриспруденция незаменима, поскольку она акцентирует внимание именно на своеобразии юридических понятий, выражающих эти понятия терминах, и всей правовой системы в целом как особого способа употребления языка.

Бикс явно критикует редуccionистскую позицию правовых реалистов за то, что она приводит к маргинализации британской аналитической традиции. Но, несмотря на в целом скептическое отношение к американскому правовому реализму, Бикс тем не менее отмечает, что «в США для аналитической философии права настала благоприятная, но в то же время трудная пора»¹.

К несомненным успехам, которых достигла аналитическая философия права в США, по мнению Бикса, следует отнести возросшее качество и количество научных дискуссий об основных проблемах правоведения. Ученый выделяет три группы дискуссий, которые не только специфицируют предмет аналитической философии права, но, главным образом, указывают на эвристичность применения аналитической методологии в сфере права. Это вопросы о сущности права, анализ правовых понятий и исследование философских оснований различных отраслей права. По мнению Бикса, прагматистски ориентированный американский правовой реализм приводит к недооценке очищающей и проясняющей силы философии, в то время как аналитико-философские исследования правовых понятий и оснований отраслей права обеспечивают более устойчивую связь философии с юридической практикой, и успехи отдельных американских правоведов, констатирует ученый, – явное тому подтверждение. Но несмотря на все трудности, с которыми сталкивается аналитическая философия права в США, тем не менее, отмечает ученый, «это – подход, у которого в равной степени есть преимущества как богатой традиции, так и блестящего будущего... Покоясь на прочном фундаменте прошлого, она [аналитическая философия права] предлагает усовершенствованные аналитические и нормативные средства для решения поставленных задач»².

¹ Bix B. Op. cit. P. 100.

² Bix B. Op. cit. P. 104.

5. Дедуктивные основания построения правовых систем

5.1. Проблема верификации конституционных норм

(Оглезнев В.В., Суровцев В.А.)

Специфика конституционно-правовых норм с формально-юридической точки зрения обусловлена, прежде всего, их особым значением для правовой системы и высоким аксиологическим статусом. Они представляют собой принципы и/или предписания (нормы), признаваемые, устанавливаемые или санкционированные государственной властью, выраженные в *Конституции* или получившие юридическое оформление (закрепление) в иных правовых актах (законах, нормативных договорах, декларациях и др.), являющихся источниками конституционного права. К онтологическим характеристикам конституционно-правовых норм следует отнести закрепление правового положения субъектов конституционного права (основных прав, свобод, обязанностей граждан и их объединений), установление конституционной компетенции органов государственной власти, правовых процедур ее осуществления, закрепление конституционно-правовых форм и средств разрешения конституционных споров и др.

Подобно любым правовым нормам, конституционные нормы имеют свою форму, т.е. внешнее (лингвистическое) выражение, и содержание, т.е. сформулированные в них правила поведения. Но, несмотря на это кажущееся сходство с нормами других отраслей права, применение к их анализу общераспространенных в юриспруденции методов познания зачастую оказывается невозможным или малопродуктивным. С использованием в этой сфере известных юридических методов возникают проблемы, которые приводят к нежелательным проблемам, ибо они утрачивают свою работоспособность и эффективность¹.

Так, любая правовая норма отдельной отрасли права вводится в действие признанием ее юридически действенной с точки зрения

¹ См. подробнее: Чиркин В.Е. Слово о конституционной терминологии // Журнал российского права. 2013. № 12 (204). С. 13–19.

как более общих норм, так и норм соответствующего (по иерархии) уровня, функционирующих в рамках правовой системы, на основании *санкции* соответствующего законодательного органа. При этом санкция, т.е. введение в действие нормы (признания ее реальной), основывается как минимум на двух принципах. Во-первых, вводимая норма, по крайней мере с точки зрения своего лингвистического выражения, должна согласовываться с действующим законодательством. Во-вторых, она должна согласовываться с принятой практикой правоприменения. В этом отношении можно было бы сказать, что необходимым условием принятия правовой нормы является консистентность ее введения в совокупность действующих норм (т.е. она, как минимум, не должна явно противоречить нормам соответствующего ей уровня и, как максимум, являться логическим следствием более общих норм соответствующей отрасли, и норм, обладающих большей юридической силой), а достаточным условием – когерентность с правоприменением (т.е. она должна быть согласована с обычной практикой вынесения решений по сходным случаям в условиях отсутствия противоречащих примеров). При таком подходе юридический анализ оправданности введения нормы права ориентирован на выполнение необходимого условия (где желательно проанализировать лингвистический аспект правовой нормы, т.е. буквальный смысл выражений, с помощью которых она сформулирована, а в идеале – суть выраженного в ней содержания), когда рассматривается весь спектр относящихся к данной норме разделов законодательства. Анализ достаточного условия во многом зависит от того, как будет проанализировано необходимое условие, поскольку практика правоприменения, связанная с деятельностью судов и иных правоприменительных органов, уже предполагает, что данная норма должна быть или будет надлежащим образом истолкована в рамках всей системы права.

Подобного рода подход к анализу юридических норм предполагает, во-первых, что система права, в рамках которой принимается данная норма, описывает некоторое положение дел, отраженное в практике правоприменения. Во-вторых, предполагается совокупность юридических норм, с которыми данная правовая норма должна быть согласована. В-третьих, поскольку оправдание нормы рассматривается с точки зрения более общих норм, предполагается, что существующая система права содержит некоторую иерархию, где более общие нормы имеют главенствующее значение над менее об-

щами. При этом очевидно, что принятые нормы, как более общие, так и одного уровня с рассматриваемой, должны учитываться в качестве реальных, т.е. принятых к исполнению. В данном случае особую важность играет иерархия. Любая норма должна подчиняться более общей норме в том смысле, что она является ее некоторым дедуктивным следствием, уточняющим правоприменение в конкретных случаях. То есть при оценке вводимой нормы ее оправданность всегда подкрепляется санкцией на соответствующий общий нормативный правовой акт в рамках отрасли или системы.

Таким образом, юридический анализ нормы, если она должна рассматриваться в качестве действительной, основан на следующих пресуппозициях: *действенность, иерархия, реальность*.

Рассмотрение именно конституционных норм позволяет обосновать выдвинутые тезисы. Проблемы юридического анализа ее норм с точки зрения указанных выше пресуппозиций возникают сразу же. Нет сомнений в том, что если конституция, специфицирующая различные источники права, является реальной в том смысле, что судебные органы и официальные должностные лица этой правовой системы действительно идентифицируют закон в качестве такового в соответствии с теми критериями, которые она предоставляет, то конституция является признанной и юридически *действенной*¹. Но как обосновать ее юридическую действительность? Действенность является лишь одним из указанных выше критериев юридического анализа. Конституция может быть и во многих случаях реально является действительной (как в случае принятия новых норм, так и в случае оценки юридических казусов). Но на чем основывается ее действительность? Действенность касается лишь правоприменения и не может обосновать статус конституции в качестве основного закона. Ссылка на конституцию как имеющую прямое действие, уже предполагает ее особый статус, который не может быть выведен из ее применения. Стало быть, одна из предпосылок анализа ее норм должна быть пересмотрена. Конституция действительна, но ее *действенность* не может лежать в основании оценки, на которой должен быть основан ее юридический анализ. Скорее, наоборот, из анализа конституции следует выводить характер ее действительности. Другими словами, конституция является основным законом не потому, что она действительна, но она действительна потому, что является основным законом.

¹ Харп Г.Л.А. Понятие права. СПб., 2007. С. 256.

Вопрос с *иерархией* еще интереснее. Анализ обоснованности юридической нормы определяется ее согласованностью с другими соответствующими нормами, и если, как указано выше, ее основное оправдание связано с дедуктивным выводением из общих норм, то как, в этом случае, быть с конституционными нормами? Если оправданность нормы права определяется ее согласованностью с другими нормами, что, во всяком случае, предполагает отсутствие противоречия с принципами, которые могут быть выведены из более общих норм, то конституция должна быть согласована и с ними. Но разве могут быть более общие нормы? Ведь в таком случае существование какого-либо иного правила, гарантирующего, что конституции следует подчиняться, было бы не просто излишним удвоением правила. В данном случае удвоение правила уходило бы в дурную бесконечность. Иными словами, мы обязаны подчиняться предписаниям конституции в силу того факта, что конституция – это основной закон (т.е. мы принимаем на себя обязанность подчиняться тому, что называется «основной закон», при этом мы можем и не знать его содержания и почему именно это – «основной закон»). Другими словами, оправдание конституционных норм не опирается и не может опираться на какие-то более общие правила, из которых они могут быть выведены. Например, в конституционной норме, изложенной в ч. 1 ст. 19 Конституции РФ, зафиксировано: «Все равны перед законом и судом»; здесь устанавливается в качестве обязательной не просто отдельная норма, но то, что эта норма является обязательной для всех (и для судебных органов, и для официальных должностных лиц, и для простых граждан), без того, чтобы быть обоснованной какой-то дополнительной нормой. Конституционные нормы имеют прямое действие именно в силу того, что они не предполагают какого-то дополнительного оправдания. Они не являются очередной ступенью в иерархии правовых норм. Более того, если обратиться к практике правоприменения конституционных норм, например, Конституционным судом, то становится очевидным, что любая норма, введенная в рамках той или иной отрасли права, рассматривается с точки зрения ее соответствия конституционной норме. Само по себе введение конституционных судов свидетельствует о том, что конституционная норма имеет совершенно иной характер, нежели обычная юридическая практика¹. И это касается не только соответ-

¹ К схожим мыслям приходит Н.А. Власенко: «Судебные дефиниции – важная составляющая правотворческой практики. Эти своего рода ‘сгустки’ правовой материи,

ствия принимаемой нормы общим положениям. Кроме того, возникают проблемы и с определением основных понятий конституции, когда мы обращаемся к практике вынесения решения Конституционным судом при установлении соответствия правовых норм или судебного решения духу конституции. Конституция в этом случае выступает своего рода контекстуальным определением тех правовых понятий, с помощью которых она сформулирована, поэтому невозможно установить содержание того или иного понятия вне контекста его употребления в рамках основного закона. Представляется, что с точки зрения логико-концептуального анализа именно в этом заключается принцип прямого действия основного закона, поскольку вне его нельзя установить никакого независимого содержания правового понятия или нормы, действующих в рамках системы позитивного права. Таким образом, очевидно, что в отношении анализа обоснованности конституционных норм принцип *иерархии* также не работает, поскольку нет никакой более общей нормы, которая могла оправдать их применение¹.

Вопрос о *реальности* конституционных норм не менее сложен, чем вопросы о действенности и иерархии. Общие положения, зафиксированные в конституции, отнюдь не всегда означают то, что они описывают сложившееся или даже желаемое положение дел. В этом отношении вопрос о верификации конституционных норм зачастую даже не ставится, поскольку учитывается зазор между сущим, т.е. тем, что есть, и должным, т.е. тем, что должно быть. История знает множество случаев, когда декларируемые конституцией нормы не соответствуют юридической практике, обусловленной сложившимся политическим режимом. В данном случае можно говорить о реальности конкретных норм, но реальность конституционных норм всегда можно подвергнуть сомнению. Как бы ни была хороша конституционная норма, всегда возникает вопрос о ее реализации в конкретной действительности, чего не скажешь о нормах, реализуемых в рамках отдельной отрасли права. Правоприменение нормы отдельной отрасли права зачастую оказывает-

способные ее развивать, конкретизировать и уточнять, являются фактором развития правосотворчества». Власенко Н.А. Судебные правовые дефиниции: природа, функции, основания деления и виды // Журнал российского права. 2009. № 12. С. 61.

¹ Ср. у Г. Харта: «Трудность связана с классификацией, ибо правило, которое в последней инстанции используется для определения права, не укладывается в обычные категории, используемые для описания правовой системы, хотя эти категории часто считают исчерпывающими». – Харт Г.Л.А. Указ. соч. 2007. С. 115.

ся более действенным, чем общее положение, декларированное конституционной нормой.

Таким образом, при анализе конституционных норм нужны особые исследовательские стратегии, которые смогли бы учесть их специфический характер¹. Кроме того, необходимость обнаружения релевантной научной методологии насущна уже в силу того, что верховенство и юридическую валидность конституционно-правовых норм каким-то образом нужно обосновать, поскольку эффективность использования общераспространенных юридических методов вызывает серьезные сомнения.

Современная практика юридического анализа и разработки правовых норм обычно складываются из двух исследовательских стратегий, концептуально оформившихся уже в рамках юридической науки XIX века. Первая из этих стратегий – юридический позитивизм, представленный в форме правового реализма², – ориентировалась на анализ системы позитивного права и характер сложившегося правоприменения. При этом методы юридического исследования уподоблялись общим методам позитивных наук. Эмпирическое исследование правовой системы, особенно частных областей права, должно основываться на анализе отдельных случаев (юридических фактов) и, используя метод абстрагирования при условии определенных идеализаций, моделировать зафиксированную в правовой норме идеальную ситуацию. В этом случае основание правовой нормы, фиксирующей то, что должно быть, напрямую связывается с системой позитивного права, поскольку в некотором смысле из него экстрагируется. При таком понимании регулятивный характер правовой нормы рассматривается как уточнение сложившейся практики правоприменения. По сути дела юридическое исследование вполне аналогично подходам тех индуктивных наук, которые общие утверждения выводят из единичных случаев при отсутствии противоречащих примеров. У такого подхода есть масса преимуществ, обусловленных его непосредственной связью с системой позитивного права, поскольку обеспечивается такой необходимый признак правовой нормы, как ее *реальность*.

¹ См.: Юсубов Э.С. Знаки онтологии в Конституции Российской Федерации // Вестник Томского государственного университета. Право. 2013. № 2 (8). С. 13–14.

² См.: Holmes O.W. The Path of Law // Harvard Law Review. 1996. Vol. 110. P. 991–1009; Hart H.L.A. Scandinavian Realism // Cambridge Law Journal. 1959. Vol. 17. P. 233–240; Green M.S. Legal Realism as Theory of Law // William and Mary Law Review. 2005. Vol. 46, No. 6. P. 1915–2005.

Тем не менее юридический позитивизм приводит к ряду проблем. Основной вопрос, который возникает здесь с необходимостью, – это вопрос о предписывающем характере правовой нормы. Юридический позитивизм вряд ли может обосновать такой признак правовой нормы, как ее *действенность*¹. Действительно, любое обобщение, основанное на наблюдении за отдельными фактами, фиксирует в качестве общего положения только то, что есть, т.е. то, что сложилось в практике правоприменения (при этом, естественно, могут учитываться различные вариации), но в рамках эмпирического подхода невозможно обосновать, почему так должно быть. Здесь эмпирические подходы не работают. В рамках философии права этот фундаментальный разрыв, т.е. невозможность вывести *действенность* правовой нормы из ее *реальности*, известен как «гильотина Юма»².

Вторая исследовательская стратегия акцентирует внимание именно на этом аспекте. Рациональный подход к праву, берущий свое начало в немецкой исторической школе права и, в особенности, развитый пандектистами³ и сторонниками аналитической юриспруденции⁴, ориентирован на то, что действенность юридических норм связана не с тем, что они отражают характер определенных аспектов сложившегося социального взаимодействия, но с тем, что сам человеческий разум предписывает социальной реальности то, какой она должна быть. Подобный подход также связан с ориентацией на идеальную модель. Однако основное различие с юридическим позитивизмом здесь заключается в том, что эта модель не экстрагирована из позитивного права и частного правоприменения, а является результатом

¹ См. подробнее: Харт Г.Л.А. Указ. соч. 2007. С. 106–115.

² Философский принцип, сформулированный шотландским философом Дэвидом Юмом: «Я заметил, что в каждой этической теории, с которой мне до сих пор приходилось встречаться, автор в течение некоторого времени рассуждает обычным образом, устанавливает существование Бога или излагает свои наблюдения относительно дел человеческих; и вдруг я, к своему удивлению, нахожу, что вместо обычной связки, употребляемой в предложениях, а именно 'есть' или 'не есть', не встречаю ни одного предложения, в котором не было бы в качестве связки 'должно' или 'не должно'. Подмена эта происходит незаметно, но тем не менее она в высшей степени важна. Раз это 'должно' или 'не должно' выражает некоторое новое отношение или утверждение, последнее необходимо следует принять во внимание и объяснить, и в то же время должно быть указано основание того, что кажется совсем непонятным, а именно того, каким образом это новое отношение может быть дедукцией из других, совершенно отличных от него». – Юм Д. Трактат о человеческой природе, или Попытка применить основанный на опыте метод рассуждения к моральным предметам. М., 1995. С. 229–230.

³ К наиболее ярким представителям пандектистики традиционно относятся Фридрих Карл фон Савиньи (1779–1861) и его ученик Георг Пухта (1798–1846), именно последний является основателем так называемой юриспруденции понятий (*Begriffsjurisprudenz*).

⁴ Это, прежде всего, Герберт Харт (1907–1992).

рационального юридического конструирования. Правовые нормы являются *действительными* именно потому, что с их помощью человеческий разум конструирует модель, с которой должна соотнобразовываться социальная реальность и, в частности, ее правовая составляющая.

На чем может быть основана такая конструкция? Прежде всего, стоит отметить, что любая правовая норма формулируется с помощью общих понятий. Но что здесь представляют собой общие понятия? В общих понятиях уже должен быть заложен принцип субсумции, который объединяет отдельные случаи в один класс. Действительно, если мы квалифицируем отдельные юридические факты как относящиеся к одному и тому же разряду, то сама эта квалификация не может быть выведена из этих отдельных случаев, поскольку их можно отнести к одному разряду только потому, что общий разряд уже квалифицирован. Другими словами, только потому, что у нас есть общая квалификация, выраженная понятием, мы можем подвести под нее отдельные случаи, а это означает, что идея общего должна предшествовать представлениям об отдельном. Юридический факт оценивается с точки зрения той или иной юридической нормы только потому, что термины, которые используются при его описании, уже отнесены к более общей норме. Таким образом, рациональный подход к праву высказывает справедливый упрек позитивистам, что при формулировке общих норм они впадают в порочный круг, когда пытаются вывести общее из отдельного, поскольку соотнесение отдельных случаев друг с другом уже требует идеи того общего, которое в них содержится.

Рациональное конструирование в юриспруденции во главу угла ставит анализ содержания общих понятий с точки зрения предписывающего характера человеческого разума. Именно выяснение того, что скрывается за общими юридическими нормами, позволяет обосновать их применение в отдельном случае. Подобный подход, кстати, демонстрирует *иерархичность* правовой системы, поскольку обосновывает действительность менее общих юридических норм с точки зрения более общих. Например, на этом основано разделение общих и особенных частей в рамках отраслей права.

Характеристика представленных выше эмпирического и рационального подходов к системе права достаточно условна. В определенной степени она отражает сложившиеся подходы в рамках классической эпистемологии и философии права. При юридическом анализе конкретных правовых норм и отраслей они рассматриваются как взаимодополняющие, что, разумеется, продуктивно. Но в любом

случае возникает вопрос, подходят ли эти стратегии как в отдельности, так и в их комбинации к анализу основного закона?

Очевидно, что позитивистские методы при анализе конституционных норм неработоспособны. Как указывалось выше, реальность правовых норм в системе позитивного права уже предполагает общее правовое поле, для которого конституция является системообразующим элементом. Позитивистские методы, ориентированные на анализ частного правоприменения, конечно, могут привести как к уточнению содержания отдельных норм, так и к существенному преобразованию отрасли права, но они не могут привести к изменению основных положений конституции, поскольку это влекло бы реформу или даже отмену правовой системы в целом. И, стало быть, изначальное правоприменение, от которого отталкивается юридический позитивизм, уже выходило бы за рамки новой правовой системы и изначально рассматриваемые юридические факты оказывались бы нерелевантны.

Скорее анализу конституционных норм в большей степени соответствует рационалистическая стратегия в духе аналитической юриспруденции. Действительно, анализ содержания правовых понятий, вне зависимости от того, как они эксплицированы в конкретных нормах права, сам по себе представляет большую ценность в силу указанных выше причин, объясняя действенность нормы. В этом отношении анализ основного закона с точки зрения выяснения содержания тех понятий, с помощью которых он сформулирован, оказывал бы важное воздействие на правовую систему в целом ввиду ее иерархичности. Такой подход возможен и даже, в отдельных случаях, полезен. Если бы не одно «но». Рационалистические методы анализа правовых понятий по существу основаны на классическом логическом методе определения понятий *per genus et differentiam* (определение через общий род и специфический признак). В данном случае особое значение приобретает категория *общего рода*. Выявляя содержание правового понятия, мы ориентируемся, прежде всего, на установления более общего (или родового) признака элементов, подпадающих под исследуемое понятие с последующим установлением их специфического признака. Эта стратегия действует в рамках установленной иерархии понятий. Поэтому когда анализируется некоторая частная правовая норма, этот метод вполне работает. Он, например, вполне действенен при установлении соотношения норм общих и особенных частей различных отраслей права. Но

нужно понимать, что этот метод не может уходить в бесконечность. Конституционные нормы занимают в этой иерархии высшее положение, а, значит, наибольшей степенью общности обладают и используемые при их формулировке понятия. Следовательно, если мы рассматриваем наиболее общие понятия с точки зрения такой стратегии, необходимо вообще выходить за рамки права. Подобный вывод часто служил основанием критики рациональной юриспруденции со стороны юридических позитивистов, которые считали, и зачастую, как в случае пандектистов, правильно считали, что здесь рациональная юриспруденция выходит за рамки собственно права, поскольку обосновывает общие правовые конструкции с точки зрения не свойственных юриспруденции идеальных моделей (например, «идеала справедливости», который относится к сфере морали, но не права, или «духа народа», что есть предмет социальной или исторической психологии, и т.п.).

Таким образом, ни одна из предложенных исследовательских стратегий (как, впрочем, и их комбинирование, которое может сохранять их лучшие черты, но не в состоянии преодолеть их недостатки) не может считаться адекватной стратегией анализа конституционных норм.

Основные проблемы с верификацией конституционно-правовых норм возникают потому, что их соотнесенность с фактами настолько сложна и опосредована, что порой эту связь не так и просто установить. Зачастую это невозможно сделать потому, что конституционные нормы (и в этом заключается их особенность) отнюдь не предполагают существование того, что описывают используемые при их формулировке понятия. Под вопрос всегда можно поставить реальность соответствующего положения дел и характер включенных в эти положения классов предметов. Вопрос о *реальности* конституционной нормы здесь оказывается главенствующим. Например, когда мы говорим, что «Россия есть демократическое федеративное правовое государство с республиканской формой правления» согласно ч. 1 ст. 1 Конституции РФ, нам не надо привлекать факты, подтверждающие или опровергающие это. Нам достаточно учесть то, что в этом суждении уже содержится пресуппозиция существования соответствующего положения дел. Однако нам необязательно принимать эту экзистенциальную предпосылку, достаточно того, чтобы система конституционно-правовых норм была когерентной, и при этом она может не нести никаких онтологических обяза-

тельств. Действительно, конституционная норма может выражать утверждение, не соответствующее положению дел, но предполагаемое по умолчанию. Следовательно, интерпретация конституции в качестве когерентной системы допускает рассуждения и на пустых областях, т.е. зафиксированные в ней нормы могут никак не соотноситься с существующим положением дел, а используемые при их формулировке понятия не соотноситься ни с каким классом предметов. Общие суждения (а в рамках конституционных норм выражаются только наиболее общие суждения), будучи принятыми и *действительными*, в указанном выше смысле, отнюдь не влекут того, что *реально* существуют правовое государство, достойная жизнь, демократия и проч., т.е. ни одно из них не влечет никаких онтологических обязательств. Другими словами, если нечто утверждается в общем суждении (в данном случае в конституционной норме), то это отнюдь не означает, что так и есть на самом деле.

Вопрос о *реальности* конституционных норм, таким образом, должен осуществляться совершенно иными методами, нежели аналогичный вопрос о конкретной правовой норме, поскольку последняя предполагает наличие конкретных юридических действий, тогда как первая – нет. Подобный подход требует совершенно особых решений, которые могут далеко отстоять от принятых юридических методов. В некотором смысле конституционные нормы являются вымышленными (или выдуманными с учетом принятого в сообществе идеала), они ориентированы на то, что должно быть, а не на то, что есть. Ориентация на желаемое отличает их от конкретных правовых норм, нацеленных на действительное. Это утверждение несложно подтвердить при обращении к практике применения конституционных норм, где очень часто желаемое выдается за действительное.

Невозможность *иерархического* подхода и сложности с вопроса-ми о *действенности* и *реальности* заставляют при анализе конституционных норм обратиться к тем типам дискурса, где подобные проблемы не возникают. И такие типы дискурса есть. Самодостаточные и не предполагающие реализации, но при этом когерентные, т.е. внутренне непротиворечивые, тексты можно обнаружить в вымышленных историях. Одну из стратегий исследования таких текстов предлагает Г.Л.А. Харт в своем анализе логического дискурса, предполагаемого в рамках сказочных историй.

В своей статье «Сказка логика»¹ Харт, выступая, в частности, против ортодоксальных современных логических доктрин, приходит к выводу, что, несмотря на то, что предложение имеет значение, которое мы понимаем, а высказанные при употреблении предложения суждения имеют логические отношения к другим суждениям, из этого не следует, что в каждом случае осмысленного употребления предложения высказывается суждение, которое должно быть истинным или ложным, т.е. выраженное им содержание должно соотноситься с фактами действительности, а используемые в них выражения обозначать реально существующие предметы, ибо вымысел не только не является ни истинным и ни ложным, но и используемые при этом понятия не обязаны обозначать нечто, реально существующее².

Этот подход иллюстрируется на примере погружения четырех традиционных форм простых атрибутивных суждений А, Е, I и O³ в логику предикатов. Г. Харт указывает на то, что если суждения группы I и O, представляющие собой утвердительные экзистенциальные суждения, имеющие соответствующие символические записи ' $\exists x (S(x) \& P(x))$ ' и ' $\exists x (S(x) \& \sim P(x))$ '⁴, влекут существование членов класса, обозначаемого их субъектами, тогда суждения групп А и Е, поскольку в традиционной логике они рассматриваются как отрицания соответствующих частных суждений (а именно А есть отрицание О, а Е есть отрицание I), следует интерпретировать как отрицательные экзистенциальные суждения, имеющие форму ' $\sim \exists x (S(x) \& \sim P(x))$ ' и ' $\sim \exists x (S(x) \& P(x))$ ', поскольку они, в отличие от суждений групп I и O, не предполагают существование класса, обозначаемого их субъектами. При этом формы, предполагаемые суждениями групп А и Е, приобретают *экзистенциальный смысл* и записываются как ' $\sim \exists x (S(x) \& \sim P(x)) \& \exists x (S(x))$ ' и ' $\sim \exists x (S(x) \& P(x)) \& \exists x (S(x))$ '. Отсюда Г. Харт делает вывод, что подобная интерпретация отношений между суждениями А, Е, I и O, представ-

¹ Харт Г.Л.А. Сказка логика // Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. 2009. № 4(8). С. 123–135.

² Там же. С. 135.

³ А, Е, I и O – обозначение простых атрибутивных суждений в традиционной логике: А – общеутвердительные, Е – общеотрицательные, I – частноутвердительные и O – частноотрицательные суждения.

⁴ Здесь и далее используется символическая запись современной формальной логики, где x – переменная, $\&$ и $<$ – пропозициональные связки, соответствующие 'и' и 'не', скобки и запятые – служебные символы.

ленная сторонами *Логического квадрата*¹, приводит к абсурдному выводу, что можно логически продемонстрировать *существование* чего угодно. Иными словами, все общие суждения, входящие в *Логический квадрат*, должны либо интерпретироваться через отрицательные экзистенциальные суждения, либо интерпретироваться как конъюнкции отрицательных и утвердительных экзистенциальных суждений (например, общеутвердительные суждения будут иметь форму $\sim \exists x (S(x) \ \& \ \sim P(x)) \ \& \ \exists x (S(x))$). В то время как частным суждениям обычно дается интерпретация через утвердительные экзистенциальные суждения². Если следовать правилам *Логического квадрата*, то: 1) суждения формы А и О, с одной стороны, и Е и І, с другой, являются контрарикторными, т.е. не могут быть одновременно ложными и одновременно истинными, 2) суждения формы А и Е являются контрарными, т.е. могут быть одновременно ложными, но не могут быть одновременно истинными, 3) суждения формы І и О являются субконтрарными, т.е. не могут быть одновременно ложными, но могут быть одновременно истинными. Но если мы принимаем представленную выше «экзистенциальную интерпретацию» суждений, оказывается, например, что суждения формы А и Е не являются контрарными в строгом смысле, поскольку в рамках вымышленного дискурса может случиться так, что их можно рассматривать как одновременно ложные только тогда, когда существуют предметы, о которых в них идет речь. Экзистенциальная интерпретация общих суждений это допускает. Таким образом, получается, что если мы применяем подход классической логики к вымышленному дискурсу, то для того, чтобы выполнить ее нормы, можно приписать существование чему угодно.

Обратимся теперь к Конституции РФ и рассмотрим следующее множество суждений, которые могут быть сформулированы в ее терминах и которые соответствуют четырем аристотелевским формам суждения А, Е, І и О:

А: Все права и свободы человека являются высшей ценностью,

Е: Ни одно из прав и свобод человека не является высшей ценностью,

¹ Логический квадрат – это схема, выражающая отношения с точки зрения истинности и ложности между общеутвердительным, общеотрицательным, частноутвердительным и частноотрицательным суждениями традиционной логики, имеющими один и тот же субъект и один и тот же предикат и обозначаемыми соответственно буквами А, Е, І, О.

² Харп Г.Л.А. Указ. соч. С. 124.

I: Некоторые права и свободы человека являются высшей ценностью,

O: Некоторые права и свободы человека не являются высшей ценностью.

Если исходить из предложенного выше анализа вымышленного дискурса, оказывается, что данные суждения предполагают пресуппозицию реальности выраженных в них норм, и в соответствии с действительностью данные суждения могут быть оценены как истинные или ложные. Но, как уже говорилось, реальность конституционных норм имеет совершенно иной характер, нежели реальность норм конкретных отраслей права. Следует иметь в виду, что увериться в том, что права и свободы человека существуют, говорить так, как если бы они существовали, и говорить о них, что все они являются высшей ценностью, на самом деле совершенно иное, чем утверждать, что ничто не является правами и свободами человека, не являясь при этом высшей ценностью. Реальность, приписанная согласно данному анализу суждению «Все права и свободы человека являются высшей ценностью», не является реальностью в некотором специальном смысле, но подразумевает только то, что суждение, образующее часть дискурса (вроде вымышленного дискурса, подобного сказочной истории), в которой высказывание «Ни одно из прав и свобод человека не является высшей ценностью», не было бы реальным.

Действительно, это допущение, казалось бы, позволяет прийти к выводу, что *Логический квадрат* обеспечивает доказательство *существования* чего угодно, в том числе прав и свобод человека, правового государства, демократии и проч. Подобное *доказательство* имело бы следующую форму: Если задать какое-то множество четырех форм А, Е, I и O (типа «Все права и свободы человека являются высшей ценностью», «Ни одно из прав и свобод человека не является высшей ценностью» и т.д.), одно из двух частных суждений I или O должно быть истинным; как I, так и O, согласно экзистенциональной интерпретации, влекут, что права и свободы существуют; следовательно, при условии, что одно из этих четырех суждений о правах и свободах должно быть истинным и что каждое из них влечет, что права и свободы существуют, тогда нет мыслимых обстоятельств, при которых «Права и свободы существуют» будет ложным. Это означает, что высказывание «Права и свободы существуют» являет-

ся истинным, т.е. соответствует некоторому положению дел, и, следовательно, в указанном выше смысле является реальным.

Однако подобная аргументация вводит в заблуждение, по крайней мере, по двум основаниям. Во-первых, данное доказательство не учитывает того, что *Логический квадрат* связан просто с демонстрацией логических взаимоотношений этих четырех форм суждений, т.е. с демонстрацией того, каким образом истинностное значение суждений одной формы предопределено истинностным значением других форм, а его стороны и диагонали представляют высказывания о следовании или высказывания о логической необходимости или логической невозможности. Причем совершенно ясно, что единственная информация, которую такие суждения о следовании, логической необходимости или логической невозможности могут придать истинности или ложности значений любой из форм А, Е, I и О, должна быть *гипотетической*. Эти формы свидетельствуют только то, что *если* О ложно, то I должно быть истинно, что *если* А истинно, то I должно быть истинно, и т.д. Во-вторых, хотя *Логический квадрат* и предполагает, что каждое осмысленное суждение является либо истинным, либо ложным, но это допущение не всегда очевидно, как в случае сказки, ибо вымысел не является ни истинным, ни ложным. Иными словами, из предложенного выше анализа соответствующих форм суждения отнюдь не следует, что в каждом отдельном случае *осмысленного* употребления высказывания утверждается суждение, которое должно быть истинным или ложным¹.

Когда нам рассказывают сказку, мы можем сказать, что вопрос об истинности или ложности *в данном случае* не возникает. Мы, к примеру, знаем, что русалок не существуют, но рассказчик для нашего развлечения применяет такое употребление слов, которое мы можем назвать разговором о том, *как если бы* они существовали. При этом можно было бы утверждать, что суждения рассказчика истинны или ложны, но поскольку русалок не существуют, то эти суждения *реально* не являются ни истинными, ни ложными.

Погружение аристотелевской силлогистики в логику предикатов первого порядка не имеет смысла для дискурса, имеющего дело с вымышленными объектами². Если предполагать, что все члены класса, соответствующие субъекту, *непусты*, т.е. рассуждения не

¹ Оглезнев В.В. О вымышленных дискурсах и квантификации: Г.Л.А. Харт и П.Ф. Стросон // Вестник Новосибирского государственного университета. Серия «Философия». 2012. Т. 10, № 4. С. 30.

² См.: Гильберт Д., Аккерман В. Основы теоретической логики. М.: ИЛ, 1947. С. 79.

касаются вымышленных сущностей, то замена суждений форм А, Е, I и О выражениями логики предикатов будет полностью справедлива. Другими словами, при непустых классах все модусы силлогистики Аристотеля выводятся в исчислении предикатов. Иная ситуация возникает при допущении пустых классов. В исчислении предикатов предикаты с пустыми областями для аргументов ведут себя совсем не так, как такие же предикаты с непустыми областями. В этих условиях оказываются не выводимыми те модусы силлогистики, в которых вывод является частным суждением, а обе посылки – общими суждениями¹. От всеобщности приписывания некоторого свойства мы не можем перейти к утверждению существования предметов, этому свойству удовлетворяющих. Однако это возможно при экзистенциальной интерпретации классической логики. Это возможно как раз потому, что в общих суждениях аристотелевской силлогистики уже содержится presupposition существования. Но нам необязательно принимать эту экзистенциальную предпосылку, нам достаточно того, чтобы система была когерентной и не несла никаких онтологических обязательств.

Это позволяет сделать следующие выводы. Во-первых, необходимо отличать употребление высказываний, претендующих на истину, от употребления комплекса таких высказываний, контекстуальная связанность которых является необходимым условием повествования вымышленного дискурса. Именно контекст связывает рассказ, придавая ему структурированность и последовательность. Если высказывание не является ни истинным, ни ложным, что характеризует интересующий нас дискурс, то экзистенциальные предложения, используемые в широком контексте, могут быть истинными или ложными в особом смысле, где вопрос относительно их верификации связан не с существованием членов класса, обозначенных субъектом, но с условиями их употребления. Во-вторых, конвенциональность контекста представляет собой важное онтологическое условие, когда слушающий понимает говорящего и поэтому не задает вопроса вроде «Правда ли, что X существует?» или не скажет «Это неправда, X не существует!». Вымысел не нарушает эту конвенцию, наоборот, вымысел невозможен без нее. Ибо, как мы установили, согласие в употреблении суждений вымышленного дискурса не вызывает вопросов о реальном существовании вымышленных субъектов.

¹ Поспелов Д.А. Моделирование рассуждений. Опыт анализа мыслительных актов. М., 1989. С. 52.

Предметом анализа в таком случае выступает не высказывание само по себе, но контекст его употребления и то, какие действия при этом пытается совершить говорящий; осмысленность высказывания зависит не только от реального значения слов, но скорее от того, какое действие мы готовы совершить при предложенных обстоятельствах. Фиксация контекстуальности и конвенциональности вымышленного дискурса позволяет экстраполировать эти характеристики на правовую сферу, где анализ правовых понятий невозможен без учета условий их употребления.

Здесь уместно поставить вопрос о том, в каком смысле можно рассматривать конституцию в качестве вымышленного дискурса. Действительно, конституция является значимой без того, чтобы выраженные в ней положения соотносились с каким-либо состоянием дел. Но в некотором смысле любая юридическая норма или их совокупность, при условии, что они понимаются как описания некоторого состояния дел, относятся к тому, чего реально может и не быть. Именно в этом заключается легальное понимание общего утверждения. Норма предписывает то, что должно быть, а не то, что есть на самом деле. По сути дела в нормах представлена некоторая идеальная модель, с точки зрения которой оценивается действительность. Регулятивная и предписывающая сила нормы в том и заключается, что ее использование возможно только с учетом идеальной модели. Однако вопрос о характере такой модели достаточно сложен.

Когда мы говорим о вымышленном дискурсе, задающем специфику основного закона, предполагается несколько иное, нежели идеальные модели, экстрагированные из конкретного правоприменения, или идеализированные юридические конструкции, основанные на анализе содержания правовых понятий. На самом деле отношение между моделью и ее описанием здесь переворачивается. Суть подобного переворота заключается в том, что конструирование модели не должно предшествовать ее описанию. Дело обстоит не так, что у нас есть модель должного правоприменения, которая затем фиксируется системой понятий и закрепляется в определенном словоупотреблении. Как раз наоборот. Система понятий закрепляется в определенной структуре словоупотребления, и уже с этой точки зрения должны анализироваться модели, претендующие на то, чтобы быть ее интерпретацией. Когда мы говорим, что основной закон может быть уподоблен вымышленному дискурсу, речь идет лишь о том, что анализ консти-

туционных норм должен ориентироваться не на идеализированные модели, наоборот, сами идеализированные модели должны строиться с точки зрения этого дискурса.

Основной закон можно уподобить аксиоматическим построениям в рамках современной науки в том смысле, который этому построению придается в исследованиях по логике и методологии дедуктивных наук¹. Аксиомы в этом случае рассматриваются как контекстуальные определения тех понятий, с помощью которых они сформулированы. Главное требование к такой системе заключается в том, чтобы она была внутренне непротиворечива, а вопрос о существовании модели для такой системы вторичен и определяется ее применением.

При таком подходе понимание конституции как основного закона, задающего структуру правовой системы, должно в значительной степени измениться. Конституционные нормы, на самом деле, не описывают какого-то реального или желаемого положения дел. По сути, конституционные нормы являются контекстуальными определениями основных понятий, с помощью которых формулируются конкретные нормы правовой системы. То есть сама по себе конституция есть просто когерентный, непротиворечивый дискурс², контекстуально задающий смысл основных терминов правовой системы. Верификация подобного дискурса вторична и предполагает создание модели, порождаемой правоприменением. Причем создание моделей такого рода, а оно предполагает использование наиболее общих юридическим терминов, должно ориентироваться на то, чтобы использование этих терминов было консистентным основному закону, т.е. не противоречило конституции. Нужно сказать, что в этом случае требования *действенности*, *иерархичности* и *реальности* в отношении конституционных норм приобретают новый смысл, поскольку апелляция к основному закону при оценке конституционности той или иной нормы действительно придает ей статус верховного арбитра, поскольку значение приобретает достаточно смутное определение, выносимое конституционным судом, о «соответствии духу конституции».

¹ Тарский А. Введение в логику и методологию дедуктивных наук. М.: Государственное издательство политической культуры, 1956. 279 с.

² Отметим также, что предложенный здесь подход должен, естественно, учитывать и другие требования к аксиоматическим системам, такие как компактность, консервативность, полнота.

5.2. Конституция как аксиоматическая система

(Оглезнев В.В., Суровцев В.А.)

Для любой правовой системы конституционные нормы имеют определяющее значение, и для анализа этих норм нужны особые исследовательские стратегии, которые смогли бы учесть их специфический характер¹. Необходимость поиска релевантной научной методологии насущна уже в силу того, что верховенство и юридическую валидность конституционно-правовых норм каким-то образом нужно обосновать, поскольку эффективность использования общераспространенных юридических методов вызывает сомнения. Конституцию можно уподобить аксиоматическим построениям в рамках современной науки в том смысле, который этому построению придается в исследованиях по логике и методологии дедуктивных наук². Речь здесь идет не о том, что юриспруденция должна в полной мере соответствовать требованиям, предъявляемым к логике или математике. Юриспруденция не является чисто формальной наукой, поскольку оперирует понятиями, содержание которых в значительной степени задается историческими и культурными обстоятельствами. Однако, в отличие от многих других дисциплин, так или иначе связанных с описанием системы сложившихся общественных отношений, юриспруденция стремится основать свои построения на однозначном прояснении содержания своих понятий, что отражается в попытках строгой фиксации системы правоотношений и, тем более, следовании безусловным правилам логики в практике правоприменения. Черты дедуктивной системы присущи юриспруденции ровно в той мере, в которой, основываясь на принципах рационального построения, она стремится представить свои достаточно разнородные части в качестве связной и когерентной системы.

В этом отношении значительную роль может сыграть аналогия между высшей формой дедуктивного построения – аксиоматическими системами – и теми юридическими подходами, которые стремятся представить систему права в виде логически связного дискурса. Вопрос здесь не об аксиоматизации всей системы права, вопрос в том, что некоторые элементы системы права можно уподобить

¹ Гаджиев Г.А. Официальное толкование конституции: сочетание онтологического и эпистемологического подходов // Правоведение. 2012. № 1. С. 130–154.

² См.: Тарский А. Введение в логику и методологию дедуктивных наук. М.: Государственное издательство политической литературы, 1956.

способу построения и трактовки аксиоматических систем¹. Предлагаемая ниже аналогия относится к конституции. Эта аналогия правомерна в той степени, в которой положения конституции трактуются как основные элементы системы права, подобно тому, как в формальных науках аксиомы рассматриваются в качестве основоположений, задающих главные черты формальной системы.

При таком подходе понимание конституции как основного закона, задающего структуру правовой системы, в значительной степени меняется. Конституционные нормы в этом случае рассматриваются в качестве контекстуальных определений основных понятий, с помощью которых формулируются конкретные нормы правовой системы. То есть сама по себе конституция рассматривается в качестве когерентного, непротиворечивого дискурса, контекстуально задающего смысл основных терминов правовой системы. Дело здесь не в том, что конституционные нормы перестают рассматривать именно в качестве норм. Норма остается нормой, с включенным в нее выражением долженствования. Другое дело, что при таком подходе статусу конституционных норм придается дополнительный смысл.

Современные аксиоматические построения в рамках дедуктивных систем отталкиваются от того, что рассмотрение аксиом в качестве положений, принимаемых без доказательств в силу очевидности выраженного в них содержания, недостаточно. Наличие альтернативных систем, например систем классической и неклассической геометрии, связано с различием смысла представленных в них понятий. Классическая и неклассическая геометрии различаются не тем, что они эксплицируют разные представления о пространстве, но тем, что они сформулированы с помощью понятий, имеющих разный смысл. При этом такие понятия для системы фундаментальны, как, например, понятие прямой линии в геометрии, и не могут быть определены через более фундаментальные понятия, поскольку таковых в рамках аксиоматической системы просто нет. Дело обстоит не так, что первичные представления о пространстве отражаются в свойствах пространственных объектов, зафиксированных в аксиомах. Как раз наоборот, аксиомы, контекстуально задавая смысл понятий о пространственных объектах, с помощью которых они сформулированы, определяют свойства нужного нам пространства. В этом смысле классическая и неклассическая геометрии, например, связаны не с различием в интуициях предзаданного пространства. Имен-

¹ Егоров С.Н. Аксиоматические основы теории права. СПб., 2001. С. 166–217.

но сами аксиомы задают характеристики такого пространства, которое мы намереваемся исследовать. Смысл такого построения заключается в том, что выстраивается синтаксически непротиворечивый дискурс, фиксирующий отношения между фундаментальными понятиями и, тем самым, задающий их смысл. В этом отношении понятие прямой в неклассической геометрии будет существенно отличаться от аналогичного понятия в геометрии Евклида, но не потому, что у нас есть разные представления о прямой, а потому, что это понятие включено в рамки иных синтаксических отношений с другими фундаментальными понятиями. Сами аксиомы при этом не отражают сложившегося представления о природе прямых, но в зависимости от по-разному задаваемых синтаксических отношений задают различные смыслы понятия прямой линии. Например, свойства прямой в геометрии искривленного пространства могут значительно отличаться от наших представлений, сформированных евклидовой геометрией. Но это не означает, что заданный нами объект перестает быть прямой линией. Просто соответствующие аксиомы в рамках неклассической системы придают новое содержание данному понятию. И именно тот объект, который отвечает интересующим нас свойствам, тогда и будет в рамках данной системы прямой линией.

Именно в этом заключается смысл аксиоматических построений. Аксиомы являются контекстуальными определениями тех понятий, с помощью которых они построены. Главное требование при этом заключается не в том, что они должны отражать имеющиеся у нас интуиции; они, посредством синтаксических связей с другими основными понятиями, использующимися при формулировке всей аксиоматической системы, задают параметрические характеристики той системы объектов, для описания которой может быть применена заданная аксиоматика. В этом отношении вопрос об интерпретации системы аксиом является вторичным. Сама когерентность (синтаксическая непротиворечивость) такой системы является самостоятельной и свидетельствует о возможности соответствующей интерпретационной модели. Так, евклидова и неклассическая геометрия, представляющие собой особые синтаксически непротиворечивые дискурсы, могут использовать в качестве модели классическую и релятивистскую механику соответственно.

Представляется, что подобного рода трактовка метода аксиоматического построения может быть перенесена на понимание конституционных норм. Действительно, конституция, поскольку она трак-

туется в качестве основного закона, должна задавать параметрические характеристики всей системы права. Но как она это делает? Вот здесь наряду с пониманием конституционных норм в качестве основополагающих в том смысле, что любая более низкая по иерархии норма должны быть в некотором смысле ее дедуктивным следствием, вполне может пригодиться аналогия с методами современных дедуктивных наук. По сути дела, основные понятия правовой системы, пусть и логически, но не исторически, появляются именно в рамках конституции. Определение этих понятий не может выходить за ее рамки, поскольку это означало бы выход за рамки самой правовой системы в сферу того, что к области права в собственном смысле уже не относится. Это само по себе наталкивает на то, что положения конституции при формулировке используют ровно такие понятия, смысл которых должен быть установлен в рамках ее самой. Но это возможно только в том случае, если сами конституционные нормы мы трактуем как систему контекстуальных определений этих основных понятий, которые порождают синтаксически непротиворечивый дискурс их употребления.

Верификация подобного дискурса вторична и предполагает создание модели, порождаемой правоприменением. Причем создание моделей такого рода, а оно предполагает использование наиболее общих юридических терминов, должно ориентироваться на то, чтобы использование этих терминов было консистентным основному закону, т.е. не противоречило конституции.

Рассмотрение конституции в качестве неформальной аксиоматической системы имеет ряд преимуществ перед традиционной юридической интерпретацией. Прежде всего, речь идет об устранении регресса в бесконечность при попытке определить используемые в конституции понятия, так называемые основные правовые понятия, когда для их определения приходилось бы привлекать понятия и техники, выходящие за рамки теории права, в которой они употреблялись¹. Более того, предложенный здесь подход при помощи логико-концептуального анализа позволяет не просто подтвердить особый характер конституционных норм и верховенство основного закона в системе права, но продемонстрировать применимость новых методологических инструментов, заимствованных в философии языка. Избранная исследовательская стратегия покоится на следую-

¹ См., например: *Хабриева Т.Я.* Толкование Конституции РФ: теория и практика. М., 1998.

щих основных утверждениях: 1) аксиомы рассматриваются как контекстуальные определения тех понятий, с помощью которых они сформулированы; 2) главное требование к системе подобного рода заключается в том, чтобы она была внутренне непротиворечива. При этом первый тезис для рассмотрения конституции в качестве неформальной аксиоматической системы является необходимым условием, в то время как второй тезис является достаточным, поскольку предложенный здесь подход, помимо непротиворечивости, естественно, должен учитывать и требования, предъявляемые к формальным аксиоматическим системам, такие как компактность, консервативность, полнота¹.

Построение любой аксиоматической теории проходит через определенные стадии:

1) задается некоторое множество понятий (терминов), называемых первичными или основными;

2) выделяется некоторое подмножество высказываний о первичных понятиях, которые именуются аксиомами;

3) при помощи первичных понятий даются определения всех остальных понятий;

4) на основе аксиом и определений чисто логическим путем выводятся новые утверждения о первичных и определяемых понятиях, которые именуются теоремами данной аксиоматической теории.

Попробуем проинтерпретировать конституцию в контексте этих стадий построения аксиоматической системы, что приведет нас к обоснованию предложенных выше утверждений.

Первичными или основными терминами интересующей нас аксиоматической системы являются правовые термины, т.е. те понятия, при помощи которых сформулированы конституционные нормы. Однако помимо конституционных норм есть нормы и других отраслей права, поэтому представляется необходимым, прежде всего, методологически разграничить эти правовые нормы, обосновав при этом главенствующее положение конституционных норм в правовой системе.

Любая правовая норма отдельной отрасли права вводится в действие признанием ее юридически действенной с точки зрения как более общих норм, так и норм соответствующего (по иерархии) уровня, функционирующих в рамках правовой системы, на основе акта принятия и ввода в действие соответствующего законодатель-

¹ Гильберт Д., Аккерман В. Основы теоретической логики. М., 1947. С. 61–68.

ного органа. При этом санкция, т.е. введение в действие нормы (признание ее реальной), основывается как минимум на двух принципах. Во-первых, вводимая норма, по крайней мере с точки зрения своего лингвистического выражения, должна согласовываться с действующим законодательством. Во-вторых, она должна согласовываться с принятой практикой правоприменения. В этом отношении, можно было бы сказать, что необходимым условием принятия правовой нормы является консистентность ее введения в совокупность действующих норм (т.е. она, как минимум, не должна явно противоречить нормам соответствующего ей уровня и, как максимум, являться логическим следствием более общих норм соответствующей отрасли, и норм, обладающих большей юридической силой), достаточным условием – когерентность с правоприменением (т.е. она должна быть согласована с обычной практикой вынесения решений в условиях отсутствия противоречащих примеров, за исключением норм, устанавливаемых впервые и не имеющих практики правоприменения). При таком подходе юридический анализ оправданности введения нормы права ориентирован на выполнение необходимого условия (где желательно проанализировать лингвистический аспект правовой нормы, т.е. буквальный смысл выражений, с помощью которых она сформулирована, а, в идеале, – суть выраженного в ней содержания), когда рассматривается весь спектр относящихся к данной норме разделов законодательства. Анализ достаточного условия во многом зависит от того, как будет проанализировано необходимое условие, поскольку практика правоприменения, связанная с деятельностью судов и иных правоприменительных органов, уже предполагает, что данная норма должна быть или будет надлежащим образом истолкована в рамках всей системы права.

Подобного рода подход к анализу юридических норм предполагает, во-первых, что система права, в рамках которой принимается данная норма, описывает некоторое положение дел, отраженное в практике правоприменения. Во-вторых, предполагается совокупность юридических норм, с которыми данная правовая норма должна быть согласована. В-третьих, поскольку оправдание нормы рассматривается с точки зрения норм большей юридической силы, предполагается, что существующая система права содержит некоторую иерархию, где нормы большей юридической силы имеют главенствующее значение. При этом очевидно, что принятые нормы, как более общие, так и одного уровня с рассматриваемой, должны

учитываться в качестве реальных, т.е. принятых к исполнению. В данном случае особую важность играет иерархия.

Таким образом, юридический анализ нормы, если она должна рассматриваться в качестве действительной, основан на следующих presuppositions: *действенность, иерархия, реальность*.

Рассмотрение именно конституционных норм позволяет обосновать выдвинутые тезисы. Проблемы юридического анализа ее норм с точки зрения указанных выше presuppositions возникают сразу же. Нет сомнений в том, что, если конституция, специфицирующая различные источники права, является реальной в том смысле, что судебные органы и официальные должностные лица этой правовой системы действительно идентифицируют закон в качестве такового в соответствии с теми критериями, которые она предоставляет, то конституция является признанной и юридически *действенной*. Но как обосновать ее юридическую действительность? Действенность является лишь одним из указанных выше критериев юридического анализа. Конституция может быть, и во многих случаях реально является, действительной (как в случае принятия новых норм, так и в случае оценки юридических казусов). Но на чем основывается ее действительность? Действенность касается лишь правоприменения и не может обосновать статус конституции в качестве основного закона. Ссылка на конституцию, как имеющую прямое действие, уже предполагает ее особый статус, который не может быть выведен из ее применения¹. Стало быть, одна из предпосылок анализа ее норм должна быть пересмотрена. Конституция действительна, но ее *действенность* не может лежать в основании оценки, на которой должен быть основан ее юридический анализ. Скорее, наоборот, из анализа конституции следует выводиться характер ее действительности. Другими словами, конституция является основным законом не потому, что она действительна, но она действительна потому, что является основным законом. Здесь, правда, следует специально отметить один важный момент. Действенность конституции следует отличать от ее юридической действительности. Юридическая действительность – это реализуемость выраженных в конституции норм в практике правоприменения, что, как показывает история, не всегда выполняется. Под действительностью же понимается претензия конституции на юридическую действительность, т.е. претензия на то, почему за ней должны

¹ Юсубов Э.С. Знаки онтологии в Конституции Российской Федерации // Вестник Томского государственного университета. Право. 2013. № 2(8). С. 13–18.

признаваться юридическое значение и юридическая сила. Таким образом, конституция всегда действенна, хотя и не всегда юридически действительна.

Отсюда, кстати, вытекает следующая проблема. Вопрос о *реальности* конституционных норм не менее сложен, чем вопрос о действительности. Общие положения, зафиксированные в конституции, отнюдь не всегда означают то, что они описывают сложившееся или даже желаемое положения дел. В этом отношении вопрос о верификации конституционных норм зачастую даже не ставится, поскольку учитывается зазор между сущим, т.е. тем, что есть, и должным, т.е. тем, что должно быть. История знает множество случаев, когда декларируемые конституцией нормы не соответствуют юридической практике, обусловленной сложившимся политическим режимом. Конституция может трактоваться как реальная в силу процедуры введения ее в действие (например, референдум). Но это не означает, что она является реальной в собственном смысле. «Желаемое положение дел» может выражать желание различных социальных групп и соответствующим образом санкционироваться, но это не означает, что она будет «реальной» на практике.

В данном случае можно говорить о реальности конкретных норм, но реальность конституционных норм всегда можно подвергнуть сомнению. Как бы ни была хороша конституционная норма, всегда возникает вопрос о ее реализации в конкретной действительности, чего не скажешь о нормах, реализуемых в рамках отдельной отрасли права (хоть и с оговорками). Правоприменение нормы отдельной отрасли права зачастую оказывается более эффективным, чем общее положение, декларируемое конституционной нормой.

Вопрос с *иерархией* еще интереснее. Анализ действенности юридической нормы определяется ее согласованностью с другими соответствующими нормами, и если, как указано выше, ее действенность связана с дедуктивным выводением из общих норм, то как, в этом случае, быть с конституционными нормами? Если оправданность нормы права определяется ее согласованностью с другими нормами, что, во всяком случае, предполагает отсутствие противоречия с нормативными установлениями, которые могут быть выведены из более общих норм, то конституция должна быть согласована и с ними. Но разве могут быть более общие нормы? Ведь в таком случае существование какого-либо иного правила, гарантирующего, что конституции следует подчиняться, было бы не просто излишним удвоением

правила. В данном случае удвоение правила уходило бы в дурную бесконечность. Другими словами, оправдание конституционных норм не опирается и не может опираться на какие-то более общие правила, из которых они могут быть выведены. В данном случае под отсутствием «более общих норм» по отношению к конституционным нормам мы имеем в виду отсутствие таковых именно во внутригосударственном праве. Могут ли в качестве «более общих норм» выступать нормы международного права? Есть концепции, отвечающие на этот вопрос положительно. Однако нас здесь интересует исключительно построение и работа модели системы права согласно отмеченным выше принципам, а не вопрос соотношения (или возможность дедукции) норм международного права и норм внутригосударственного права.

Конституционные нормы имеют прямое действие именно в силу того, что они не предполагают какого-то дополнительного оправдания. Они не являются очередной ступенью в иерархии правовых норм. Но ясно, что конституционные нормы должны быть определенным образом сформулированы (изложены, выражены). Также очевидно, что понятия, с помощью которых формулируются эти нормы (например, субъективное право, ответственность, государство и т.д.; не говоря уже о таких понятиях, которые встречаются в любой конституции, как жизнь, свобода, справедливость, ценность и т.д.), должны определяться через какие-то другие понятия, а эти, в свою очередь, через другие и т.д. Поэтому некоторые понятия приходится считать первичными и не давать им никаких определений в тексте самой Конституции. Неопределяемость первичных понятий объясняется попросту тем, что попытка всех их определять в тексте Конституции приводит либо к регрессу в бесконечность, либо к порочному кругу (когда понятие определяется через само себя). В этом случае конституция как раз и выступает своего рода контекстуальным определением тех правовых понятий, с помощью которых она сформулирована, поскольку невозможно установить юридическое значение того или иного понятия вне контекста его употребления в рамках основного закона. Таким образом, очевидно, что в отношении анализа действительности конституционных норм принцип *иерархии* также (как и *действенность* и *реальность*) не работает, поскольку нет никакой более общей нормы, которая могла оправдать их применение. Нужно сказать, что в этом случае требования *действенности*, *иерархичности* и *реальности* в отношении конституцион-

ных норм приобретают новый смысл, поскольку апелляция к основному закону при оценке конституционности той или иной нормы действительно придает ей статус верховного арбитра.

Первичные понятия, которыми можно пользоваться в аксиоматической теории, описываются в аксиомах, которые мы рассматриваем в качестве контекстуальных определений тех понятий, с помощью которых они сформулированы. А поскольку невозможно, как отмечалось выше, определить все первичные понятия так называемым прямым путем, то невозможно доказать все значимые утверждения об этих понятиях. При доказательстве любого утверждения нужно опираться на какие-то предыдущие утверждения и т.д. Поэтому и здесь необходимо выделить некоторые утверждения и объявить их значимыми в данной теории. В качестве таких утверждений, принимаемых без доказательства, и выбираются аксиомы. Например, аксиомой является утверждение «Все равны перед законом и судом» (ч. 1 ст. 19 Конституции РФ), которое будет контекстуальным определением таких неопределяемых понятий, как «равенство», «закон», «суд», причем дальнейшее вхождение этих понятий в другие контексты будет вполне осмысленным. Иными словами, при помощи первичных понятий даются определения всех остальных понятий. Как отмечалось выше, первичные понятия аксиоматической теории не определяются. Вместе с тем все другие понятия, которые предполагается использовать в теории, должны быть строго определены через первичные неопределяемые понятия и через понятия, смысл которых был определен раньше. Так, аксиоматическое утверждение «Основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения» (ч. 2 ст. 17 Конституции РФ) содержит как понятия, смысл которых определен ранее (человек, рождение), так и понятия, определяемые контекстуально при помощи неопределяемых понятий (права, свободы): основными правами и свободами человека называются такие права, которые неотчуждаемы и принадлежат человеку от рождения; или человеком считается каждый, кому принадлежат права и свободы.

Основные проблемы с анализом конституционных норм возникают потому, что они (и в этом заключается их особенность) отнюдь не предполагают существование того, что описывают используемые при их формулировке понятия¹. Под вопрос всегда можно поставить

¹ Чиркин В.Е. К вопросу о точности конституционной терминологии // Журнал российского права. 2011. № 2(170). С. 70–71.

реальность соответствующего положения дел и характер включенных в эти положения классов предметов. Вопрос о *реальности* конституционной нормы здесь оказывается главенствующим. Например, когда мы говорим, что «Россия есть демократическое федеративное правовое государство с республиканской формой правления» (ч. 1 ст. 1 Конституции РФ), нам не надо привлекать факты, подтверждающие или опровергающие это. Нам достаточно учесть то, что в этом суждении уже содержится presupposition существования соответствующего положения дел. Однако нам необязательно принимать эту экзистенциальную предпосылку, достаточно того, чтобы система конституционно-правовых норм была когерентной и при этом не несла никаких онтологических обязательств. Действительно, конституционная норма может выражать утверждение, не соответствующее положению дел, но предполагаемое по умолчанию. Следовательно, интерпретация конституции в качестве аксиоматической когерентной системы допускает рассуждения и на пустых областях, т.е. зафиксированные в ней нормы могут никак не соотноситься с существующим положением дел, а используемые при их формулировке понятия не соотноситься ни с каким классом предметов. Общие суждения (а в рамках конституционных норм выражаются только наиболее общие суждения), будучи принятыми и *действительными*, в указанном выше смысле, отнюдь не влекут того, что *реально* существуют правовое государство, демократия и проч., т.е. ни одно из них не влечет онтологических обязательств. Другими словами, если нечто утверждается в общем суждении (в данном случае в конституционной норме), то это отнюдь не означает, что так и есть на самом деле. Вопрос о *реальности* конституционных норм, таким образом, должен осуществляться совершенно иными методами, нежели аналогичный вопрос о конкретной правовой норме, поскольку последняя предполагает наличие конкретных юридических действий, тогда как первая – нет. Подобный подход требует совершенно особых решений, которые могут далеко отстоять от принятых юридических методов. В этом случае теория конституционного права должна трактоваться относительно конституции, подобно метаматематике Д. Гильберта, которая рассматривает свойства формальных систем¹.

Как мы установили выше, основное требование к аксиоматической системе (как формальной, так и неформальной) заключается в том, чтобы она была внутренне непротиворечива. Допущение

¹ Гильберт Д. Основания геометрии. М.: Л., 1948.

о когерентности подобного рода системы позволяет не просто избавиться от онтологических обязательств в отношении конкретного положения дел, но, оставаясь в рамках системы, приходиться к определенным выводам средствами данной системы. Аксиоматическая система S называется непротиворечивой, если для любого утверждения A , сформулированного в терминах этой системы, либо само утверждение A , либо его отрицание $\neg A$ недоказуемо в этой системе S . Если для некоторого утверждения A системы S оба утверждения A и $\neg A$ доказуемы в S , то аксиоматическая система называется *противоречивой*.

Таким образом, проблема установления непротиворечивости аксиоматической системы приобретает первостепенную важность. Для неформальных аксиоматических систем вопрос этот во многих случаях удастся решить с помощью понятия модели, что убедительно продемонстрировал Д. Гильберт. В самом деле, если система противоречива, то каждая ее модель содержит противоречие, потому что пара противоречащих друг другу теорем системы (A и $\neg A$) переводятся в два противоречащих друг другу высказывания о модели. Значит, система непротиворечива, если для нее удастся указать модель, свободную от противоречий. Помимо непротиворечивости важным свойством аксиоматической системы является полнота. Аксиоматическая система называется *полной*, если для любого утверждения A , сформулированного в терминах этой системы, по крайней мере, одно из утверждений A или $\neg A$ доказуемо в этой системе. Другими словами, аксиоматическая система S является полной, если средств системы S достаточно для того, чтобы доказать или опровергнуть любое утверждение, сформулированное в терминах данной системы. Требование полноты не является безусловным, поскольку, как доказал К. Гедель, неполными являются уже системы, на языке которых может быть формализована арифметика¹.

Уподобление конституции аксиоматической системе и трактовка ее как когерентной, непротиворечивой с возможностью неконсервативного расширения позволяет уточнить, что именно с формальной точки зрения требуется, чтобы она была действенной.

¹ Хинтиikka Я. О Геделе // Гедель К. Статьи. М., 2014. С. 43–68.

ПРИЛОЖЕНИЯ

Боденхаймер Э.

Современная аналитическая юриспруденция и границы ее полезности¹

В 1953 г. профессор Герберт Харт, нынешний глава Королевской кафедры юриспруденции Оксфордского университета, произнес свою инаугурационную речь под названием «Определение и теория в юриспруденции»². В этом тексте профессор Харт поставил целью пересмотр некоторых вопросов, всегда представляющих первоочередный интерес для тех правоведов, которых обычно классифицировали как «аналитических правоведов». Эти вопросы, используя собственное выражение Харта, можно охарактеризовать как «требования определений», типичными примерами которых являются следующие: «Что такое право?», «Что такое государство?», «Что такое субъективное право?», «Что такое владение?», «Что такое юридическое лицо?»³.

Профессор Харт в своей речи придерживается той точки зрения, что способ определения этих терминов, характерный для аналитической юриспруденции прошлого, должен рассматриваться теперь как неадекватный и что его следует вытеснить «новым взглядом», методом, способным привести к более удовлетворительным результатам. Профессор Харт убежден: для того чтобы довести эту переориентацию до конца, совершенно не нужно вступать в «зловещие джунгли философского обсуждения». Он также выражает сомнение относительно того, что для следования этой цели существенным должно быть отделение юриспруденции от «исследования права в действии». Для оправдания возникновения новых соперничающих друг с другом школ в юриспруденции он не может найти никакой лучшей цели, кроме ответа на несколько «невинных» вопросов, с которыми, по его мнению, можно легко справиться с помощью развитой правовой системы, не принимая во внимание этого «наваждения теории»⁴. К тому же он не рекомендует

¹ Перевод с англ. В.В. Оглезнева и В.А. Суровцева. Перевод выполнен по изданию: *Bodenheimer E. Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness* // *University of Pennsylvania Law Review*. 1956. Vol. 104, N 8. P. 1080–1086.

² *Hart H.L. A. Definition and Theory in Jurisprudence* // *Law Quarterly Review*. 1954. Vol. 70. P. 37.

³ *Hart H.L.A. Op. cit.* P. 37, 39.

⁴ *Hart H.L.A. Op. cit.* P. 39.

выходить за рамки чисто юридической аргументации, по-видимому, уверившись в том, что право – это самодостаточная наука, не нуждающаяся для своего надлежащего функционирования в содействии со стороны других социальных дисциплин¹.

Главный недостаток традиционного аналитического подхода профессор Харт видит в попытке представить определения основных правовых понятий (вроде словарных) в отрыве от особого контекста, в котором используются определяемые слова. Затруднения с правовыми определениями, согласно его диагнозу, заключаются в том, что они не имеют прямой связи с аналогами в мире реальности, которая есть у большинства не относящихся к праву, обычных слов. Фактуальные отношения и события, которые, как он отмечает, описывают эти термины, никогда не являются точным эквивалентом выражений права; говоря метафорически, правовые понятия имеют тенденцию витать в облаках².

Альтернатива, предлагаемая профессором Хартом, – это такой способ анализа, когда выражения, относящиеся к праву, проясняются «рассмотрением условий, при которых высказывания, где они используются характерным для них образом, являются истинными»³. В отличие от предположения Бентама, он говорит, что простой *парафраз* терминов права вместо их определения идет недостаточно далеко⁴. В качестве примера предлагается прояснение понятия «субъективное право». В «*Restatement of the Law of Property*», где дано характерное представление традиционного подхода, критикуемого профессором Хартом, используется следующее краткое определение: «Субъективное право... это юридически осуществимое требование одного человека к другому, что этот другой должен совершить соответствующее действие или воздержаться от него»⁵. Профессор Харт использовал бы более подробное описание этого термина: «(1) Высказывание формы “X имеет субъективное право” истинно, если выполняются следующие условия: (а) в наличии имеется правовая система; (b) в соответствии с нормой или нормами этой системы некое иное лицо Y в случившихся обстоятельствах обязано совершить некоторое действие или воздержаться от него; (с) эта обязанность ставится правом в зависимость от выбо-

¹ Hart H.L.A. Op. cit. P. 37. □ «Правовые понятия... могут быть прояснены с помощью методов, должным образом приспособленных к их особой природе» (Hart H.L.A. Op. cit. P. 57).

² Hart H.L.A. Op. cit. P. 38, 40.

³ Hart H.L.A. Op. cit. P. 60.

⁴ Hart H.L.A. Op. cit. P. 41, 48.

⁵ *Restatement of the Law of Property* // American Law Institute Publishers, 1936. § 1.

ра *X* или какого-то иного лица, уполномоченного действовать от его имени, и при этом *Y* обязан совершить некоторое действие или воздержаться от него, только если в этом состоит выбор *X* (или какого-то указанного лица) или, наоборот, пока *X* (или указанное лицо) не выберет обратное; (2) высказывание формы “*X* имеет субъективное право” употребляется для того, чтобы получить юридическое заключение в конкретном случае, который подпадает под такие нормы»¹.

Судя по этому примеру, новизной подхода профессора Харта является призыв к тому, чтобы заменить *определения* (более подробными) *объяснениями*, т.е. описать термины права тремя или четырьмя предложениями, а не одной краткой фразой. К вопросу о том, есть ли у профессора Харта, несмотря на пример, который я только что процитировал, нечто, на самом деле более существенное и оригинальное, нежели требование заменить «Вебстеровский словарь определений терминов права» «Колумбийской энциклопедией юридических терминов», я предлагаю вернуться позже.

Я полностью разделяю позицию профессора Харта, когда он ругает недостатки того, что можно назвать «юриспруденцией определений». Опасность этого типа юриспруденции осознавалась юристами уже в римские времена, в том числе Яволеном, который был автором часто цитируемого выражения «*Omnis definitio in jure ciuili periculosa est*»². Ведущие юристы классического периода римского права по большей части учли это предупреждение и с осторожностью относились к чрезмерному доверию догматически определяемым терминам³. Изъяны противоположной установки в полной мере высветились в тот период, когда в Германии в судебном мышлении доминировали юриспруденция понятий и крайне логизированная схоластика, которые породили множество решений, не отвечавших социальным потребностям и справедливости⁴. Примерами сходного непродуктивного подхода являются в высшей степени технические понятия и правила ныне ушедшей в прошлое англо-американской системы апелляции по иску в рамках общего права, с которыми суды часто обходились как с математическими пропозициями без учета их практических следствий.

¹ Hart H.L.A. Op. cit. P. 49.

² Дигесты 50.17.202 (лат. «В гражданском праве всякое определение чревато опасностью»).

³ Ср.: Schulz F. Principles of Roman Law. Oxford, 1936. P. 43–48.

⁴ Bodenheimer E. Jurisprudence. New York, 1940. P. 178; Rümelin M. Developments in Legal Theory and Teaching During My Lifetime // The Jurisprudence of Interests. Cambridge, Mass., 1948. P. 7–10.

Однако я утверждаю, что применение метода усложнения при прояснении правовых понятий, которому профессор Харт отдает предпочтение, не приведет к значительному улучшению нашей правовой методологии. Вернемся к его описанию термина «субъективное право». Формулировка профессора Харта очень похожа на формулировку Уэсли Хофельда¹, чья классификация правовых понятий никогда не принималась судами.² Кажется, описание профессором Хартом понятия «субъективное право» едва ли способно охватить все примеры, в которых утверждение вроде «А имеет субъективное право» могло бы считаться юридически значимым³. Весьма правдоподобно, что соответствующее краткое описание других фундаментальных выражений (например, «государство», «владение», «юридическое лицо») пострадало бы от сходного недостатка адекватности между корректным изображением многообразия и зачастую непоследовательным употреблением этих терминов в различных правовых контекстах, в которых они участвуют.

Этим ни в коей мере не отрицается, что прояснение роли правовых понятий и функции классификации в праве является надлежащим предметом юридического исследования. Изучение права не может

¹ См., напр.: *Hohfeld W.N. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* // *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. Essays by Wesley Newcomb Hohfeld*. New Haven, 1923. P. 35–64.

² Зачастую термин «субъективное право» используется там, где он не обозначает осуществимое требование, сопровождаемое соответствующей обязанностью другого человека, например, когда в судебном решении говорится о «праве причинения смерти при необходимой обороне» (см. решение по делу: *State v. Cox*, 138 Me. 151, 166, 23 A. 2d 634, 642 (1941)), или о «праве на получение помощи» (*Weller v. Chicago N. W. R. R.*, 244 Iowa 149, 55 N. W. 2d 720 (1952)), или о «праве наследования имущества» (*Fulcher v. Carter*, 212 S. W. 2d 503 (Tex. Civ. App. 1948)). В некоторых судебных решениях встречается утверждение, согласно которому термин «субъективное право» включает в себя и правоспособность, и привилегию, и неприкосновенность, что явно противоречит терминологии Хофельда (*Pinkham v. Mercer*, 227 N. C. 72, 78, 40 S. E. 2d 690, 695 (1946), *Hampton v. North Carolina Pulp Co.*, 223 N. C. 535, 546, 27 S. E. 2d 538, 545 (1943)). С другими терминами Хофельда дела обстоят не лучше. О противоположной Хофельду интерпретации термина «привилегия» см. решения по делам: *United States v. Murray*, 48 F. Supp. 920 (E. D. Ark. 1943); *Owens v. Owens*, 193 S. C. 260, 8 S. E. 2d 339 (1940). □ Также о систематическом употреблении термина «ответственность» в ином смысле, нежели предлагал Хофельд, см. решения по делам: *Union Oil Co. v. Basalt Rock Co.*, 30 Cal. App. 2d 317, 319, 86 P. 2d 139, 141 (1939); *Thomas v. Industrial Comm'n*, 243 Wis. 231, 238–39, 10 N. W. 2d 206, 209 (1943). — Кроме того, см.: *Pound R. Legal Rights* // *International Journal of Ethics*. 1916. Vol. 26. P. 92, 97.

³ Харт признает, что в нашей правовой системе термин «субъективное право» используется самыми разнообразными способами. В таком случае возникает вопрос об иной практической пользе от его описания этого термина, кроме как для терминологического реформирования.

обойтись без концептуальных средств¹. Правовые понятия и обобщения представляют собой приближения к образцам и единообразиям, существующим в природе и общественной жизни, и являются непреложными инструментами правовой стабильности и справедливости. Они содействуют нам при формулировке внешних стандартов, в отсутствие которых разумный человек отказался бы оспаривать их в судебном порядке. Однако в самой природе понятия укоренено то, что оно фиксировано и определено только в своей сердцевине или ядре и что оно становится смутным и нечетким, когда мы двигаемся от центра к периферии². Это предоставляет судье повод, чтобы расширить или уменьшить «ореол» вокруг твердой части в ответ на социальную потребность или требования справедливости. Именно в этой внешней области полутеней право неизбежно пересекается с этикой, экономикой, социальной политикой и другими факторами, которые радикальные позитивисты рассматривают как «ненужные». По этой причине чисто правовое «прояснение» (или «объяснение») понятий, не сопровождающееся исчерпывающим рассмотрением социальных факторов, которые могут оправдать расширение, сужение или переформулировку понятий, не может рассматриваться как значительный шаг вперед по сравнению с простым определением.

Несмотря на то, что подход профессора Харта к правовым понятиям не охватывает таких «выходящих за пределы права» рассматриваний, – которые он, вероятно, отклонил бы, – внимательное прочтение его статьи оставляет впечатление, что он хорошо осознает тот факт, что «Энциклопедия правовых терминов» не способна удовлетворительно избавить нас от проблем, которые не решает «Вебстеровский словарь». В одном месте своей речи он восхваляет, например, составителей «Дигест» Юстиниана за уклонение от «бесплодного» вопроса «Что такое владение?»³. В другом месте он указывает, что «если мы адекватно характеризуем отличительный способ, которым выражения, обозначающие юридических лиц, употребляются в правовой системе, тогда нет никакого остаточного

¹ *Rheinstein M.* Education for Legal Craftsmanship // *Iowa Law Review.* 1945. Vol. 30. P. 408, 414.

² *Cohen M. R.* A Preface to Logic. New York, 1944. P. 67; *Nussbaum A.* Principles of Private International Law. Oxford, 1943. P. 188; *Williams G.* Language and the Law // *Law Quarterly Review.* 1945. Vol. 61. P. 191; *Wurzel K. G.* Methods of Juridical Thinking // *Science of Legal Method.* Boston, 1917. P. 286, 342. О подходе Вурцеля см.: *Frank J.* Law and the Modern Mind. New York, 1930. P. 229–231; *Frank J.* «Short of Sickness and Death»: A Study of Moral Responsibility in Legal Criticism // *New York University Law Review.* 1951. Vol. 26. P. 545, 592–595.

³ *Hart H.L.A.* Op. cit. P. 59.

вопроса формы “Что такое юридическое лицо?”»¹. Он предлагает отложить этот вопрос и вместо него задать вопрос, более проясняющий существо дела: «При каких типах условий право приписывает ответственность юридическим лицам?»².

Быть может, профессор Харт намекает на то, что следует отказаться от целостного исследования значения общих юридических терминов? Считает ли он, что для того, чтобы выяснить условия, при которых правовое понятие становится значимым, должны быть определены все нормативные ситуации, включающие использование данного понятия? По-видимому, едва ли возможно определить случаи, при которых юридические лица подлежат ответственности, без детального изучения отрасли позитивного права, касающейся юридических лиц.

То, что профессор Харт с помощью своего объяснительного и описательного подхода к правовым понятиям обрисовал в изложении больших разделов позитивного права, представлено примером в его обсуждении понятия договора. В другой статье³ он утверждает, что «таким правовым понятиям, как “причинение вреда” или “договор”, обычно невозможно дать определение, устанавливая необходимые и достаточные условия их применения. Ибо любое множество условий может быть адекватным в одних, но не быть в других случаях, а сами эти понятия могут быть объяснены только в перспективе перечня исключений или отрицательных примеров, показывающих, где данное понятие не может быть применено или может быть применено в ослабленной форме». Затем он предлагает внушительный перечень возможных возражений, которые могли бы отменить договор, таких как намеренное введение в заблуждение, принуждение, злоупотребление влиянием, невменяемость, опьянение, противозаконность и истечение сроков давности, и заключает, что «без указания на эти чрезвычайно разнородные возражения никакой адекватной характеристики договора как правового понятия дать нельзя»⁴. Из-за «сложного характера» понятий⁵ он, по-видимому, не видит другого пути, нежели подробное обсуждение позитивных норм права.

¹ Hart H.L.A. Op. cit. P. 55.

² Hart H.L.A. Op. cit. P. 56.

³ Hart H. L. A. The Ascription of Responsibility and Rights / Essays on Logic and Language. 1951. Vol. 7. P. 145–166. См. русский перевод: Харт Г. Л. А. Приписывание ответственности и прав // Правоведение. 2010. № 5. С. 116–135. (Здесь и далее цит. по русскоязычному изданию. – Прим. пер.).

⁴ Харт Г.Л.А. Указ. соч. С. 122. — Схожие комментарии об «отменяемом характере понятий» представлены и в отношении преступлений (Там же. С. 124).

⁵ Харт Г.Л.А. Указ. соч. С. 126.

Критике профессором Хартом юриспруденции, основанной на определениях, внутренне присуще допущение, что она породила абстракции, неспособные встретить проблему семантической двусмысленности. Мы должны принять следствие, что эта позиция серьезно уменьшает полезность аналитической юриспруденции в качестве особой правовой дисциплины. Джон Остин, самый известный английский сторонник этого ответвления в юриспруденции, рассматривал аналитическую юриспруденцию как науку, преследующую цель описания и анализа общих понятий, принципов и классификаций, совокупных для развитых правовых систем¹. Он подчеркивал, что подобное описание было бы невозможно, если бы четко не были определены значения таких основных понятий, как субъективное право, обязательство, вред, санкция, лицо, вещь, действие, воздержание от действия². В свете тезиса профессора Харта, что общий анализ принятого словаря права не удовлетворителен для научной трактовки права, есть масса веских причин считать его инаугурационную речь своего рода лебединой песней аналитической юриспруденции. Если значение общих правовых понятий может быть прояснено только рассмотрением позитивных примеров, в которых суды приписывают правовое значение понятиям, то аналитическая юриспруденция фактически сливается, или почти сливается, с позитивным правом. Тем не менее все еще может оставаться потребность в искусстве объяснения твердого ядра специальных юридических терминов как отправной точки для понимания их функционального значения в рамках нормативной системы. Но трудно понять, почему отдельная отрасль права и специальный курс по юриспруденции в учебном плане университета должны быть посвящены задаче, к которой надлежащим образом можно обращаться в рамках специальных юридических дисциплин.

С этим связан последний вопрос. Если согласиться с Хартом, что нужно отказаться от той версии аналитической юриспруденции, которая исторически сложилась и преподавалась, то можно ли тогда преобразовать исследование, относящееся к области юриспруденции, в некую практику, иную, нежели анализ и классификация общих понятий? Профессор Харт не побуждает нас к

¹ *Austin J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. 5th ed. / revised and ed. by R. Campbell. London, 1885. P. 1072–1073.*

² *Austin J. Op. cit. P. 1075.*

возможности продуктивного исполнения. Он, не сожалея о фактах, говорит нам, что английская юриспруденция будет по преимуществу оставаться, по крайней мере в университетах, аналитической по характеру и что социологическая юриспруденция не составит серьезной конкуренции. Он продолжал бы делать «анализ фундаментальных юридических понятий и различий» главным предметом юридического исследования и обучения¹.

Следовать за профессором Хартом по этой бесплодной земле невозможно. Есть много заслуживающих внимания задач, иных, нежели формальный анализ, которые юриспруденция призвана решать во благо права. Существует вечная проблема справедливости. Есть увлекательное исследование источников права, которые выходят за рамки позитивных (например, мораль, обычай, общественные отношения, экономические стандарты) и которые можно оправданно рассматривать в рамках принятия судебного решения. Вклад других социальных дисциплин в теорию права тесно связан с таким исследованием. Как в недавней статье указывает Хантингдон Кэрнс, «правовые феномены столь неохотно уступают рациональному анализу, что любая попытка их интерпретировать нуждается в содействии со стороны всех относящихся к делу дисциплин»². В перспективе вырисовываются важные исследования, касающиеся соответствующей роли логики и стратегии в судебном процессе. Мы должны прийти к столкновениям с трудным вопросом, выдвинутым на первый план противоположными взглядами Остина и Эрлиха, относительно того, кто является подлинным автором права – правительство или общество, и мы должны рассмотреть фактические и нормативные последствия широко распространенного несоответствия между установленным государством правом и восприятием сообществом добросовестного ведения дел и справедливости. Существует широчайшая и спорная область оценки прецедентов и средств толкования. На самом деле, круг значимых и захватывающих ученого-правоведа вопросов настолько велик, что, возможно, его будет мешать мысль, что он может не тратить время на отдельные вопросы, которым многие мыслители в сфере права уделили свое исключительное внимание.

¹ *Hart H.L.A. Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945–1952) // The American Journal of Comparative Law. 1953. Vol. 2. P. 355, 363–364.*

² *Cairns H. Legal Theory // Rutgers Law Review. 1954. Vol. 9. P. 388, 389.*

Харт Г.Л.А.

**Аналитическая юриспруденция в середине XX столетия:
ответ профессору Боденхаймеру¹**

Профессор Боденхаймер раскритиковал² мою инаугурационную речь «Определение и теория в юриспруденции». Критика была краткой, но все же достаточно длинной для того, чтобы вывести меня из состояния догматического бездействия, а догматическое бездействие, и это нужно хорошо запомнить, может преодолеть только тот, кто верит, что он говорит нечто новое, причем новое должно быть не менее убедительным, чем то, что говорят и думают те, кто добросовестно следует по проторенным тропам. Однако мой пересказ своих собственных взглядов в любом случае должен был бы быть неуместным (или, возможно, лишь не адаптированным для Соединенных Штатов), поскольку есть столь интеллектуальный критик, как профессор Боденхаймер, впечатление которого заключается в том, что я на самом деле являюсь своего рода академическим *saboteur* и под видом придания важности более новым методам аналитических исследований фактически пытаюсь продемонстрировать тщетность аналитической юриспруденции. То, как профессор Боденхаймер изображает мою деятельность, оригинально и привлекательно, хотя едва ли лестно. Однако я спешу уверить и его, и моих читателей в том, что трезвая истина совершенно в ином. Если придерживаться соответствующих методов, я действительно рассматриваю аналитическую юриспруденцию в качестве важного предмета, способного внести значительный вклад в достижение по крайней мере одной цели, которая, как я считаю, у нас с профессором Боденхаймером должна быть общей, а именно расширение нашего понимания сущности права как средства социального управления.

Я надеюсь сделать эту статью чем-то бóльшим, нежели просто ответом на отдельные вопросы, поднятые профессором Боденхаймером, и в общих чертах показать читателю, почему я считаю аналитическое исследование более предпочтительным и каким образом современные достижения в философии обеспечивают его средствами, приводящими к новому плодотворному начинанию. Ниже я попы-

¹ Перевод с англ. В.В. Оглезнева и В.А. Суровцева. Перевод выполнен по изданию: Hart H.L.A. *Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: a Reply to Professor Bodenheimer* // *University of Pennsylvania Law Review*. 1956–1957. Vol. 105. P. 953–975.

² *Bodenheimer E. Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness* // *University of Pennsylvania Law Review*. 1956. Vol. 104. P. 1080–1086.

таюсь сформулировать, как аналитическая юриспруденция, если ей следовать должным образом, может поспособствовать нашему пониманию права, и в чем, как я понимаю, заключается ее функция в юридическом образовании. В сноску¹ я вынесу две темы, учитывая их важность и, в частности, потому, что не хочу докучать читателю детальным обсуждением тех моментов, где профессор Боденхаймер, возможно невольно, процитировал меня неверно, изложил неправильно или неадекватно понял то, что я сказал или подразумевал. Однако здесь я должен обратить внимание на тот факт, что большинство неверных цитирований и неправильных выводов профессора Боденхаймера из того, что я сказал, видимо, вытекают из единственной, но распространенной и имеющей большое значение ошибки. На самом деле эта ошибка осознается современными философами как источник смещения во многих различных областях. Состоит она

¹ Версия профессора Боденхаймера того, что я написал в статье «Definition and Theory of Jurisprudence» (Law Quarterly Review. 1954. Vol. 70), по сравнению с оригиналом следующая (см. русский перевод: Харт Г.Л.А. Определение и теория в юриспруденции // Правоведение. 2008. № 5. С. 6–32. (Здесь и далее цит. по англоязычному изданию; курсив авторов. – Прим. пер.):

Боденхаймер Харт

(а) «Для оправдания возникновения новых, соперничающих друг с другом школ в юриспруденции, он [Харт] не может найти никакой лучшей цели, кроме ответа на *несколько 'невинных' вопросов, с которыми*, по его мнению, легко обойтись с помощью развитой правовой системы, не принимая во внимание этого 'наваждения теории'» (Bodenheimer E. Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness // University of Pennsylvania Law Review. 1956. Vol. 104. P. 1081). (а) «В подходе к определению есть нечто ошибочное; неужели *мы* действительно не можем прояснить значение *слов*, с которыми успешно справляется развитая правовая система, и, сходным образом, не прибегая к этому наваждению теории» (Hart H. L. A. Definition and Theory of Jurisprudence // Law Quarterly Review. 1954. Vol. 70. P. 39).

(b) «Трудности с юридическими *определениями*, согласно его [Харта] диагнозу, состоят в том, что *они* не имеют прямой связи с аналогами в реальном мире, которая есть у большинства неюридических, обычных слов. Фактуальные отношения и события, которые, как он отмечает, описывают *эти термины*, никогда не являются строгим эквивалентом используемых в юриспруденции слов» (Ibid. P. 1081). (b) «Попытки определить такие *слова*, как 'юридическое лицо', 'субъективное право', 'обязанность', раскрывают, что *они* не имеют непосредственной связи с аналогами в мире фактов, которая есть у большинства обычных слов... *Выражения, которые мы предлагаем в нашем определении...* никогда не являются строгим эквивалентом этих слов, употребляемых в юриспруденции» (Ibid. P. 38).

(с) «Выражаясь метафорически, *юридические понятия* имеют тенденцию витать в облаках» (Ibid. P. 1081). (с) «Хотя эти *теории* возникают из попытки дать определения понятий, действительно вовлеченных в практику правовой системы, *они* редко проливают свет на то, какую точно работу они выполняют. Юристу кажется, что *они* не имеют отношения к делу или, как минимум, витают в облаках; следовательно, очень часто случается так, что употребление *таких* терминов в правовой системе среди соперничающих теорий нейтрально, поскольку такое употребление 'может быть согласовано с любой теорией, и преимуществу не будет иметь ни одна из них'» (Ibid. P. 40).

в следующем: профессор Боденхаймер не может различить или считает неважным различие между *правом* и *юридическими понятиями*, с одной стороны, и *теориями* права или о праве и *определениями* юридических понятий – с другой. Поэтому, трактуя наблюдения, которые я фактически проводил над правовыми *теориями* и над характером *определений* юридических понятий таким образом, как если бы они были наблюдениями над *правом* и самими *юридическими понятиями*, он представляет дело так, будто я *глупее*, чем, как надеюсь, я есть. Так, возьмем лишь один пример. Когда я говорю о юридических понятиях, как и когда я веду речь о юридическом лице, он цитирует меня так, что *они* «имеют тенденцию витать в облаках», тогда как я фактически говорил, что *теории*, касающиеся природы юридических сущностей, «кажутся юристу не имеющими отношения к делу или, как минимум, витающими в облаках» как раз потому, что реальное употребление в правовой системе таких юридических понятий «может быть согласовано с любой теорией, и преимущества не будет иметь ни одна из них».

Ничто, кроме этой путаницы между *теориями* права, с одной стороны, и *правом* – с другой, и между *определениями* или *анализом* юридических понятий, с одной стороны, и самими этими *понятиями* – с другой, не могло бы привести профессора Боденхаймера к тому, чтобы сказать, что я не защищаю «ничего такого, что превосходит границы чисто юридической аргументации»¹, и приписать мне вполне фантастическую точку зрения, что «право – это самодостаточная наука, не нуждающаяся для своего надлежащего *функционирования* в содействии со стороны других социальных дисциплин»². Действительно, уже в статье «Определение и теория в юриспруденции»³ я говорил, что польза, усвоенная из теорий *американских реалистов*, заключается в том, сколь незначительную роль в судебном процессе играет вывод из заранее определенных предпосылок, хотя и протестовал против того, чтобы этот ценный урок был смазан, будучи представлен как вопрос об *определении* объективного права или субъективных прав. Вероятно, мне едва ли нужно настаивать на том, что даже в Англии, и даже в Оксфорде, мы согласны с той точкой зрения, что *право* «в своем надлежащем

¹ Bodenheim E. Op. cit. P. 1080.

² Bodenheim E. Op. cit. (Курсив Харта. – Прим. пер.).

³ «Поэтому и теории *американских реалистов* должны сообщить нам много ценного о судебном процессе и о том, сколь незначительную роль в нем играет вывод из заранее определенных предпосылок» (Hart H.L.A. Op. cit. P. 40).

функционировании» (которое, как я полагаю, подразумевает, что если решения вынесены судами, то они приемлемы и разумны), должно обращаться к дисциплинам, отличным от него самого¹. Но поскольку профессор Боденхаймер понял меня неправильно, мне хочется здесь еще раз подчеркнуть, что я, разумеется, придерживаюсь этой точки зрения. Однако я совмещаю ее с тем взглядом, что время, которое студент может позволить себе потратить на юриспруденцию, наверно, лучше было бы посвятить тщательному и внимательному анализу фундаментальных юридических понятий, а также понятий, расположенных на границе правовой системы, а не усваивать то, что он может усвоить из других социальных дисциплин. Конечно, эта моя позиция может быть неправильной, но в том, чтобы придерживаться обеих этих точек зрения, нет ничего *непоследовательного*. Понимание профессора Боденхаймера крайне скудно, если он считает, что я придерживаюсь старомодного «концептуалистского» или «механистического» взгляда на «право и его надлежащее функционирование», который он мне приписывает на том основании, что я нахожу анализ юридических понятий чрезвычайно важным и намного более важным образовательным средством, нежели социология права.

Однако ошибка профессора Боденхаймера в этом вопросе действительно высвечивает нечто важное. На самом деле профессора Боденхаймера в некоторой степени можно извинить (хотя и не оправдать) за отождествление аналитической юриспруденции с абсурдной точкой зрения, что право в его надлежащем функционировании не нуждается в обращении к другим дисциплинам и что «правильные» юридические решения можно просто логически вывести исключительно из правовых предпосылок; ибо в этом фактически заключается неправильное понимание аналитической юриспруденции, которое долгое время было общим местом в континентальной Европе². Оно покоится на допущении того, что аналитическая юриспруденция *могла бы* занять это место, если только судебные решения были бы строго выводимы исключительно из правовых предпосылок и если бы возможность формально-логического рассуждения из заданных предпосылок исчерпывала все то, в чем нуждаются суды при поиске фактов. Следствием из этого ошибочного предположения тогда являлось бы доказательство того, что любой, кто считает важной ана-

¹ См. ниже.

² См., напр.: «Аналитическая юриспруденция стремится достигнуть достоверности, полагаясь на предположительно замкнутую логическую систему» (*Friedmann W. Legal Theory. London, 1947. P. 209*).

литическую юриспруденцию, должен принять этот иллюзорный взгляд на судебный процесс. Однако в реальности ни классические аналитики, такие как Остин, ни современные аналитики никогда не придерживались этого абсурдного взгляда на функционирование права. Остин, которого можно расценить как основного сторонника подхода, согласно которому самобытный предмет аналитической юриспруденции (отличный от социологического и других типов исследований, касающихся права) достоин исследования, сам четко осознавал, что судьи *создают* право, хотя часто они и претендуют на его поиск, и он даже был готов сказать, что иногда они создают право много лучше, нежели законодательные органы¹. Следовательно, он явно признавал и факт, который делает абсурдным предположение, что суды имеют дело исключительно с формальным логическим рассуждением. Кроме того, он признавал и другой факт, который делает этот «механистический» взгляд на судебные полномочия ложным, а именно: юридические понятия смутны и (что совершенно иное) двусмысленны. Остин, как бы там ни было, придавал величайшее значение, если мы хотим понять право, следованию тщательному анализу таких слов, как «обязательство», «обязанность» или «субъективное право», даже если мы должны допустить многообразие значений и случаев, где эти понятия смутны до такой степени, что у нас нет, как он говорит, используя замечательную фразу, ничего, кроме «ненадежных критериев», и не важно, охватывают они данную фактическую ситуацию или нет². Вероятно, едва ли необходимо напоминать читателю, что современные аналитики, такие как Хофельд, также подчеркивали двусмысленность таких понятий, как понятие субъективного права.

На самом деле ясно, что одним из результатов собственно аналитической юриспруденции во все возрастающей степени была и остается демонстрация «открытой текстуры» или смутности периферии понятий, используемых в повседневной жизни права и там, где правовые

¹ Austin J. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge, 1954. P. 191.

² «Положительная черта суверенитета и независимого политического общества заключается, следовательно, в ненадежных критериях... Понятие независимого политического общества, таким образом, смутно и неопределенно... Право в так называемом строгом смысле не свободно от подобных недостатков. Что, например, может быть более неопределенно, чем выражения 'разумное время', 'разумное предупреждение', 'разумная осторожность'; чем демаркационная линия, разделяющая клевету и обоснованную критику; чем то, что определяет нарушение авторского права; чем то, что позволяет различить степени психического расстройства, например слабоумие и сумасшествие?» (Austin J. *The Province of Jurisprudence Determined*. P. 204–205, 207).

нормы, включающие такие понятия, не способны предопределить единственность решения в отдельных случаях. Короче говоря, это подразумевает, что сомнительно и фактически ошибочно отождествлять аналитическую юриспруденцию с «концептуалистской» или «механистической» юриспруденцией либо (если использовать выражение профессора Боденхаймера) со взглядом, что «право – это самодостаточная наука, не нуждающаяся для своего надлежащего функционирования в содействии со стороны других социальных дисциплин»¹.

II

Когда в 1952 г., после почти девяти лет юридической практики и семи лет преподавания философии, я стал профессором юриспруденции в Оксфорде, я пришел к выводу о том, что аналитические исследования природы права и юридических понятий оставлены преждевременно. Отчасти это случилось благодаря тому, что внимание юристов, вполне обоснованно и не без пользы, переместилось на многие проблемы, связанные с тем фактом, что правовые правила смутны на периферии и поэтому зачастую не способны предопределить уникальность судебного решения. Акцент на этом явлении привел к тому, что некоторые правоведы («скептики в отношении правил») в более или менее преувеличенной форме усомнились в самой возможности, даже отчасти, описания правовой системы в терминах *правил*; другие же, воодушевившись, предприняли, возможно, более плодотворные исследования относительно критериев, которые судам *следовало бы* использовать, если разумное решение должно быть принято в различных ситуациях, когда они сталкиваются с так называемыми пробелами в правовой системе. Остальные все еще придерживаются того, что рациональная трактовка проблем полутеней включает рассмотрение целей «за рамками» права, и привлекают, чтобы выразить свои взгляды, традиционную терминологию *естественного права* (иногда с его традиционной неразберихой).

По этим и другим причинам внимание ушло с тех аспектов права, которые не были затронуты специфическими проблемами смутности или неопределенности, и в результате, за исключением работ Хофельда и Кельзена, в XX в. в аналитическую юриспруденцию к тому, что сделали Бентам и Остин, было добавлено очень мало ценного. Однако мне кажется очевидным, что остаются вопросы, касающиеся тех частей

¹ Bodenhimer E. Op. cit. P. 1080.

права, которые являются относительно устойчивыми и определенными и составляют концептуальный каркас правовой мысли; эти вопросы либо вообще остаются без ответа, либо на них получены только весьма запутанные ответы.

Даже те авторы, которые, подобно Хофелдду и Кельзену, достигли прогресса в этом предмете по сравнению со своими предшественниками, как мне кажется, недостаточно осознавали *особые* характеристики понятий, вовлеченных в использование норм, и не видели многообразия и вариативности различных явлений, охватываемых чрезвычайно общими терминами, такими как «право», «норма» или «правило». Следовательно, многие важные аспекты предмета полностью игнорировались; их предстояло раскрыть терпеливым исследованием юридических понятий и юридического языка с помощью новых средств и особой чувствительности к логическим и лингвистическим различиям. Среди этих игнорируемых проблем была проблема отождествления в правовой системе правовых норм с различным применением, что отражалось в юридическом языке; юристы, по-видимому, часто игнорировали тот факт, что нормы – это не просто то, чему надлежит *повиноваться* (*obeyed*) или *не повиноваться* (*disobeyed*), они имеют очень разные воздействия. Например, к норме *привлекают* (*invoked*), когда предъявляют права; при осуществлении правомочия норма *задействуется* (*acted on*); если обнаруживается, что частный случай подпадает под действие общей нормы, то норма *применяется* (*applied*). Эти и многие другие различные отношения к нормам нуждаются в прояснении¹, если мы не хотим па-

¹ Эти вещи необходимо принять во внимание, если мы должны освободить понятие нормы (*rule*) от смешения с понятиями *приказа* или *привычки*, что получило широкое распространение в юридической теории. Большинство нелепостей, затемняющих ценные озарения многих авторов, относящих себя к «реалистам», связаны с изначальным игнорированием постановки предварительных аналитических вопросов, таких как: Что представляет собой (что значит) «поступать в соответствии с нормой», «применить норму», «признать норму или считать ее обязательной»? В чем отличие (и сходство) этих вещей от поведения с предсказуемой повторяемостью или действия по привычке? «Скептицизм в отношении правил» (*rule-scepticism*), по крайней мере отчасти, обязан тому, что те, кто придерживался такого скептицизма, настаивали, что поведение суда нельзя рассматривать как признание норм (*rules*), поскольку предполагаемые правила подвержены исключениям, применимы только условно к особым случаям или используются судом не для того, чтобы достичь судебного решения, но для оправдания решения, достигнутого интуитивно. Однако наблюдение над тем, что *обычно* подразумевается выражением «Он соблюдал правило» (*например*, правило, обязывающее его останавливаться на красный сигнал светофора), показало бы, что ни один из этих фактов, используемых скептиками в отношении правил, с ним несовместим.

губно упростить наши подходы к тому, что представляют собой нормы и что такое право, или перескочить к поспешным выводам о точном характере взаимосвязи права с другими средствами социального управления, такими как «мораль», которая сама является понятием, прикрывающим наподобие ширмы множество требующих анализа различных объектов.

Конечно, более поздние аналитики, такие как Кельзен, отмечали, что средства, используемые Остином и Бентамом, были слишком незрелы для коррекции феномена права. Относительно тезиса Остина, что «ключом к таким наукам, как юриспруденция и этика»¹, является понятие *приказа* (определяемого как выражение желания, когда лицо, на которое оно направлено, может пострадать от другого лица в случае неповиновения), доказано, что оно просто вводит в заблуждение. Даже закон, который среди других типов правовых норм в наибольшей степени походит на то, что Остин определял как приказ, отличается от него таким образом, который должен быть понят и четко установлен, даже если природа права неверно интерпретировалась. Кельзен, конечно, указывал на эту особенность, когда настаивал, что закон, во-первых, может возникнуть несмотря на то, что те, кто его устанавливают, не имеют «желания», требуемого концепцией приказа у Остина, и, во-вторых, что ни один приказ (в смысле Остина) не создавал бы закон, если бы не существовала некоторая норма, придающая власть тем, кто, создавая право приданием закону силы, этот закон устанавливает².

Однако подобные озарения Кельзена (а также Хофельда) искажаются неспособностью противостоять соблазну упростить неоднородный и сложный феномен права и *свести* разнообразие правовых норм к некоторой простой форме. Эта упрощающая «редукционистская» тенденция, так часто оказывающаяся ловушкой во многих других областях философии, очевидна, например, в тезисе Кельзена, что «подлинные нормы» — это на самом деле такие правила («первичные нормы»), которые предписывают должностным лицам применять санкции при определенных обстоятельствах, и что сущность правовой системы раскрывается лучше, если мы переформулируем все правовые нормы в услов-

Неудовлетворенность несостоятельностью «позитивистского» определения права с точки зрения приказа, привычки или предсказуемой повторяемости среди прочего приводит некоторых к поискам чего-то лучшего в замечательно неясной терминологии естественного права. Однако, по крайней мере, некоторые «позитивистские» ошибки можно было бы исправить, только если серьезно отнестись к анализу понятия «норма» (*rule*).

¹ Austin J. Op. cit. P. 13.

² Kelsen H. General Theory of Law and State. Cambridge. 1945. P. 30–31, 33–34, 143–144.

ные предписания должностным лицам по применению санкций¹. Важность сохранения различий, отмеченных обычной терминологией и сопротивлением сведению многообразия различных типов правовых норм к единственному простому типу тем или иным способом, никогда ясно и убедительно не отстаивалась. Однако логические и другие мотивы, вызванные этой и другими формами упрощения или сведения, необходимо выявить до того, как можно будет сказать, что мы действительно поняли даже те разделы правовой системы, которые относительно установлены и стабильны, и поэтому мы в состоянии удовлетворительно отличить право от иных форм социального контроля и увидеть их взаимосвязь².

Мне кажется, что, помимо этих основных проблем, многие вопросы либо также остаются без ответа, либо ответы на них неправильны. И среди них вопрос о том, что подразумевается под «*наличием*» (существованием) правовой нормы или даже правовой системы, и как *наличие* (существование), скажем, отдельного положения в рамках правовой системы отличается от *наличия* (существования) правила социальной практики, такого как правило, согласно которому нужно вставать, когда исполняется «*The Star-Spangled Banner*»³. Или же в каком смысле *наличествует* (существует) фундаментальная норма конституционного права, закрепляющая полномочия законодательного органа? Пока эти двусмысленности не будут прояснены в самом понятии права или норм, никакого прогресса, я полагаю, не будет и в понимании того, что уко-

¹ «Право – это первичная норма, устанавливающая санкции» (*Kelsen H. Op. cit. P. 61*).

² Сведение Кельзеном всех отраслей права (включая конституционное право) к «нормам, предусматривающим санкцию» (т. е. к условиям условных предписаний должностных лиц при применении санкций) расскажет потенциальному участнику судебного разбирательства или преступнику все, что он может захотеть знать о праве. Однако, подобно «теории злодея» Холмса, она догматически подавляет (как если бы они стояли ниже по рангу) другие существенные аспекты права, место для которых оставляет обычная формулировка правовых норм. Некоторые правовые нормы (например, запрещающие убийство) требуют, чтобы люди действовали или воздержались от действия определенным образом, желают они этого или нет; другие нормы (*например*, законы, определяющие, что должно быть сделано для надлежащего составления завешания) обеспечивают юридические средства для придания силы волеизъявлению человека. Первый тип требует *повиновения*; неповиновение есть *правонарушение*, как правило наказуемое; второй – *соблюдения*, поскольку несоблюдение приводит к ничтожности. Теория, которая стирает различие между этими двумя типами, и представляет нормы второго типа просто как условия применения санкций (например, против ненадлежащего душеприказчика), несомненно, затемняет два радикально различных вида правоприменения и искажает объяснение права как социального феномена. О способах, в которых различные *формулировки* правовых норм часто соотносятся с различными социальными ситуациями, см.: *Daube D. Forms of Roman Legislation. Oxford, 1956.*

³ Государственный гимн США. □ *Прим. пер.*

рено в основании правовой системы, и никто не может сказать, насколько правильна или ошибочна характеристика права Остином как *привычки* к повиновению или Кельзенем – как *постулата* или *гипотезы*, относительно которого предполагается, что его «действенность» (*validity*) корректна или ошибочна. До тех пор, пока мы не разберемся в этих проблемах, мне кажется, мы вряд ли поймем, что такое право и на какую социальную структуру мы ссылаемся, утверждая, что у населения есть правовая система.

Однако в качестве общего вступления к рассмотрению известных проблем, связанных с анализом, мне кажется особенно важным прежде устранить в аналитической юриспруденции старый источник неприятностей, который заставлял многих теоретиков выбирать ложный путь. Очень часто прогресс в науке задерживается не из-за ошибочных ответов, но потому, что задаются неправильного рода вопросы; и это, я думаю, долгое время имело место в аналитических исследованиях природы юридических понятий. Подобные исследования принимали форму поиска определения, предполагаемого стандартным вопросом «Что есть *X*?», например: «Что такое *обязательство*?», «Что такое *субъективное право*?», «Что такое *юридическое лицо*?», «Что такое *владение*?», «Что такое *норма*?». Форма вопроса «Что есть *X*?» относится к одному слову и спрашивает, что же *оно* подразумевает (или, что еще хуже, «обозначает»), а это приводит к недоразумениям, ибо данная форма скрытно предполагает, что то, что будет представлено в качестве ответа, *должно* заключаться в определении некоторой вещи или качества, к которому непосредственно прикреплено данное слово. Относительно многих понятий такое определение безвредно. Вполне можно сказать, что слово «стул» непосредственно прикреплено к определенного рода вещи (а также «подразумевает» или «обозначает» ее), в данном случае – к некоему предмету мебели. Сходным образом о слове «красный» можно сказать, что оно непосредственно прикреплено к определенному различимому цвету. Но юридические понятия совершенно иные; их отношение к фактам намного более сложно, опосредованно и нуждается в прояснении. Обычные методы определения приводят к тому, что в результате они искажаются и мистифицируются. Употребление при определении субъективного права, обязательства или юридического лица терминов «фикция», «собрание» (*collection*) или «предсказание» (*prediction*) оказывается неудовлетворительным отчасти благодаря этой сковывающей конструкции, навязывающей исследованию характера этих понятий такой метод определения, который ориентирован на от-

дельные слова, хотя, конечно, как я уже говорил в моей инаугурационной лекции, этим теориям способствовали и другие мотивы. Соответственно, в своей лекции я защищал применение при анализе фундаментальных юридических понятий другой техники. На самом деле, эта достаточно старая техника отстаивалась, как я там утверждал, Бентамом, хотя подобное озарение можно обнаружить у многих философов, например у Фреге¹. Техника, которую я предлагал, должна предшествовать бесперспективному проекту выяснения того, что означают или подразумевают слова, взятые изолированно, и должна заменить его характеристикой функции, которую осуществляют эти слова, когда они используются в работе правовой системы. Это можно было бы выяснить, по крайней мере отчасти, рассматривая характерные предложения, в которых такие слова появляются в правовой системе, например, в случае слова «право» характерным будет предложение «Х имеет право на то, чтобы ему заплатили Y долларов». Тогда прояснение этого понятия следует искать в исследовании того, каковы стандартные условия, при которых такое высказывание является истинным, а также в какого рода контекстах и для какой цели обычно произносятся такие высказывания. Это помогло бы избавиться от сковывающего предположения, что значение относящегося к праву слова должно обнаруживаться в некой фактической ситуации, с которой оно соотносится столь же простым и непосредственным способом, которым с фактической ситуацией соотносится слово «стул», и заменить его изучением той работы, которую осуществляет такое слово, когда оно используется в правовой системе, выполняя свою стандартную задачу. Преимущество, достигаемое отказом² от попытки дать определение отдельным

¹ См. «Основоположения арифметики» § 62: «Каким образом нам может быть дано число, если мы не в состоянии обладать его представлением или созерцанием? Слова обозначают нечто только в контексте предложения. Стало быть, все идет к тому, чтобы объяснить смысл предложения, в которое входит числительное». (Цит. по: Фреге Г. Логико-философские труды. Новосибирск, 2008. С. 197–198. – *Прим. пер.*).

² Профессор Боденхаймер возражает против этого метода прояснения правовых понятий на том основании, что он просто заменяет лаконичное определение отдельных слов, найденных в словарях, длинным объяснением или «описывает правовые термины тремя или четырьмя предложениями, а не одной короткой фразой» (*Bodenheimer E. Op. cit. P. 1081*). Но эти два типа определений различаются не просто длиной, но по своим целям. Вообще словарное определение предназначено для усвоения обычного использования выражений теми, кто не знает значения отдельных слов, а позволяют это сделать слова-синонимы, которые, как предполагается, читатель знает. Ср. определение *субъективного права*, заимствованное из работы профессора Боденхаймера «*Restatement of Property*»: «...юридически осуществимое требование одного человека к другому, согласно которому этот другой должен совершить соответствующее действие или воздержаться от него» (*Ibid.*).

словам в пользу прояснения употребления слов в характерных правовых контекстах, можно проиллюстрировать на примере того, как оно проясняет отдельное правовое явление, которое к тому же имеет важные аналогии за рамками права. В любой правовой системе бывает так, что правила, обеспечивающие различного рода правомочия, могут быть выражены словами, высказанными или записанными при определенных обстоятельствах; слова обладают определенными правовыми последствиями, когда используются субъектом с надлежащей квалификацией при соответствующих обстоятельствах. Примером этого являются «слова предоставления субсидии» (*words of grant*) (известные в Англии как «слова-действия», оперативные слова), используемые в договоре цессии или аренды, слова, используемые в ключевой момент провозглашения завещания (например, «Настоящим я завещаю...»), а также язык принятия нормативного акта, используемый законодательными органами («Настоящим вводится в действие...»). Подобное использование языка (и, соответственно, тип применяемых понятий) разительно отличается от того, что вполне можно рассматривать в качестве более известного употребления языка для «описания» или фиксации фактов; здесь же слова, напротив, в известном смысле используются для того, чтобы *делать* нечто, а именно, действительно изменить правовое положение возложением обязательств, предоставлением или передачей прав и внесением изменений в законодательство различными способами. За рамками права аналогичное употребление языка, которое не выявляет ни одна из принятых теорий классификации языка (например, «deskриптивное», «эмотивное», «императивное»), может быть обнаружено в церемонии крещения («Сим я нарекаю это дитя именем X»), в словах, используемых при принесении извинений («Этим я приношу извинения»),

Но аналитические исследования не отвечают этой форме определения, поскольку предлагаемые синонимы (в данном случае — «требование») предоставляют те же самые черты, которые вызвали первоначальное исследование. Это происходит в результате того, что форма затруднения в отношении правовых понятий, которая приводит, например, к реалистскому определению права как предсказания того, что сделают должностные лица, или к претензиям (озвученным, например, скандинавскими правоведами), что невозможно идентифицировать факты, соответствующие субъективному праву, возникает не из-за незнания обычного словоупотребления при *неполном* понимании специальных или аномальных особенностей этого употребления. Поэтому нужна некоторая форма определения (объяснительное определение), которая покажет, как слова, например «субъективное право», получают свое значение из того способа, которым они функционируют в связи с правовыми нормами, ибо именно это делает их отличными от обычных слов и, следовательно, вызывающими затруднение.

и, конечно, наиболее явно в словах, используемых для дачи обещаний. Прояснить подобное употребление языка не значит просто указать на факт в отношении слов, хотя отчасти это так и есть; прояснить подобное употребление – значит также охарактеризовать вид деятельности, который образует саму суть жизни права. Это направляет наше внимание на то, сколь поверхностным является взгляд на правовые нормы, который рассматривает право по большей части так, как это делает традиционная теория, считая, что оно состоит из правил, которым просто *подчиняются*, которые *применяются* или используются как основа для *предсказания*. В употреблении слов-действий мы располагаем чем-то принципиально иным, чем-то таким, что по-новому характеризует форму жизни, представленную использованием правовых норм как средств общежития.

Прояснение использования языка, состоящего из слов-действий, типичного для права, я думаю, важно и само по себе; однако этот феномен послужил для различных юристов причиной многих серьезных неприятностей, связанных с анализом правовых явлений. Все попытки со стороны юристов точно передать, чем является юридическое соглашение или юридическое действие (правовой акт, *Rechtsgeschäft*), провалились только потому, что отсутствовал достаточно точный инструмент, который способен обнаружить особое употребление языка. Хэгерстром, чья работа, недавно переведенная на английский язык¹, привлекла в этой стране (в Великобритании. – *Прим. пер.*) пристальное внимание, сосредоточивал свои усилия на прояснении данного феномена, но лишь с переменным успехом. Он со всей отчетливостью видит, что слова в праве часто употребляются способом, совершенно отличным от способов обычной дескриптивной устной или письменной речи, так что слова, нечто предлагающие, неверно описываются как выражение намерения; однако его позитивный подход, разумеется, абсурден. Он считает², что нельзя посредством употребления языка дать объяснение признанной в правовой системе способности возлагать обязательства, передавать права или в иных обстоятельствах изменять правовые ситуации, за исключением тех случаев, когда это употребление должно опираться на суеверное убеждение со стороны тех, кто участвует в таких операциях, в магической *силе* слов преобразовывать сверхчужденный

¹ Hagerström A. Inquiries Into the Nature of Law and Morals / transl. by C. D. Broad. Uppsala, 1953.

² Hagerström A. Op. cit. P. xvii (Editor's preface), 229–328.

мир прав и обязательств, который считается существующим вне и помимо обычного мира фактов.

Такой вывод фактически отказывается от задачи прояснения чего-то существенного и в правовом мышлении, и в жизни, соответствующей праву. Хэгерстром фактически обнаружил феномен, который он охарактеризовал как «магическое употребление слов», широко распространенное в римском праве, и посвятил свою работу его исследованию в этой системе, где предположение о пережитках «магического», «церемониального» использования слов может иметь определенное правдоподобие. Но он, по-видимому, не заметил, что столь же большое, а следовательно, и столь же малое основание для характеристики употребления юридического языка как магического должно обнаруживаться в современном акте передаче права, современной правовой норме и современном завещании. Для понимания этого аспекта права нам нужно задаться вопросом, при каких обычных условиях и для какой цели предложение формы «Сим X передает имущество Y» употребляется правильно и эффективно. При условии достаточной осведомленности о радикально различных типах функционирования языка и решимости не упрощать и «не сводить» все к некоторой предпочтительной модели, «дескриптивной», «эмотивной» или «императивной», можно дать удовлетворительное прояснение.

III

Теперь я должен попытаться предвосхитить те возражения¹, которые могут взволновать пытливый ум читателя, если этого еще не произошло. Он может резонно задать следующие вопросы.

¹ Эти возражения включают и критические замечания профессора Боденхаймера, кроме тех, на которые уже был дан ответ. Он предъявляет четыре принципиальных обвинения:

1) что метод прояснения, который я предлагаю, просто заменяет короткие определения словарного типа длинными объяснениями;

2) что все юридические понятия обладают некоторой смутностью, где суды должны обращаться за помощью к социальным факторам; прояснение понятий, которое не сопровождается исчерпывающим рассмотрением этих социальных факторов, не является существенным улучшением;

3) что правовые термины употребляются разнообразными и непоследовательными способами, и типы определений, которые предлагаю я, были бы слишком ограничены, чтобы отобразить их все;

4) что методы, которые я предлагаю, включают описание значительных разделов позитивного права, и поэтому аналитическая юриспруденция будет почти полностью сливаться с позитивным правом и не нужна в качестве самостоятельной дисциплины.

а) *Зачем нам нужен анализ? Как анализ может помочь?* Конечно, критик может сказать, что как только мы отложили те разделы правовой системы, которые из-за смутности правовых норм преподносят нам проблемы с полутениями, для решения которых мы должны обратиться за помощью к другим дисциплинам, остаются лишь элементы, имеющие фиксированное и стабильное значение. Они могут быть освоены (вероятно, лучше всего из вводных частей учебников по различным отраслям права), и, однажды освоенные, они больше не представляют затруднений; и для студента, и для практикующего юриста их использование протекает гладко и не вызывает вопросов. Я думаю, эта установка укоренена в возражениях профессора Боденхаймера, когда после настаивания на том, что юридические понятия находятся в полутении смутности, он продолжает: «Объяснение понятий, не сопровождающееся исчерпывающим рассмотрением социальных факторов, которые могут оправдать расширение, сужение и преобразование понятий, не может рассматриваться как значительный шаг вперед»¹.

Это возражение игнорирует две вещи. Во-первых, *смутность* — не *единственная* черта юридических понятий, которая наделяет их загадочностью; их разнообразное отклонение от нормального или более знакомого употребления языка может потребовать внимания помимо какой-либо периферийной смутности, которая их также может характеризовать. Во-вторых, есть намного более важный факт: смутность является характеристикой употребления не только правовых понятий, но и многих понятий других дисциплин и повседневности, с которыми мы можем обращаться в целях обыденной жизни; тем не менее они по-прежнему могут требовать прояснения, ибо мы озадачиваемся, когда пытаемся понять наш собственный понятийный аппарат. Мы можем знать, как *употреблять* эти понятия, но мы не можем *сказать* или описать, как мы делаем это, способом, который был бы понятен другим, а фактически и нам самим. Мы знаем и, однако, не совсем понимаем даже вполне известные черты правового мышления, вероятно, наподобие того, как человек может точно знать свой маршрут в знакомом городе, не будучи способным нарисовать его карту или объяснить другим, как он в этом городе находит свой маршрут. Конечно, это затруднение из разряда тех, которые делают необходимым философское прояснение понятий, и свой главный стимул философия всегда обнаруживала в данном затруд-

¹ Bodenheimer E. Op. cit. P. 1083.

нении. Самый грубый и упрощенный пример затруднения заключается в том, что человек, который говорит, что он может узнать слона, когда его увидит, не смог бы дать определение, если бы его об этом попросили; наиболее сложный пример, вероятно, того же самого затруднения – это способность использовать математические понятия в различных сложных ситуациях, которая может сосуществовать с величайшей фундаментальной неясностью по поводу многих черт математических понятий и их отношений к другим типам понятий. Для решения этого, конечно, кое-что сделала философия математики. Вероятно, самым лучшим и наиболее лаконичным выражением этой потребности прояснения понятий, без труда используемых в повседневной жизни, является ответ Бл. Августина на вопрос «Что такое время?»: «Что же такое время? Если никто меня об этом не спрашивает, я знаю, что такое время; если бы я захотел объяснить спрашивающему – нет, не знаю. Настаиваю, однако, на том, что твердо знаю: если бы ничто не проходило, не было бы прошлого времени; если бы ничто не приходило, не было бы будущего времени; если бы ничего не было, не было бы и настоящего времени»¹.

Сходным образом и в праве мы нуждаемся в прояснении фундаментальных идей и понятий, с которыми можем адекватно обращаться в целях обыденного употребления, в дополнение к предложенным в учебниках определениям, имеющим дело с существующими отраслями права. Вообще говоря, они не могут образовать адекватную замену для отдельных, хотя и связанных разделов аналитической юриспруденции; учебник по самому своему определению направлен на то, чтобы научить употреблению определенных понятий студентов, которые с ними не знакомы. Напротив, философское определение или объясняющее прояснение (*explanatory elucidation*) предназначено не для того, чтобы научить несведущих, но для объяснения тех черт, которые все еще представляют загадку для тех, кто овладел этим употреблением.

Если, опять-таки, мне позволительно привести очень простой пример для демонстрации своей точки зрения, то рассмотрим, насколько мало успеха сопутствовало объяснению даже такого фундаментального для права понятия, как понятие обязательства. Остин определил его как «шанс или вероятность» того, что тот, кому приказали сделать нечто или воздержаться от совершения действия, пострадает в случае непо-

¹ Аврелий Августин. Исповедь. 11.14.17.

виновения¹. Конечно, это определение связано у Остина с определением права с точки зрения приказа, и уже по этой причине оно неудовлетворительно. Тем не менее я не знаю ни одного удовлетворительного переопределения этого понятия в терминах, более совместимых с последующими озарениями, что понятие правила (или «нормы») больше подходит для анализа права, чем понятие приказа.

Анализ Остина, по сути, осуществляется в терминах *предсказания* – *шанс* или *вероятность* подвергнуться санкциям. Это фактически не оспаривалось правоведами «реалистической» школы, которые, конечно, широко использовали понятие предсказания и, проводя анализ правовых явлений, почти не уделяли внимания отличительным особенностям нормы (в противовес обычаю или предсказанию), несомненно, из-за своего врожденного «скептицизма в отношении правил». Однако если мы снова обратимся к Остину не с вопросом «Что такое обязательство?», а с вопросом «При каких стандартных условиях высказывание формы “X признает обязательство” истинно?», то можно не только увидеть ошибки Остина, но и различить особые социальные ситуации, которые перемешаны в любом анализе, подобном его анализу. Его определение обязательства с точки зрения шансов ущерба или санкций является в лучшем случае убогим анализом понятия *быть обязанным* сделать нечто и совершенно не подходит для анализа того, что значит *иметь обязательство*. О женщине, которой угрожает бандит, верно сказать, что она была обязана отдать ему свой кошелек, если боится расправы, но на основании этих фактов было бы абсурдным сказать, что у нее было обязательство отдать ему свой кошелек. Различные логические следствия приписываются соответственно высказываниям «Она имела обязательство это сделать» и «Она была обязана это сделать», и понятие обязательства можно прояснить, только сделав это явным. Например, было бы противоречивым сказать, что «Она была обязана отдать свой кошелек, но этого не сделала»; но в том, чтобы сказать «Она имела обязательство передать кошелек, но этого не сделала», никакого противоречия нет. Сходным образом было бы противоречивым сказать «Она была обязана отдать кошелек, но не боялась неблагоприятных последствий в случае невыполнения или отказа сделать это»; но никакого противоречия нет в том, чтобы сказать «У нее было обязательство отдать кошелек и не бояться неблагоприятных последствий в случае невыполнения или отказа сделать это».

¹ Austin J. Op. cit. P. 14–18.

Эти различия очерчивают два различных, хотя и соотносящихся понятия и поэтому два различных типа социальных ситуаций. Ключевым различием является следующее. Сказать кому-то, что он имеет обязательство совершить действие, не является ни оценкой его шансов на ущерб, если он чего-то не сделает, ни психологическим высказыванием о нем, например, что он сделал это из страха перед наступлением неблагоприятных последствий. Наоборот, это значит указать его позицию в отношении к правилу – необходимому руководству к действию в ситуации, подобной этой. Правила (такого типа) существуют тогда, когда данная социальная группа трактует определенные типы действия (которые либо прямо, либо косвенно определены законодательной властью) как *стандарты* поведения. Это в свою очередь означает: (i) что отклонение от определенных типов действий (в отличие от несоблюдения того, что просто привычно) обычно критикуется как отступничество и воспринимается как правомерное указание на необходимость употребления различных вариантов серьезного давления, принуждения или наказания («санкций») в отношении субъектов девиантного поведения; (ii) что отсылка к общему одобрению стандарта принимается как причина или оправдание для требований соблюдать, даже если в любом *отдельном* случае не может быть никакого «шанса» для санкций за несоблюдение и боязни их применения. Следовательно, «Он был обязан» и «Он имел обязательства» могут расходиться в особом случае, где отсутствует страх перед несоблюдением. Верно, конечно, и то, что в обычной правовой системе, где санкции применяются нормально и единообразно, такие случаи расхождения будут исключением, но различие остается, и сохраняется важность понимания как понятия обязательства, так и соответствующего типа правила.

б) Имеет ли аналитическая юриспруденция дело только со словами? Вероятно, из того, что я уже написал, очевидно, что мой ответ на этот вопрос – «Нет». Скорее, в новом аналитическом вооружении и в новом понимании радикально различных типов осуществляемого языком функционирования, привнесенных современной философией, мы располагаем средствами для лучшего понимания мира, в котором и относительно которого нами по-разному используется язык. Вопрос «К чему относится анализ – к словам или к вещам?» включает дихотомию, наиболее вводящую в заблуждение. Возможно, ее вводящий в заблуждение характер выявляется в следующей аналогии. Предположим, что человек занят тем, что пытается сфокусиро-

вать подозрную трубу на линкоре, стоящем в гавани на достаточном расстоянии. К нему подходит приятель и спрашивает: «Что тебя интересует: образ на линзе или сам корабль?». Вероятно (и наиболее обоснованно), тот ответил бы: «И то, и другое. Я пытаюсь настроить резкость образа на линзе, чтобы лучше разглядеть линкор». Мне кажется, что, следуя за аналитическими исследованиями, мы сходным образом стараемся заострить наше понимание того, о чем мы говорим, когда употребляем наш язык. Не существует прояснения понятий, не способного расширить наше понимание мира, к которому мы их применяем. Успешный анализ либо определение сложных и запутанных терминов или форм выражений, конечно же, включает некоторые существенные элементы в раскрытии факта, ибо в прояснении любых понятий мы неизбежно обращаем внимание на различия и сходства между типом явления, к которому мы применяем понятие, и другими явлениями. При этом мы получаем более широкий и более детальный взгляд как на слова, так и на вещи; по сути, мы составляем для себя карту более широкой области, нежели та, которую мы использовали отдельно от таких аналитических исследований. Я бы сказал, что пример, использованный в предыдущем разделе, служит для того, чтобы, с одной стороны, сразу развести понятия «быть обязанным» и «иметь обязательство» сделать нечто, а с другой – разграничить совершенно разные социальные ситуации или социальное поведение, которые нужно четко различать, если мы должны понять концептуальную структуру права, в которой понятие «обязательство» играет ведущую роль.

с) *Если слова являются смутными и двусмысленными, то может ли неаналитическая юриспруденция справиться с невыполнимой задачей?* Опять-таки, мне кажется, что это – *suggestio falsi*. Суть разногласий заключается в том, что поскольку большинство юридических выражений наряду с некоторым устойчивым ядром значения характеризуются смутными полутенями и поскольку многие понятия, такие как «субъективное право», являются двусмысленными, то начинать анализ с данного аспекта этих понятий – значит браться за сизифов труд, затрагивающий описание несметного количества расходящихся в употреблении форм. Это, конечно, чрезвычайно преувеличенная степень иррационального хаоса, пропитывающего нашу мысль и язык в праве. Несомненно, ситуации, на которую здесь ссылаются критики, нужно ясно противостоять, но с этим осознанием должно также прийти понимание того факта, что расхождения в по-

лутенях юридических понятий и двусмысленность не являются неподходящими словами и что многим явно разноречивым употреблением одного и того же термина можно найти (несомненно, не без труда) разумное объяснение.

Необходимо назвать два аналитических принципа, имеющих дело с этим феноменом. Первый заключается в том, что при анализе понятий нам нужно прежде установить то, что можно называть парадигмой или стандартным случаем употребления выражения. Воспользуемся простым примером. Никто, конечно, не сказал бы, что безнадежно приступать к анализу или определению выражения «транспортное средство», поскольку мы вполне можем сомневаться как в юридическом, так и в других контекстах, включать ли в этот термин коньки, игрушечные машинки и салазки наряду со стандартными случаями автомобиля, лошади или повозки. Обычно ситуация такова, что мы можем отличить для любого понятия стандартный случай, и тогда феномен смутности обнаруживает себя в том факте, что в нашей мысли (а поэтому и в нашем языке) есть оттенки, склоняющие нас к тому, чтобы уподобить стандартному случаю те случаи, которые имеют только некоторые из этих характеристик; кроме того, бывает и противоположный оттенок, вынуждающий нас отнести понятие в отсутствие одной из этих характеристик. Если характеристики, конституирующие парадигмальный случай, установлены, то аналитическая задача здесь заключается в том, чтобы исследовать различные мотивы, которые могут так или иначе склонить нас к рассмотрению пограничного случая.

Второй принцип более уместен тогда, когда исследуется вопрос о двусмысленности (а не смутности). Иногда поверхностное многообразие применений данного термина показывает, что нам нужно провести различие между *определением* общего термина и заданием критериев его применения в различных диапазонах случаев. Если взять пример, не относящийся к праву, то это очевидно так относительно таких понятий, как «победа в игре». Дать определение этому термину можно было бы с помощью, например, таких слов: «получение большего количества очков, которые учитываются в состязательной игре». Но то, что задает очки (*критерии* в отличие от *определения* выигрыша), будет, конечно, различным для разных игр; следовательно, нам нужно отличать многообразие различных критериев победы в различных играх от любого единообразного определения, которое может быть дано понятию выигрыша. Это, очевидно, применимо и к понятию правовой системы. Мы можем быть в состоя-

нии обеспечить определение понятия «правовая система» в единообразных терминах, признавая в то же время, что критерии для применения того, что создало действительное право, могли бы меняться от системы к системе. Традиционные теории юриспруденции страдали от недостатка осознания этой возможности иметь дело с тем, что на поверхности может выглядеть и выглядит как двусмысленность, но фактически представляет собой структурную сложность определенных понятий, которые в своем анализе нуждаются как раз в этом различии между определениями и критериями. Сходным образом анализу понятия «справедливость» может поспособствовать различие между: 1) *определением* его значения, возможно, с точки зрения твердого принципа обеспечения защиты того, что признается надлежащими требованиями к равному или неравному отношению, и 2) непостоянными *критериями*, используемыми при определении того, какие требования являются надлежащими.

В-третьих, мы должны, особенно в отношении права, всегда быть готовыми к тому, что принцип или разумное основание, которое объясняет кажущееся многообразие различных явлений, будучи выражены одним и тем же термином, могут принимать различные формы. Уже сам Аристотель вполне осознавал нелепость предубеждения, заставляющего многих мыслителей настаивать на том, что всякий раз, когда мы используем один и тот же термин в различных примерах, это происходит потому, что сами эти примеры имеют некоторые «общие качества». Он различал множество принципов, приводящих к применению одних и тех же терминов к различным вещам. Он также видел, что многие важные выражения таковы, что примеры, к которым они применяются, связаны не предположением об общих качествах, но различными отношениями с центральным понятием или, в других случаях, с аналогией¹. Игнорировать сложность структуры наших понятий, приводящую к этой лингвистической ситуации, □ значит серьезно препятствовать рассмотрению моральных и юридических понятий, в которых эти свойства проявляются в полной мере. Точно так же, когда мы говорим, во-первых, о «здоровом» человеке, во-вторых, о «здоровом» цветке лица, в-третьих, о «здоровых» упражнениях, мы не подразумеваем, что у каждого из предметов, к которым применяется слово «здоровый», есть общие характеристики. Скорее, мы подразумеваем, что

¹ Аристотель. Никомахова этика. 1.6. Здесь подобным образом объясняется применение к различным вещам понятия «благо».

здоровый вид и здоровые упражнения имеют определенные каузальные или другие отношения к понятию здорового человека. Так и при рассмотрении «расширения» многих юридических понятий нам следует подключать именно этот способ объяснения. Профессор Боденхаймер упомянул сбивающую с толку двусмысленность понятия «*субъективное право*», проваливающего любой проект аналитической юриспруденции, который было бы смысл предпринять¹; но, как я указал в сноске в своей инаугурационной лекции², по крайней мере четыре важнейших различия, обозначенные Хофельдом (которые фактически являются просто четырьмя различными употреблениями выражения «субъективное право», общепринятыми в нашем юридическом языке), могут быть прояснены указанием на то, как все они концентрируются вокруг центрального момента, а именно вокруг понятия индивидуального выбора. Некоторые употребления выражения «субъективное право» указывают на то, что рассматриваемый закон придает действенность выбору индивида при определенных обстоятельствах, тогда как другие просто обозначают, что в определенных отношениях этому выбору ничего не препятствует³.

¹ Bodenheimer E. Op. cit. P. 1082–1083.

² Hart H. L. A. Op. cit. P. 49.

³ Профессор Боденхаймер в качестве примера разнообразных и зачастую непоследовательных употреблений выражения «субъективное право» приводит случаи с: 1) правом причинения смерти при необходимой обороне; 2) правом наследования имущества. Он говорит, что эти случаи выпадают из схемы Хофельда, которую он находит схожей с моей «формулой» (Bodenheimer E. Op. cit. P. 1082). Ясно, что выделение Хофельдом четырех различных смыслов общего термина «субъективное право», для которых он предложил новые названия («требование», «привилегия», «полномочие» и «иммунитет»), не является окончательным, но лишь позволяет отделить четыре основных случая. Тем не менее (1) право причинить смерть при необходимой обороне, конечно, является примером того смысла субъективного права, который он назвал «привилегией», так как представляет собой *отсутствие обязанности* (не убивать). Разумеется, (2) право наследования имущества нельзя без труда *отождествить* ни с одним из четырех смыслов субъективного права, предложенных Хофельдом, но это, конечно, совершенно понятное *расширение* того смысла субъективного права («требования» у Хофельда), который обозначает обеспеченное санкцией правовой нормы требование; поскольку сказать, что человек имеет право наследования, значит сказать, что на основании закона он может при определенных обстоятельствах приобрести обеспеченное санкцией *право требования* имущества умершего человека. Хотя схема Хофельда и несовершенна по другим причинам, но возражение профессора Боденхаймера, что такие термины Хофельда, как «привилегия» и «ответственность», используются в праве совсем не так, как их понимает сам Хофельд, к делу не относится вовсе. Хофельд никогда не утверждал, что эти термины когда-либо использовались в праве с тем значением, которое он им придал; он просто применил их для того, чтобы различить четыре разных смысла понятия «субъективное право», в котором невозможно было разобраться из-за отсутствия разных наименований.

Наконец, фактом вполне может быть то, что в употреблении юридических выражений мы обнаружим широкие расхождения в устах различных говорящих или отличающиеся словоупотребления разных юрисдикций. Профессор Боденхаймер уделил внимание некоторым из этих расхождений; но, как мне кажется, когда такие расхождения представлены, наше отношение не должно быть таким: «Это – хаос; это – граница анализа и его полезности; сказать больше нечего». Напротив, довольно часто бывает так, что мы сталкиваемся с расходящимися употреблениями потому, что концептуальное основание в целом, благодаря которому отклоняющийся говорящий или пишущий (*divergent speaker or writer*) подходит к предмету, как бы заставляет его взглянуть на классификацию явлений иначе, нежели ее видит обычный пользователь. Поэтому в данном пункте в аналитической юриспруденции мы имеем важную и привлекательную цель выявления мотивов отклонения от стандарта и тем самым установления полного различия в структуре мысли, ведущей к расходящейся классификации.

Как сказал один мой оксфордский коллега, обнаружение расхожащегося употребления даже в устах действительно свободного говорящего (*really loose speaker*) не должно быть причиной отказа от анализа понятий в какой-либо большей степени, нежели открытие ученым, что электрон вращается в обратном направлении, должно приводить его к выводу о том, что ему лучше отказаться от физики¹. Догматичным как раз было бы *a priori* принять точку зрения, что невозможно обнаружить ни одного объяснения аномального явления или что его не стоит даже искать.

d) Как аналитическая юриспруденция соотносится с обычным изучением отдельных отраслей права? Профессор Боденхаймер возражает, что если, как настаиваю я, юридические термины можно удовлетворительно прояснить только изучением примеров их действительного употребления в правовой системе, тогда «аналитическая юриспруденция сливается – или почти сливается – с позитивным правом»². Он делает вывод о том, что если это так, то в аналитической юриспруденции нет нужды, поскольку определение правовых понятий (или их «твердого ядра», которое только и определимо) может быть адекватно дано самими специальными дисциплинами.

¹ Austin J. L. A Plea for Excuses // Proceedings of the Aristotelian Society. 1956–1957. Vol. 57. P. 10.

² Bodenheimer E. Op. cit. P. 1085.

Эта ошибка вызвана главным образом подчеркнутым ранее пренебрежением различием между определениями, *научающими* употреблять студента неизвестные ему юридические выражения, и пояснениями, касающимися затруднений в использовании этих выражений, которые остаются, когда их употребление известно. Эти затруднения сохраняются, поскольку употребление подобных выражений многими утонченными способами отличается от употребления выражений, обычно не вызывающих затруднения. Изучающие, например, право собственности и изучающие общую юриспруденцию одинаковым образом нуждаются в объяснении, скажем, «слов предоставления субсидии» (слов-действий), но им это нужно по разным причинам, а поэтому и объяснение должно принимать различные формы. К тому, что на уровне юридической теории озадачивает относительно понятий обязательства, субъективного права, юридического лица или юридического действия, включающих употребление слов-действий, не нужно обращаться (а обычно и не обращаются) при обучении отдельным областям права. Студента можно научить, как минимум на довольно продвинутом уровне, правильному употреблению выражений «субъективное право», «обязательство», «акт передача имущества» без рассмотрения правильности их юридического анализа с точки зрения (соответственно) *предсказания* того, как поступят суды, *шансов* наложения санкций или объявления о намерениях. И все же подобные тезисы юридической теории выдвигались при попытке объяснить *функцию* и поэтому значение данных выражений. И объяснение необходимо, поскольку в их употреблении подспудно чувствуется нечто аномальное по сравнению с хорошо знакомым фиксирующим факты или описательным языком.

Следовательно, юриспруденция должна обеспечить именно более ясный обзор или свод тех особенностей юридических понятий, которые отличают их от обычных, относительно хорошо понятых типов понятий, и четко показать их отличительный способ функционирования. С этой целью должны быть учтены *примеры* их употребления в праве, но совершенно излишне проверять и требовать знания всех деталей от студента, изучающего материальное право. Таким образом, чтобы преуспеть в особом оперативном употреблении слов в праве, вполне достаточно рассмотреть несколько примеров этого достаточно общего свойства, и этого обычно бывает избыточно для изучения того, что отлича-

ет частные подвиды (договоры аренды, завещания, законодательные акты). Точно так же для прояснения понятия обязательства совершенно не нужно исследовать различия между договорными обязательствами и обязательствами из деликтов, и еще менее пригодны различия между определенными деликтами. Вместе с тем при изучении отраслей права часто *будет* необходимо подчеркивать особенности, считающиеся само собой разумеющимися или игнорируемые как очевидные, и показывать, *как* они вовлечены в структуру проблематичного понятия. Результат таких аналитических исследований – в отличие от обучения отдельным отраслям права – заключается в усиливающемся понимании юридических понятий, и не только путем демонстрации их места в правовом мышлении, но и путем ясного осознания точного способа их функционирования, которым они отличаются от более простых или более известных понятий обычного «дескриптивного» или фиксирующего факты дискурса.

IV

Наконец, относительно педагогики предмета я уже высказывался¹, поэтому лишь кратко объясню ту точку зрения, что ограниченное время, которое студент может потратить на юриспруденцию, лучше посвятить аналитическим исследованиям, а не социологической юриспруденции.

(а) Я ни в коем случае не считаю, что аналитические исследования студента должны сводиться исключительно к юридическим понятиям. В статье, из которой профессор Боденхаймер цитирует мои взгляды на этот предмет, я говорил, что великая ценность юриспруденции заключается в предоставлении благоприятной возможности научить людей в период их интеллектуального взросления «продолжать думать ясно и точно даже тогда, когда, как в случае с фундаментальными понятиями, включенными в структуру правовой системы *или лежащими на ее границах*, смутными могут быть сами предметы»². Этой, возможно туманной, фразой я намеревался сказать, что аналитические исследования студентов, наряду со строго и исключительно юридическими понятиями, должны, конечно, охватывать и такие понятия, как «справедливость», «естественное право», «наказание» и «ответственность», кото-

¹ Hart H. L. A. *Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945–1952)* // *The American Journal of Comparative Law*. 1953. Vol. 2, N 3. P. 355.

² Hart H.L.A. *Op. cit.* P. 363.

рые тесно взаимосвязаны с правом и традиционно включаются в изучение юриспруденции. Моя собственная практика заключается, конечно, в том, чтобы требовать от студентов несколько более подробного знакомства с исследованиями классиков теории на эти темы (например, с рассуждением Аристотеля в пятой книге «Никомаховой этики» о справедливости) и сравнения его с анализом нашего употребления в обычной жизни выражений «справедливый», «честный» как отличающихся от других элементов словаря морали. Здесь философия также открыла некоторые новые подходы. Теперь кажется полезным задаваться вопросом, при каких условиях мы используем дихотомию «справедливое/несправедливое» (в отличие от «доброе/злое»), а не очевидным вопросом «Что такое справедливость?». Это – стоящая упоминания возможность уже указанного разделения анализа между *определением* справедливости на основе устойчивого принципа обеспечения признания надлежащими требований равного или неравного отношения и изменяющимися *критериями*, определяющими, когда такие требования являются надлежащими. Точно так же и при рассмотрении различных случаев, например таких, когда мы говорим, что (i) право, (ii) правоприменение или отправление правосудия, (iii) возмещение были справедливыми или несправедливыми, неплохо было бы помнить о том, что то, что объединяет эти три случая, может *по-разному* относиться к основному принципу.

Детальный *анализ* этих главных понятий морали, с которыми право связано наиболее тесно, мне кажется более ценным и как форма интеллектуального натаскивания, и как средство, обеспечивающее студента более широкой перспективой рассмотрения права, нежели натаскивание в фактической оценке и критике того или иного правового установления в свете различных социологических или психологических теорий или социально ориентированных концепций. Сказать это – не значит отрицать ценность альтернативных подходов, и, конечно, я согласен с тем, что не может и не должно быть *абсолютного* разрыва аналитических исследований с рассмотрением основных частей эмпирического знания, относящихся к критике социальных или правовых институтов. Например, было бы абсурдным пытаться проанализировать понятие наказания или ответственности либо определить значение и важность понятий возмездия, устрашения или исправления, не рассматривая при этом общие теории человеческой природы и не исследуя утверждения, согласно которым открытия психоло-

гии сделали последовательное употребление этих понятий иррациональным или продемонстрировали потребность в их модификации, если они не должны отменить социальные цели, которым они, как считается, служат.

(b) Я не сомневаюсь, что студент, который в годы своего интеллектуального взросления приобретает навык тщательного анализа понятий, даже если это рассматривается как некие «академические» крайности, приобретает технику, которая без труда может быть применена в других областях. По моим собственным наблюдениям, подтвержденным многими практикующими юристами и учениками, такой навык имеет чрезвычайную ценность в расширении способности студента иметь дело с конкретными отраслями права; однако это не тот навык, которым можно овладеть, по крайней мере хорошо овладеть, просто сосредоточившись на этих областях. Уровень абстракции, требуемый в более широких аналитических исследованиях того вида, который я упоминал, и сложность понятий на этом уровне, по моему мнению, делают их анализ уникальным образовательным инструментом.

(c) Наконец, я надеюсь, из всего, что я сказал, становится ясным, что я не считаю аналитическую юриспруденцию исключительной в отношении к другим формам юриспруденции. Конечно, имеется пространство и для других подходов, хотя у меня есть собственные причины в качестве образовательного средства предпочитать аналитику. Вместе с тем я думаю, что ни один непредубежденный студент-социолог не может отрицать, что оцениваемая с точки зрения озарений, которые она должна обеспечить, средняя книга, написанная в социологическом ключе на юридическую или иную тему, полна как раз такими непроанализированными понятиями и двусмысленностями, которым может успешно противостоять студент, натренированный в анализе. Как психология, так и социология – относительно молодые науки с нестабильной структурой понятий и, соответственно, неопределенной и неустойчивой терминологией. Если они должны использоваться для того, чтобы пролить для нас свет на природу права, эти науки должны с осторожностью и особой чувствительностью обращаться с двусмысленностью и смутностью, а также с другими лингвистическими аномалиями, которые студент лучше оценит, имея дело с ведущими понятиями права в духе аналитики. Надеюсь, не будет обидным, если в качестве иллюстрации данной точки зрения я возьму один из тех вопросов, которые профессор Боденхаймер упоминает в качестве примера «множества по-

ставленных задач, иных, нежели формальный анализ, которые юриспруденция призвана решить в пользу права»¹.

Эти «поставленные задачи» включают «трудный вопрос, выдвинутый на первый план противоположными взглядами Остина и Эрлиха, относительно того, кто является *подлинным автором права* – государство (*government*) или общество»². Конечно, нельзя без безнадежной путаницы подступиться к этому вопросу до тех пор, пока мы не установим, что в подобном контексте можно было бы подразумевать под выражением «подлинный автор права». Подразумевает ли это (а) главное или наиболее важное каузальное влияние в определении того, что законы создаются и/или навязываются? Если это так, то что подразумевается, когда говорят, что одно влияние более важно, чем другое? Или же «подлинный автор права» подразумевает (b) человека, имеющего преимущественное моральное притязание определять, чем должно быть право? Или же (c) правотворческую деятельность, рассматриваемую судами в правовой системе как критерий того, что правила должны применяться в судах как закон? Все это является вопросами анализа, и я надеюсь (и верю), что натаскивание в аналитической юриспруденции содействует тому, чтобы студент увидел, что в решении «трудного вопроса» профессора Боденхаймера нельзя добиться прогресса без первоочередного ответа на эти предварительные аналитические замечания относительно самого их значения. Разве, как минимум, не видно, что, когда исследовано и установлено *значение* или *значения* понятия «подлинный автор права», на самом вопросе не нужно задерживаться?

Харт Г.Л.А.

Философия права и юриспруденция в Великобритании (1945–1952)³

Между изучением права и профессиональной юридической деятельностью в Англии и США есть определенные различия, учет которых, по крайней мере, столь же важен, как и их сходство. Но, несмотря на то, что большинству американских юристов

¹ Bodenheim E. Op. cit. P. 1085.

² Bodenheim E. Op. cit. P. 1086.

³ Перевод с англ. В.В. Оглезнева и В.А. Суровцева. Перевод выполнен по изданию: Hart H.L.A. Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945–1952) // The American Journal of Comparative Law. Vol. 2, No. 3 (Summer, 1953). P. 355–364.

эти различия прекрасно известны, их нередко упускают из вида, а поскольку описывать британское право на любом историческом этапе без учета этих различий вряд ли имеет смысл, я должен подкрепить свою точку зрения напоминанием о том, что и так хорошо известно. Первое, хотя и не столь важное различие, – это различие в масштабе. Число практикующих юристов, преподавателей права и студентов в Великобритании ничтожно по сравнению с Соединенными Штатами, и шансы опубликовать статью по общим или абстрактным темам, связанным с правом, соответственно крайне низки. В настоящее время существуют пять юридических¹ и четыре философских журнала, где такие статьи иногда могут встретиться; на фоне огромного потока американских трудов по праву работы английских философов и юристов выглядят незначительной струйкой.

Второе, юридическая профессия в Англии до сих пор строго делится на две совершенно различные части и, несмотря на некоторые совпадения участия в процессах в нижестоящих судах и в нотариальной и консультативной деятельности по делам средней степени сложности и важности, деление на солиситоров и барристеров сохраняется в качестве реальной специализации функций. Более того, я считаю, что специализация английских барристеров в различных отраслях права намного выше, чем у американских юристов. Хотя каждое отделение Высшего суда Правосудия в Англии и обладает юрисдикцией применять статутное право и право справедливости, все-таки Канцлерское отделение на практике во многом все еще остается судом «права справедливости», а Отделение королевской скамьи – судом общего права. Большинство барристеров считают себя либо «специалистами по общему праву», либо «барристерами Канцлерского суда» и работают обычно только в одном из отделений Высшего суда; это, хотя в меньшей степени, верно и для судей. Разделение функций между барристерами, в отличие от разделения между солиситорами и барристерами, конечно, не вопрос права. Фактически у любого барристера есть право быть выслушанным в любом отделении любого суда в Англии, но разграничительная линия между адвокатами, специализирующимися на праве справедливости и на общем праве, на практике сохраняется, отчасти из-за огромных различий в технических особенностях процедуры, а также

¹ Речь идет о следующих журналах: The Law Quarterly Review, The Modern Law Review, The Cambridge Law Journal, The Juridical Review, British Year Book of International Law.

ввиду того, что различия в типе работы по-прежнему достаточно привлекательны для людей разного склада ума и темперамента. Эта двойная специализация функций и предмета сводит на нет полезность понимания юристом общих принципов, и со временем атрофирует любой изначальный вкус к размышлению о них, если вообще не делает его скептиком в отношении ее значения как части юридического образования. Конечно, для противодействия сужающему воздействию профессиональной специализации университеты в последние годы сделали достаточно много, чтобы отказаться рассматривать юридическое образование просто как специальную подготовку.

Но при оценке этого влияния должно быть учтено третье и, возможно, самое важное различие между британским и американским направлениями юридической науки. В Англии университетский диплом не требуется в качестве разрешения для работы ни по одному виду юридической профессии, и хотя у значительного числа солиситоров и барристеров все же есть университетские дипломы, однако большинство из них получили неюридическое образование¹. Нынешний лорд-канцлер и начальник судебных архивов (сегодня титул главы Государственного архива Великобритании. – *Прим. пер.*) являются выпускниками Оксфордского университета, но ни один из них не имеет диплома юриста. К тому же среди английских юристов различных специализаций удивительно высокий процент получивших высшее образование в виде известной оксфордской комбинации философии и древней истории, технически известной как *Literae Humaniores*², или попросту как «Greats». Из семи сегодняшних судей Отделения королевской скамьи четверо не имеют диплома юриста, а один в течение года изучал право в Кембриджском университете, имея при этом высшее техническое образование. Сегодня, возможно, не многим более половины судей общего права имеют дипломы юристов.

¹ См.: *Gower L.C.B. English Legal Training // The Modern Law Review. 1950. Vol. 13. P. 137*: 57 % барристеров, получивших в 1949 году право осуществлять адвокатскую деятельность, имели высшее образование, и около 70 % из них имели дипломы юриста. 36 % солиситоров, получивших в этом же году право осуществлять адвокатскую деятельность, имели высшее образование, и 73 % из них имели дипломы юриста. Все они получили дипломы британских университетов, и даже если учесть дипломы, полученные в университетах колоний, доминионах или иностранных университетах, эти проценты вряд ли были бы намного выше.

² Четырехгодичный курс классических языков и философии в Оксфордском университете. □ *Прим. пер.*

II. Философия права

По этим и другим причинам выражение «философия права» не прижилось в Англии. Эти слова все еще имеют иностранное звучание, и даже ученому-юристу представляется, что усилие связать предмет своего исследования с некоторым теоретическим *мировоззрением* малорезультативно. Если он вообще верит, что существуют точки соприкосновения права и метафизики, то чувствует, что они находятся на периферии его интересов, если не за их пределами. Тем не менее в Англии, как и везде, философия права существует¹, но книги по этой теме пишутся и читаются в основном философами, а не юристами. Каждый год университеты поставляют выпускников, которые в качестве части курса по философии изучили, часто в греческом оригинале и довольно детально, «Государство» Платона и «Никомахову Этику» Аристотеля, и обсуждали, и размышляли над ними как над настоящими вопросами философии права. Но, по правде говоря, плоды таких размышлений крайне редко облекались в форму, которая легко могла бы привлечь внимание юристов. Это положение дел делает книгу м-ра У.Д. Лемонта «Основания морального суждения»², помимо ее внутренних достоинств, необычной. Основная задача книги объяснить природу морального суждения, однако фактически она содержит самый оригинальный и ценный анализ понятия «справедливость», а также связанных с ней понятий «право», «обязанность», «выгода» и «ответственность». Отсутствие какой-либо общей философской позиции и проведение детального и поэтапного анализа со ссылками на многие судебные решения делают книгу, при первом приближении, очень непохожей на работы континентальной философии права. Но она в своей особой эмпирической манере охватывает те же самые вопросы, как и явно метафизическая работа Дж. Дель Веккио «Справедливость»³, и фактически приходит к тем же самым выводам. Однако там, где Дель Веккио предлагает «трансцендентальную дедукцию» принципа справедливости согласно традиции критического идеализма, профессор Лемонт старается возможно

¹ А.Л. Гудхарт в работе «Вклад Англии в философию права» (*Goodhart A.L. English Contribution to the Philosophy of Law. Oxford University Press, 1949*) показывает, что если «философия» отождествляется только с «философской системой», ценность ее вклада [в философию права. – *Прим. пер.*] можно отвергнуть.

² *Lamont W.D. The Principles of Moral Judgment. Oxford Clarendon Press, 1946.*

³ *Del Vecchio G. Justice: An Historical and Philosophical Essay. New York: Philosophical Library, 1953.*

более трезво прояснить и доказать утверждение, что стандарты справедливости, вытекающие из моральных и правовых суждений, являются в некотором смысле необходимыми, а не случайными и «вытекают из нашей природы». Недавно профессор А.Х. Кэмпбелл из Эдинбургского университета перевел на английский язык и отредактировал книгу Дель Веккио, написал для нее подробное введение и добавил много поясняющих примечаний; эти две книги вместе со статьей К.К. Аллена «Справедливость и целесообразность»¹, безусловно, являются серьезным достижением в анализе специфического понятия справедливости и демонстрируют юристам, какую ценность имеет внимательное и подробное философское размышление о праве.

III. Юриспруденция

Конечно, нет никаких четких границ, разделяющих неизвестную «философию права», сравнительно недавно признанную «теорию права» и знакомую «юриспруденцию»; поскольку то, что изучают и обсуждают в английских университетах в качестве юриспруденции, есть, и всегда была, группа тесно взаимосвязанных вопросов о праве. Но, несмотря на то, что для получения диплома юриста не нужно сдавать экзамен по философии права даже в качестве дополнительного предмета, юриспруденцию в обязательном порядке изучают почти в каждом университете страны. И хотя только в шести университетах юриспруденция фигурирует в названии кафедры, очень большое число университетских преподавателей фактически преподают этот предмет в рамках общего курса. То, что сегодня рассматривается как область данного предмета (и, возможно, как суть преподавания), можно лучше всего понять из стандартного списка литературы, которая рекомендуется студенту для прочтения, и вопросов, на которые он должен ответить на выпускном письменном экзамене.

Книги

Allen, Law in the Making.

Bryce, Studies in History and Jurisprudence, Vol. II.

Friedmann, Legal Theory.

Goodhart, Essays in Jurisprudence and the Common Law.

¹ Allen C.K. "Justice and Expediency" in *Interpretations of Modern Legal Philosophies: Essays in Honor of Roscoe Pound*. Edited, with an introduction, by Paul Sayre. Oxford University Press, 1947.

Holland, Elements of Jurisprudence.
Jethro Brown, Austinian Theory of Law.
Jones, Historical Introduction to the Theory of Law.
Maine, Ancient Law (Pollock's edition).
Maitland, Collected Papers.
Modern Theories of Law (ed. Jennings).
Paton, A Text-book of Jurisprudence.
Pollock, A First Book of Jurisprudence.
Pollock and Wright, Possession in the Common Law.
Pound, Introduction to the Philosophy of Law.
Salmond, Jurisprudence.
Vinogradoff, Common Sense in Law; Historical Jurisprudence.
Cardozo, The Nature of the Judicial Process.
Holmes, The Common Law.
Grey, Nature and Sources of Law.
Hohfeld, Fundamental Legal Conceptions.

Вопросы

1. Что такое юридическая фикция? Является ли правосубъектность юридических лиц юридической фикцией?
2. «Толкование законов должно быть менее аналитическим и более функциональным; необходимо раскрыть эффект законодательного предписания таким образом, чтобы социальные ценности, гарантируемые им, получили высшее признание». Является ли это утверждение правильной позицией в вопросе судебного правотворчества?
3. Является ли право собственности отношением между людьми и правом или только между людьми?
4. Различие между правом и справедливостью (А) необходимо или (В) желательно?
5. Сравните и противопоставьте взгляды на природу права либо (А) Джерома Фрэнка и Кардозо, либо (В) Савиньи и Мэйна.
6. Говорить о «злоупотреблении правом» – значит злоупотреблять языком. Вы с этим согласны?
7. Дайте определение небрежности, намерения и мотива как юридических понятий.
8. «О суверенитете юристам необходимо знать только то, где закон его устанавливает». Объясните.

9. Может ли естественное право быть полезным в современном мире?

10. В каком смысле или смыслах должны рассматриваться следующие источники права: обычай, естественное право, *Grundnorm*?

Возможно, из этих двух списков становится очевидным, что юриспруденция остается преимущественно, но ни в коем случае не всецело, аналитичной в прямом смысле этого часто используемого слова. И хотя здесь было бы столь же трудно, как и в Америке, найти в университетах хоть сколько-нибудь существенные следы концепции права, иногда приписываемой юристу «аналитического» толка, имеющей вид жесткой системы, в которой единственным инструментом, необходимым судье для применения права, является дедуктивное размышление, тем не менее проблемы анализа, толкования и определения в большинстве случаев составляют основное содержание учебного курса юриспруденции. Конечно, в Великобритании концепция юриспруденции, в этом преимущественно аналитическом смысле, всегда была объектом нападения с различных сторон. Как говорится, не достаёт ясности; и чрезмерно часто подчеркивать важность вопросов определения и анализа — значит опосредованно поддержать порочный отрыв права от его социального и политического контекста и целей, к которым от природы склонен ум английского юриста. Для некоторых засилье данной аналитической традиции на протяжении последних десяти лет, характеризующихся изменениями как в социальной сфере, так и в экономике Великобритании, казалось почти необъяснимой аномалией, и конечно же, наиболее важные работы по юриспруденции за последние семь лет явились попыткой сместить эту тенденцию с ведущих позиций, это монументальный труд доктора Джулиуса Стоуна «Сфера деятельности и функция права»¹ и две книги профессора Вольфганга Фридмана «Теория права»² и «Право и социальные изменения современной Британии»³.

И доктор Стоун, и профессор Фридман в своих книгах говорят о раздвоенности аналитически мыслящего юриста, и показывают ему, почему для понимания права, в отличие от знания, необходима связь

¹ Stone J. The Province and Function of Law: Law as Logic, Justice and Social Control; A Study in Jurisprudence. Sydney, Australia: Associated General Publications Pty. Ltd., 1946. Переиздана в 1950 в издательстве Harvard University Press. — *Прим. пер.*

² Friedmann W.G. Legal Theory. London, 1944.

³ Friedmann W.G. Law and Social Change in Contemporary Britain. London, 1951.

с философскими, политическими и экономическими основаниями. Соответственно, в обеих этих книгах появляется нечто новое для английской юриспруденции, а именно рассмотрение, хотя и сжатое, значительного количества различных философских систем и учений, повлиявших на развитие права. Английский юрист склонен относиться к этой точке зрения с подозрением, так как у него есть ощущение, что либо вообще не надо заниматься философией, либо этим следовало бы заниматься с самого начала. Но доктор Стоун и профессор Фридман делают этот экскурс в философию только дополнительной, хотя и важной, частью их главной задачи, которая заключается в том, чтобы продемонстрировать недоверчивому английскому юристу, что за часто обманчивой формальной структурой каждой правовой системы скрывается идеология, состоящая из разнообразных философских, политических, моральных и экономических частей. И это, как считают оба автора, главный урок, который юриспруденция должна преподать не только ученому-юристу, но и судье, и юристу-практику, и пока этот урок не усвоен, не будет ни понимания реальной работы правовой системы, ни рационального контроля над ее развитием. В лице доктора Стоуна английский юрист наконец-то обрел, так сказать, своего Паунда, способного научить его, как оценить способ и степень регулирования английским правом различных противоречивых общественных интересов, и которого, по крайней мере, можно спросить, если невозможно найти ответ, как такие интересы должны быть согласованы. Во второй книге доктора Фридмана содержится детальное приложение этой социологической темы к современной Англии, где вследствие значительных политических, экономических и социальных изменений («Государство всеобщего благоденствия») правовая система, оставаясь формально той же самой, во многих случаях стала осуществлять новые функции. Книга подробно иллюстрирует ту степень, в которой как *контроль* со стороны государства за ранее предоставленными человеку действиями, так и *защита* первоочередных потребностей человека средствами широкой системы социального обеспечения сказались на каждой отрасли английского права, в которой появились гибридные образования, вроде публичного юридического лица (*public corporation*), устраняющие традиционные классы субъектов права. Старые различия стали расплывчатыми, а новые — необходимыми. Кроме того, в его книге содержится исследование позиции судебной власти в отношении нового коллективистского духа, взбаламучивающего

старые формы индивидуализма, исследование адаптации средств защиты частного права к публичным целям, а также изменения в способах толкования статутов в связи с изменением концепции отношений между государством и индивидом.

Вторая самая важная работа этого периода имеет совершенно другой характер. За последние двадцать лет философия в Англии, включая моральную философию, была занята главным образом анализом языка, а прежние традиционные проблемы были представлены и рассмотрены как вопросы языкового значения, а не как вопросы о фактах. Конечно, нечто подобное происходило и в Америке, но английские философы, особенно в последнее время, гораздо меньше занимались формализованными разделами науки, математикой и логикой, но, напротив, намного больше внимания уделяли философии обыденного языка (являющегося также языком историков, литературных критиков и юристов) и дифференциации различных типов эмпирического дискурса и их характерной аргументации. С самого начала это движение было инспирировано убеждением, что если не все, то большая часть философских вопросов могла бы быть решена демонстрацией того, что их источник – недопонимание языка, в котором они обсуждаются; и были выявлены определенные типовые ошибки, например, трактовать как вопросы о фактах то, что является вопросами о словах, или считать, что каждое субстантивированное выражение (включая абстрактные общие имена) обозначает некоторую отдельную вещь.

Очевидно, что философия, столь по стилю и по характеру напоминающая Бентама, имеет особую значимость для юриспруденции, и удивительно, что до 1945 года новые методы лингвистического анализа всерьез к праву не применялись. В 1945 году профессор Гленвилл Уильямс опубликовал статью «Международное право и дискуссии вокруг слова ‘право’»¹, в которой он подвергает резкой критике юристов, размышлявших над тем, является ли международное право «действительно» правом, как будто это – вопрос о факте, а не вопрос о словах, зависящий от конвенции, которую теоретик может свободно принять или отвергнуть. В ней каждый изгиб и поворот в затянувшейся со времен Остина логомахии изображены автором с одинаковым старанием и неприязнью. Это было продолжено им в пяти статьях под общим названием «Язык и право» в журнале

¹ Williams G.L. International Law and the Controversy Concerning the Word «Law» // British Year Book of International Law. 1945. Vol. 22. P. 146.

«Ежеквартальное юридическое обозрение»¹, где автор применяет свои критические методы к исследованию огромного количества юридических тем. В этих работах содержится не только критический анализ зачастую неоправданно раздутого значения, придаваемого различным оттенкам юридической фразеологии, но также и ценное обсуждение специальных проблем, которые возникают при применении правовых норм вследствие того, что большинство используемых важных понятий содержат в себе только зачатки будущего фиксированного или стабильного значения, или непрерывно балансируют на грани, зачастую произвольно разделяющей два разных смысла. Среди прочих вопросов данное широкомасштабное исследование рассматривает проблемы тождества и классификации, *specificatio*, юридические выводы и общее определение. Все это богато проиллюстрировано на многочисленных примерах, заимствованных из судебной практики и приводит к попытке анализа понятия «должное», присутствующего в правовых нормах с помощью указания на «эмотивное» значение. Я думаю, немногие из современных философов разделили бы крайний номинализм этого автора и возразили бы, что границы приложения юридических понятий к фактам не так произвольны, как он предлагает. Также они заявили бы, что он игнорирует разнообразие способов, в которых слова приобретают значения слова и многообразие функций, которые они осуществляют. Однако нет сомнений, что эти статьи, не только избавляют от множества мусора, но также вносят значительный вклад в понимание правового мышления. В 1947 году этот автор издал десятый выпуск «Юриспруденции»² Дж.У. Сэлмонда с существенными изменениями и дополнениями, и здесь также некоторые традиционные вопросы юриспруденции подвергнуты строгому вербальному анализу.

Я думаю, в Англии нет никаких «правовых реалистов», в американском смысле этого слова. При всей важности судов, они никогда не представлялись настолько важными или настолько свободными в своей деятельности, чтобы сделать правдоподобным утверждение о том, что право – это всего лишь предсказание того, что сделают суды, или определение юридических прав и обязанностей с точки зрения средств правовой защиты. С другой стороны, наиболее удачную критику этих известных американских доктрин можно обнаружить в книге

¹ Williams G.L. Language and the Law // The Law Quarterly Review. 1945–1946. Vol. 61, 62.

² Salmond J.W. Jurisprudence. Tenth edition by Glanville L. Williams. London: Sweet and Maxwell Ltd., 1947.

У.У. Бэкланда «Некоторые размышления о юриспруденции»¹ и в рецензии² профессора А.Х. Кэмпбелла на работу Джерома Фрэнка «Суды первой инстанции»³. Совсем небольшая книга Бэкланда рассматривает, возможно несколько категорично, немецкую юриспруденцию, но при этом она является замечательным примером ясности, пронизательности и краткости. Сочетание профессором Кэмпбеллом аналитической силы с сочувствующим отношением к самым разнообразным юридическим подходам проявилось не только в издании уже упомянутой «Справедливости» Дель Веккио, но и в статьях «Международное право и изучение юриспруденции»⁴ и «Фашизм и законность»⁵ и, возможно более всего, в серии подробных и всесторонних обзоров, включая и исследование доктора Стоуна⁶, и первую книгу профессора Фридмана⁷, которые являются образцами для работ такого рода.

Удивительно, что в эти годы авторы естественно-правовой традиции внесли столь ничтожный вклад в развитие английской юриспруденции, поскольку можно было бы ожидать, что расширение государственного вмешательства в сферу частной жизни позволило бы всерьез пересмотреть, по крайней мере, католические доктрины естественного права. Однако широкой общественности томистскую традицию представляют только книга профессора А.П. Д'Атрэв «Естественное право»⁸, где автор напоминает о той роли и о том значении, которое имело естественное право в разные эпохи, и настаивает на том, что есть точка пересечения права и морали, и книга м-ра Р. О'Салливана «Наследие общего права»⁹ с ее ностальгическими

¹ Buckland W.W. Some Reflections on Jurisprudence. Cambridge University Press, 1945.

² Campbell A.H. Courts on Trial // The Modern Law Review. 1950. Vol. 13. P. 445–454. См. также: Goodhart A.L. «An Apology for Jurisprudence» in *Interpretations of Modern Legal Philosophies: Essays in Honor of Roscoe Pound*. Edited, with an introduction, by Paul Sayre. Oxford University Press, 1947. P. 283–302.

³ Frank J. Courts on Trial. Myths and Reality in American Justice. Princeton University Press, 1949.

⁴ Campbell A.H. International Law and the Student of Jurisprudence // Transactions of the Grotius Society. 1949. Vol. 35, Problems of Public and Private International Law. P. 113–132.

⁵ Campbell A.H. Fascism and Legality // The Law Quarterly Review. 1946. Vol. 62. P. 141–151.

⁶ Friedmann W.G. Review «The Province and Function of Law by Julius Stone» // The Modern Law Review. 1948. Vol. 11. P. 235–238.

⁷ Frank J. Review «Legal Theory by Wolfgang G. Friedmann» // Harvard Law Review. 1946. Vol. 59, No. 6. P. 1004–1012; Goodhart A.L. Review «Legal Theory by Wolfgang G. Friedmann» // The Modern Law Review. 1950. Vol. 13, No. 2. P. 254–257.

⁸ D'Entrèves A.P. Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy. London: Hutchinson's University Library, 1951.

⁹ O'Sullivan R. The Inheritance of the Common Law. London, 1950.

чаяниями по общему праву, не испорченному статутами. Есть, правда, два выпуска «Докладов общества Томаса Мора»¹ (1948–1949) (*Papers Read to the Thomas More Society*), которые содержат несколько статей, важных для тех, кого не нужно убеждать относительно существования основополагающих принципов².

Наконец, исследования по сравнительному правоведению инспирировали критику почтенного *клише* относительно общего характера английского права. В работе профессора Ф.Г. Лоусона «Рационалистическая сила английского права»³ показывается, что рациональность не является монополией кодексов и что оцененное по критерию логической связанности и правомерности применяемых средств английское право, несмотря на свою некоторую неупорядоченность, ничуть не хуже по сравнению с континентальной или американской правовыми системами. Сходным образом и м-р Н.С. Марш, используя терминологию Макса Вебера, показал в своей статье «Доктрина и усмотрение в судебном процессе»⁴, каким образом в англо-американской и континентальной системах используются как «рациональные», так и «иррациональные» методы судебного решения, то же самое касается реакции в рамках права на меняющуюся потребность в гибкости и определенности.

IV

Это и есть, я думаю, главные особенности английской юриспруденции и философии права послевоенного времени. А теперь я предположу, что будет в будущем. Я думаю, что английская юриспруденция по характеру останется преимущественно анали-

¹ Особо см.: *Thomas I.* "The Limits of Law and Legislation" in *The King's Good Servant. Papers read to the Thomas More society of London*. Edited by Richard O'Sullivan. Oxford Basil Blackwell, 1948, и *Rogers J.F.* "Law and Political Power" in *Under God and the Law. Papers read to the Thomas More Society of London*. Edited by Richard O'Sullivan. Oxford Basil Blackwell, 1949.

² Многие писатели, не принадлежащие традиции естественного права, конечно, были обеспокоены расширением во время и после Второй мировой войны судебных и законодательных полномочий исполнительной власти. Для оценки характера и достаточности гарантий индивидуальной свободы особенно обрати внимание на *Denning A.* *Freedom Under the Law*. London, 1949 и *Allen C.K.* *Law and Orders: An Inquiry into the Nature and Scope of Delegated Legislation and Executive Powers in England*. London, 1945.

³ *Lawson F.H.* *The Rational Strength of English Law*. London, 1951.

⁴ *Marsh N.S.* *Principle and Discretion in the Judicial Process* // *The Law Quarterly Review*. 1952. Vol. 68. P. 226–237. Для более углубленного понимания см. также *Marsh N.S.* *Deduction and Induction in the Law of Torts: A Comparative Approach* // *Journal of Comparative Legislation and International Law*. 1951. Vol. 33. P. 59–69.

тической, по крайней мере в университетах, и что социологическая юриспруденция при всей ее сегодняшней важности и при всем ее практическом опыте, согласно современным показателям, не составит серьезной конкуренции. Большинство преподавателей права, я надеюсь (хотя тут я, возможно, излишне обобщаю исходя из своего оксфордского опыта), посчитали бы, что основным оправдывающим обстоятельством включения юриспруденции в перечень обязательных для изучения дисциплин является благоприятная возможность научить людей в период их интеллектуального взросления продолжать думать ясно и точно даже тогда, когда, как в случае с фундаментальными понятиями, включенными в структуру правовой системы или лежащими на ее границах, может быть смутным сам предмет изучения. Аристотель считал, что молодые люди не должны изучать этику, потому что им недостает практического опыта, способного придать ей полезности, и отчасти по подобным же причинам многие преподаватели юриспруденции считают, что обучение анализу фундаментальных юридических понятий и дистинкций оказывает большее воспитательное воздействие, чем исследование общественного воздействия или политики. С другой стороны, я думаю, что покровительство восстановлению дружеских отношений между юриспруденцией и философией было бы очень полезно. Ведь современная философия не только занимается проблемами обыденного языка, но и говорит на нем; и теперь между двумя этими науками больше не существует барьера из метафизического жаргона технических терминов. Еще более важно то, что на протяжении этих семи лет (1945–1952. – *Прим. пер.*) философы проявляли недюжинный интерес к темам, имеющим особое значение для юристов. В частности, центральными темами недавних философских дискуссий¹ были понятие *правила* и логические особенности выражений, требующих или использующих правила; как часть процесса общего переописания наших представлений о сознании и теле², было проведено довольно детальное исследование понятия «действие», результат которого, несомненно, важен для прояснения понятий

¹ См.: Austin J.L. Other Minds // *Proceedings of the Aristotelian Society*. 1946. Suppl. Vol. 20. P. 148–187. См. русский перевод: *Остин Дж.Л. Другие сознания // Три способа пролить чернила*. СПб.: Алетейя, 2006. С. 96–137; Hare R.M. The Language of Morals. Oxford Clarendon Press, 1952.

² См.: Ryle G. The Concept of Mind. University of Chicago Press, 1949. См. русский перевод: *Райл Г. Понятие сознания*. М.: Идея-Пресс, 1999.

«намерение», «мотив» и «воля», со временем это должно привести к устранению в юриспруденции смешения понятий «объективное» и «субъективное». Новый анализ функций имен и дескрипций может пригодиться для правовых вопросов, касающихся правильной или ошибочной идентификации сторон договора и для толкования документов, в то же время открытие того, что одно высказывание или правило может *относиться* к другому высказыванию или правилу многими различными способами, могло бы обеспечить основание для более четкого понимания как структуры, так и взаимосвязи правовых систем и отношений между правовыми и моральными нормами. Наконец, интерес к таким типам аргументации, которые как в морали, так и в праве могут быть разумными, не будучи при этом последовательными, и к таким способам рассуждений, в которых применяются понятия, не поддающиеся строгим определениям, но имеющие «открытую текстуру», может, наконец, помочь юристам освободиться от представления, инспирированного в прошлом как догматической слепотой, так и скептическим сумасбродством, что понятие аргументации полностью исчерпывается дедуктивным доказательством¹.

Бикс Б.

**О философии в американском праве:
аналитическая философия права²**

Рецензия аналитической философии права

Несмотря на то, что «анализ» – это термин, включающий как нахождение необходимых и достаточных условий, так и разумное объяснение практических вопросов, предметом изучения аналитической философии права является сущность права и правовых понятий. Аналитическая философия права является частью аналитической

¹ Об актуальности современной философии для юриспруденции см.: *Rees W.J.* The Theory of Sovereignty Restated // *Mind*. 1950. Vol. 59. P. 495–521; *King B.E.* Propositions about Law // *The Cambridge Law Journal*. 1951. Vol. 11. P. 31–9; эссе современных авторов Ф. Вайсмана и Дж. Уиздома в журнале «Логика и язык» (1951).

² Перевод с англ. В.В. Оглезнева и В.А. Суровцева. Перевод выполнен по изданию: *Bix B.H.* On Philosophy in American Law: Analytical Legal Philosophy // *On Philosophy in American Law* / ed. Francis J. Mootz III. Cambridge University Press, 2009. P. 99–105.

традиции в философии и тесно связана с ней – с традицией, что доминировала в англоязычной философии на протяжении прошлого столетия¹.

В Британии, начиная с первых десятилетий XIX века, особенно с работ Джона Остина, придерживаются мнения, что аналитическая философия права занимает центральное положение в юриспруденции. Неудивительно, что большая часть работ по аналитической юриспруденции написана учеными, преподававшими в британских университетах (например, Дж. Остин², Г.Л.А. Харт³, Дж. Раз⁴ и Н. Маккормик⁵). В частности, современная англоязычная философия права начинается с работ Харта. В других странах философия права часто развивалась под влиянием других аналитических философов (и других юридических позитивистов), например Г. Кельзена⁶.

Направления исследований по эту сторону Атлантики всегда имели существенные отличия. Аналитическая философия права в США в одинаковой степени как искажалась, так и неправильно трактовалась. Американская академическая среда старалась, прежде всего, сосредоточиться на вопросах практического значения: в частности, чем должен руководствоваться судья при принятии решения по делу или как должна толковаться и применяться *Конституция*. При этом аналитические вопросы касательно сущности права и правовых понятий признавались неуместными. Когда студенты американских юридических факультетов

¹ Аналитический подход в философии, как правило, противопоставляется континентальной традиции, которая обычно ассоциируется с более системными мыслителями, вроде Г.В.Ф. Гегеля, хотя некоторые исследователи утверждают, что противопоставление «аналитическая *versus* континентальная» иногда вводит в заблуждение и преувеличено.

² Austin J. Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law. 2 vols., 4th ed. Rev. and ed. R. Campbell. 1879. Reprint, Bristol, UK: Thoemmes Press, 2002; Austin J. The Province of Jurisprudence Determined. Cambridge University Press, 1995.

³ Hart H.L.A. The Concept of Law. Second Edition with Hart's Postscript / eds. P. Bulloch, J. Raz. Oxford University Press, 1997. См. русский перевод: Харт Г.Л.А. Понятие права. СПб., 2007. – Прим. пер. Hart H.L.A. Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory. Oxford University Press, 1982; Hart H.L.A. Essays in Jurisprudence and Philosophy. Oxford University Press, 1983; Hart H.L.A. Punishment and Responsibility. Essays in Philosophy of Law. Second Edition. Oxford University Press, 2008.

⁴ Raz J. The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System. Second Edition. Oxford Clarendon Press, 1997.

⁵ MacCormick N. Institutions of Law. An Essay in Legal Theory. Oxford University Press, 2008.

⁶ Kelsen H. Pure Theory of Law. University of California Press, 1967. См. русский перевод: Кельзен Г. Чистое учение о праве // Сборник переводов. 1. М., 1987. Вып.; Кельзен Г. Чистое учение о праве // Сборник переводов. М., 1988. Вып. 2. – Прим. пер.

сталкиваются с работами аналитических мыслителей, у них возникает вопрос, зачем тратить время на изучение сущности права, если эти знания не имеют «практического» приложения в юридической сфере? Подобное непонимание или отторжение характерно не только для студентов, но в равной степени и для ученых-правоведов, так же как и для правовых реалистов начала XX века, неправильно описывавших аналитических теоретиков права (лишь как формалистов¹), что, впрочем, характеризует и современных правоведов, аналитиков, занимающихся экономикой, и защитников критической теории. Среди американских теоретиков права бытует мнение, что даже такой фундаментальный для аналитической философии права труд, как «Понятие права» Г.Л.А. Харта, должен восприниматься просто как дезориентирующие инструкции для обоснования судебного (или конституционного) решения (judicial reasoning)².

Несмотря на некоторую враждебность США к рецепции аналитической философии права, американские ученые тем не менее добились внушительных результатов. В целом, в США для аналитической философии права настала благоприятная, но в то же время трудная пора. К позитивным моментам можно отнести лишь возросшее качество и утонченность готового интеллектуального продукта. Если аналитическая философия права сто лет назад, и даже сорок лет назад, представляла собой в большей степени размышления юристов над теоретическими вопросами и в меньшей степени – философские изыскания, то сегодня в этой сфере доминируют работы ученых, имеющих ученые степени по философии или имеющих соответствующие познания и навыки. Современная литература – яркое тому подтверждение.

Однако возрастающая сложность дискуссий в рамках аналитической юриспруденции³ и необходимость их экспертизы оказались препятствием для рецепции аналитической философии права и для оценки ее роли в США. Проблема в том, что, несмотря на то, что качество дискуссий в контексте современной аналитической фило-

¹ *Sebok A. Legal Positivism in American Jurisprudence. Cambridge University Press, 1998. P. 20–47.*

² Подобные недопонимание, разумеется, имеет место не только в этой сфере; в равной степени это касается европейских теоретиков, неправильно трактующих американский правовой реализм, право и экономику, а также современные критические теории.

³ Нельзя отрицать, что сходные процессы, связанные с усложнением экспертизы и специализацией (терминологии), происходят и в других отраслях американской теории права. К несчастью, этот универсальный рост специализации препятствует возможности обсуждения междисциплинарных подходов.

софии права требует определенного уровня знаний философской литературы, тем не менее этого уже не нужно для получения ученой степени, и она не заслуживает того, чтобы на нее тратили время и усилия. Но чтобы стать участником этих дискуссий, представленной современной литературой, было бы полезно, а, возможно, и необходимо, познакомиться с концептуальным анализом, анализом естественных видов, исследованием Витгенштейна проблемы следования правилу, эпистемологическим натурализмом, философским анализом конвенций, теорией интенциональности и многими другими философскими темами. Ни одну из этих тем не освоить с наскока, скажем за уикенд. Поэтому неудивительно, что те, кто вступил на длинный и тяжелый путь внимательного осмысления имеющихся проблем, раздражались, когда сталкивались с учениями, содержащими низкопробное и сбивающее с толку использование идей, с которыми сами их авторы едва знакомы¹. По-моему, было бы уместным попросить тех, кто цитирует, скажем, Витгенштейна, Гегеля, Канта или Фуко, продемонстрировать знание их работ. Ведь работы этих ученых не относятся к разряду тех, которые могут быть быстро и с легкостью освоены.

В то же время многое теряется из виду, когда философия права сводится лишь к разговору узких специалистов. Аргументом в пользу этой точки зрения является не то, что аналитическая философия должна быть доступной настолько, чтобы она смогла внести непосредственный вклад в дискуссии о пересмотре теории права. Напротив, как уже отмечалось, подобная позиция будет отражать лишь общее и к тому же весьма бесполезное недопонимание аналитической теории права. И все же ощущается большая и очевидная потеря от того, что теории о сущности права изолировались благодаря практикам и теоретикам, чья специализация отличалась от того, что может быть названо передовой философией. Другой причиной недовольства, связанной с обсуждением в юридической литературе известных аналитических мыслителей, является тенденция ссылаться на их имена для большей убедительности, т.е. в качестве утверждения, на которое нечего возразить. Выглядит это так: «Моя точка зрения согласуется с мнением известного философа (или социолога, или литературного критика, или экономиста) X, и как ты, простой смертный, можешь оспаривать мнение X!». Короче говоря, здесь мы имеем дело с учеными, которые

¹ Здесь Бикс имеет в виду статью Б. Лейтера *Intellectual Voyeurism in Legal Scholarship* // *Yale Journal of Law and the Humanities*. 1992. Vol. 4.1. P. 79–104. – *Прим. пер.*

«прячутся» за именами великих философов, как будто уже одного упоминания имен Витгенштейна, Канта или Фомы Аквинского достаточно для того, чтобы успокоить всех критиков.

Во-первых, основной проблемой подобных научных работ является то, что часто их авторы не знакомят читателя с основными идеями великих ученых и не обосновывают необходимость использования их идей в праве (мне известны такого рода ошибки в случае якобы применения работ позднего Витгенштейна при толковании права¹. Кроме того, я знаю о сходных проблемах со многими другими учеными – Гоббсом, Кантом, Хайдеггером, Хабермасом и др.).

Во-вторых, даже если статья действительно претендует на точное изложение взглядов Витгенштейна, Канта или Фуко в контексте рассматриваемой темы, точность истолкования не является гарантией того, что утверждение является правильным (например, утверждение о природе языка, реальности или права). В самом деле, мы должны проявить смирение и уважение к выдающимся мыслителям в нашей сфере. Однако все, кроме истинных ортодоксов, готовы согласиться, что даже Витгенштейн или Кант (Роулз или Раз) иногда ошибаются. У идеи есть свои достоинства и недостатки, но ошибаются даже самые великие философы. Поэтому авторы, цитирующие этих великих философов, должны приложить недюжинные усилия, чтобы обосновать заимствованные или видоизмененные ими аргументы.

Картина, кстати, осложняется еще и тем, что существующие критерии во многих колледжах и университетах опираются на количество статей (предпочтительно очень длинных статей), а не на их качество. Американская академическая правовая культура в целом (поддерживаемая неистовством студентов, рецензирующих статьи многих престижных журналов, как правило, без помощи старших коллег) поощряет, как правило, амбициозные (иногда и неординарные) заявления, а не скромные и осторожные замечания.

Большинство теорий о сущности права претендуют на определенную связь с правом, поскольку именно так обычно и происходит, и воспринимается это нормально. Правовые реалисты, вроде К. Ллевеллина, справедливо обращали наше внимание на связь между теорией и практикой². Тем не менее, чтобы лучше понять окружающий людей мир, надо осознать, что интерес представляют люди

¹ Bix B. Cautions and Caveats for the Application of Wittgenstein to Legal Theory // Topics in Contemporary Philosophy. Cambridge, MA: MIT Press, 2005. P. 217–229.

² Llewellyn K.N. On Philosophy in American Law // University of Pennsylvania Law Review. 1934. Vol. 82, No. 3. P. 205.

сами по себе, по крайней мере, большая их часть, если не все. И несмотря на то, что могло бы случиться так, что понимание должно быть связано с практическим применением самыми разнообразными способами, понимание как таковое все равно будет удовлетворять конкретные потребности.

Избранные темы

Парадигмальной темой аналитической юриспруденции являются дискуссии по поводу вопроса о сущности права. Несмотря на то, что современные аналитические философы права все еще актуализируют ставший уже традиционным вопрос «Что есть право?», несколько видоизменилась стратегия анализа. Теперь теоретики все острее ощущают значимость и необходимость таких основных методологических вопросов, вроде «Чем обоснованы и подкреплены общие и универсальные требования относительно сущности права?», «Является ли 'право' общим понятием: является ли право платоновской идеей, естественным видом (*natural kind*), функциональным видом (*functional kind*)?». И наоборот, «Может ли общая теория права основываться на той форме концептуального анализа, которая не требует противоречивых онтологических утверждений (вроде идеи 'права' у Платона)?».

Основными участниками дискуссий вокруг сущности права в США являются сторонники юридического позитивизма и теории естественного права. В рамках юридического позитивизма можно обнаружить разные теоретические подходы (каждый из которых принадлежит ученому неамериканского происхождения).

Джон Остин (и в некотором смысле Иеремия Бентам¹) предложил командную теорию права, отождествив право с командой суверена. Остин называл свою теорию изучения права «научной»², но она тем не менее тяготела к тому, чтобы редуцировать правовые нормы до единого общего знаменателя, покоящегося на эмпирических утверждениях, которые и так очевидны (например, кто кому должен подчиняться, что считать командой, и есть ли у командующего лица намерение и полномочия применять средства воздействия, если команда не исполняется).

¹ *Bentham J. Of Laws in General*. Ed. H.L.A. Hart. London: Athlone Press, 1970.

² *Austin J. Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*. 2 vols., 4th ed. Rev. and ed. R. Campbell. 1879. Reprint, Bristol, UK: Thoemmes Press, 2002. P. 1107–1108.

Позднее Ф. Шауэр¹ развил теорию юридического позитивизма, основываясь отчасти на подходе Остина.

С Герберта Харта² начинается герменевтический поворот в аналитической философии права и, особенно, в юридическом позитивизме. Он придал особое значение внутреннему взгляду участника правовой системы. Теория права, утверждал Харт, обладает преимуществами в том смысле, что включает в себя «внутреннюю точку зрения», т.е. внутренний взгляд участника, для которого правовые правила являются руководством к действию. Основное внимание Харт уделял социальным фактам и конвенциям, лежащим в основании правовой системы. Поэтому в его теории социальный факт – это критерий, позволяющий отличить нормы от привычек, поскольку тот, кто принимает норму, использует ее как оправдание своих действий или как оправдание критики на отклонение от того, что предписывает норма. На уровне правовой системы отделить правовые нормы от неправовых, согласно Харту, позволяет правило признания, критериями которого являются факты официального поведения. К видным американским ученым, развивающим хартовскую традицию юридического позитивизма, можно отнести Дж. Колмана³, М. Кремера⁴, Д. Лайонса⁵, Дж. Постему⁶, С. Шапиро⁷ и Ф. Сопера⁸.

Ганс Кельзен, стараясь установить логику, присущую нормативной системе права, в основание своей чистой теории права положил неокантианский подход. Кельзен применил в праве нечто, вроде кантовского трансцендентального аргумента: его теория начинается с вопроса «Что же вытекает из факта, что люди иногда рассматривают действия или слова других людей (официальных лиц) в качестве норм, имеющих обязательную юридическую силу?». Отдельные правовые нормы являются неотъемлемой частью нормативного суждения (например, закон имеет юридическую силу только потому, что он принят надлежащим

¹ Schauer F. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life.* Oxford Clarendon Press, 1993.

² Hart H.L.A. *Op. cit.*

³ См.: Coleman J.L. *Risks and Wrongs.* Cambridge University Press, 1992. – *Прим. пер.*

⁴ См.: Kramer M.H. *In Defense of Legal Positivism: Law without Trimmings.* Oxford University Press, 2003. – *Прим. пер.*

⁵ См.: Lyons D. *Open Texture and the Possibility of Legal Interpretation // Law and Philosophy.* 1999. Vol. 18, No. 5. P. 297–309. – *Прим. пер.*

⁶ См.: Postema G.J. *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence: Volume 11: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World.* Springer, 2011. – *Прим. пер.*

⁷ См.: Shapiro S.J. *Legality.* Harvard University Press, 2011. – *Прим. пер.*

⁸ См.: Soper P. *A Theory of Law.* Harvard University Press, 1984. – *Прим. пер.*

законодательным органом, законодательный орган, в свою очередь, наделяется этими полномочиями по *Конституции* и т.д.). Таким образом, чтобы доказать нормативную действенность отдельной правовой нормы, следует допустить имплицитное существование всей цепочки, включая «основную норму» правовой системы (например, «надо делать то, что предписано исторически первой конституцией»). К американским ученым, работающим над кельзеновским юридическим позитивизмом, следует отнести С. Полсона¹ и М. Грина².

Несмотря на то, что классическая теория естественного права представляет собой совокупность моральных, метатеоретических и (для некоторых теоретиков) теологических утверждений (и может не вписываться в сферу «аналитической философии»), тем не менее она имеет схожую аргументацию, которая покоится на исходных положениях естественного права и выдвигает утверждения касательно сущности права, конкурирующие с утверждениями юридических позитивистов. Ярким примером современной теории естественного права является концепция Дж. Финниса³. Другим американским ученым, исследующим традицию естественного права и ее релевантность другим теориям права, является М. Мерфи⁴.

Второй общей темой для аналитических правоведов является анализ правовых понятий. Эти ученые тяготеют к более точному пониманию и прояснению того, что понимается под (юридическими) правами, (юридическими) обязанностями, причинностью (в праве), (юридической) ответственностью и другими правовыми понятиями. Эти вопросы могут рассматриваться в качестве неотъемлемой части аналитической философии права, которая менее известна и редко обсуждается теми, кто не разделяет этой философской традиции (неспециалисты могут поднять на смех дискуссии вокруг вопроса «Что есть право?», но это положение дел, по крайней мере, указывает на их осведомленность об этих дискуссиях, даже если внешне они кажутся некорректными и многое упускающими из виду), однако эти вопросы могут оказывать непосредственное влияние на правовую действительность. В прецедентном

¹ См.: Paulson S.L. Kelsen's Legal Theory: the Final Round // Oxford Journal of Legal Studies. 1992. Vol. 12. P. 265–274 – Прим. пер.

² См.: Green M.S. Legal Realism as Theory of Law // William and Mary Law Review. 2005. Vol. 46, No. 6. P. 1915–2005. – Прим. пер.

³ См.: Finnis J. Natural Law and Natural Rights. Second Edition. Oxford University Press, 2011. См. русский перевод: Финнис Дж. Естественное право и естественные права. М., 2012. – Прим. пер.

⁴ См.: Murphy M.C. Natural Law in Jurisprudence and Politics. Cambridge University Press, 2006. – Прим. пер.

праве, например, обсуждается, что на содержание понятия, например «судебное дело», часто оказывают влияние различные научные дискуссии¹. Кроме того, и более общие вопросы также находятся под влиянием, например, концепции Р. Дворкина об «индивидуальных правах как козырях» (rights as trumps)², идеи, что индивидуальные права по своей сути являются утверждениями, отвергающими консеквенционалистские или разделяемые большинством аргументы, учения У. Хофельда³ о том, как судебные апелляции к «(субъективным) правам» могли бы быть проанализированы в контексте правопритязаний, правомочий, индивидуальных свобод или неприкосновенности (учитывая то, что у каждого из них есть противоположные стороны).

Третьей темой являются так называемые философские основания различных отраслей права (прежде всего, речь идет о таких традиционных отраслях общего права, как вещное право, деликтное право, договорное право, но в равной степени это касается и других отраслей права). Эти общие усилия, направленные одинаковым образом на объяснение и обоснование существующей правовой доктрины, как чего-то большего, чем просто элемента правозащитной деятельности или юридического образования, являются своего рода «рациональной реконструкцией», хотя и на более высоком уровне. Наряду с правозащитной деятельностью «философские основания» могут представлять собой важные руководящие разъяснения судьям, особенно когда они сталкиваются с не урегулированными правом вопросами, поскольку именно доктринальные отрасли права имеют важное практическое применение. Но насколько такие теории способны на самом деле обеспечить принятие судебного решения, не совсем ясно (и едва ли различимо).

В отраслях права без труда можно обнаружить конкурирующие теории, которые условно можно разделить на консеквенционалистские (базирующиеся или связанные с экономическим анализом права, например теории Р. Познера⁴ и С. Шавела⁵) и, в некотором смысле, на деонтологические. Примерами деонтологических теорий являются теории восстановительного правосудия, например деликтное право, и теории, основанные на самостоятельности субъектов права, например до-

¹ Wright R.W. Causation in Tort Law // California Law Review. 1985. Vol. 73, No. 6. P. 1735–1828.

² Dworkin R. Taking Rights Seriously. Harvard University Press, 1978. P. 153. См. русский перевод: Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. – Прим. пер.

³ Hohfeld W.N. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning // Yale Law Journal. 1913. Vol. 23, No. 1. P. 16–59; Hohfeld W.N. Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning // Yale Law Journal. 1917. Vol. 26, No. 8. P. 710–770.

⁴ Posner R.A. Economic Analysis of Law, 7th ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

⁵ Shavell S. Foundations of Economic Analysis of Law. Harvard University Press, 2004.

говорное право. Среди известных американских ученых, исследующих философские основания, следует выделить Дж. Колмана¹ и Г. Китинга² (деликтное право), Ч. Фрида³ и Дж. Крауса⁴ (договорное право), С. Мюнцера⁵, Г. Александра⁶ и Л. Андеркафлера⁷ (право собственности), Л. Александра⁸, С. Морза⁹ и М. Мура¹⁰ (уголовное право).

В целом же связь между аналитическими теориями и юридической практикой весьма сомнительна и противоречива. И преувеличение этой связи, вероятно, не выгодно ни теоретикам, ни практикам, поскольку это всего лишь простое предположение, что *все* теории должны иметь или фактически имеют непосредственное нормативное значение, которое вынуждает многих американских ученых (и студентов юридических факультетов) неправильно понимать или недооценивать аналитическую теорию права.

Заключение

Аналитическая философия права в США постоянно сталкивается с такими трудностями, как частое неправильное понимание или искажение, что необходимо учитывать при сопоставлении теоретического прогресса и общедоступности полученных результатов. В то же время это – подход, у которого в равной степени есть преимущества как богатой традиции, так блестящего будущего. Работа, проделанная современными учеными, выглядит крайне убедительной. Покоясь на прочном фундаменте прошлого, она предлагает усовершенствованные аналитические и нормативные средства для решения поставленных задач.

¹ См.: Coleman J. Op. cit. – *Прим. неп.*

² См.: Keating G.C. Tort and Accident Law: Cases and Materials, 4th ed. Thomson West, 2004. – *Прим. неп.*

³ См.: Fried C. Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation. Harvard University Press, 1981. – *Прим. неп.*

⁴ См.: Kraus J.S. Contract Law and Theory, 4th ed. Newark, NJ: Matthew Bender & Co, 2007. – *Прим. неп.*

⁵ См.: Munzer S. A Theory of Property. Cambridge University Press, 1990. – *Прим. неп.*

⁶ См.: Alexander G.S. The Global Debate over Constitutional Property: Lessons for American Takings Jurisprudence. The University of Chicago Press, 2006. – *Прим. неп.*

⁷ См.: Underkuffler L.S. The Idea of Property: Its Meaning and Power. Oxford University Press, 2003. – *Прим. неп.*

⁸ См.: Alexander L.A. Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law. Cambridge University Press, 2009. – *Прим. неп.*

⁹ См.: Morse S.J. Foundations of Criminal Law. Oxford University Press, 1999. – *Прим. неп.*

¹⁰ См.: Moore M.S. Act and Crime: The Theory of Action and Its Implications for Criminal Law. Oxford University Press, 1993. – *Прим. неп.*

Научное издание

Виталий Васильевич ОГЛЕЗНЕВ,
Валерий Александрович СУРОВЦЕВ

АНАЛИТИЧЕСКАЯ ФИЛОСОФИЯ,
ЮРИДИЧЕСКИЙ ЯЗЫК
И ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

Редактор В.С. Сумарокова
Компьютерная верстка Т.В. Дьяковой

Подписано в печать 13.11.2015.

Формат 60х84¹/₁₆. Бумага офсетная № 1. Печать офсетная.
Печ. л.14,75; усл. печ. л.13,72 ; уч.-изд. л.15,25. Тираж 500. Заказ

ООО «Издательство ТГУ», 634029, г. Томск, ул. Никитина, 4
Издание отпечатано на оборудовании Издательского Дома
Томского государственного университета,
634050, г. Томск, пр. Ленина, 36, тел. 8(382-2) 53-15-28; 52-98-49
<http://publish.tsu.ru>; e-mail: rio.tsu@mail.ru