

**АНАЛИТИЧЕСКАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ**  
**В СЕРЕДИНЕ XX ВЕКА:**  
**ОТВЕТ ПРОФЕССОРУ БОДЕНХАЙМЕРУ\***

Г. Л. А. ХАРТ\*\*

Представленная вниманию читателей статья английского философа права Г. Л. А. Харта является не просто ответом на критические замечания представителя американского правового реализма Э. Боденхаймера, поступившие на его инаугурационную речь по случаю избрания профессором юриспруденции Оксфордского университета, но манифестом аналитической юриспруденции. В этой статье Харт развивает идеи, которые затем лягут в основу его философско-правовой концепции и которых он будет придерживаться долгие годы. Их суть может быть эксплицирована в двух основных тезисах Харта. Во-первых, аналитическая юриспруденция, если придерживаться соответствующих методов лингвистической философии, способна внести значительный вклад в понимание сущности права и характера юридических понятий. Во-вторых, аналитические исследования основных юридических понятий способны научить студентов думать четко и ясно, а уровень абстракции и сложность этих понятий делают их анализ уникальным образовательным инструментом. Кроме того, здесь, а также в других «ранних» работах Харт формулирует тезисы, которые получают дальнейшее развитие в его фундаментальной работе «Понятие права». Речь идет об «открытой текстуре» юридического языка и о смутности и двусмысленности юридических понятий.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** аналитическая юриспруденция, юридический язык, основные юридические понятия, Г. Л. А. Харт, Э. Боденхаймер.

---

\* Перевод с англ. В. В. Оглезнева (ogleznev82@mail.ru) и В. А. Суровцева (surovtsev1964@mail.ru). 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.*

Перевод выполнен при поддержке РГНФ (проекты № 11-03-00039а, № 12-13-70001а, № 13-33-01289а2), РФФИ (№ 12-06-00078а), в рамках государственного задания Минобрнауки РФ на проведение научных исследований (тематический план НИР Томского государственного университета) № 6.4832.2011 и в рамках ФЦП «Кадры» (№ 14.В37.21.0986).

В представленном тексте восполнены и скорректированы библиографические данные цитируемых источников. — *Прим. пер.*

\*\* Харт Герберт Лайонел Адольфус (1907–1992) — английский философ права, профессор Оксфордского университета.

Hart Herbert Lionel Adolphus (1907–1992) — an English legal philosopher, professor of the Oxford University.

© Hart H. L. A., 1956–1957

© Оглезнев В. В., Суровцев В. А. (перевод), 2013

HART H. L. A. ANALYTICAL JURISPRUDENCE IN MID-TWENTIETH CENTURY: A REPLY TO PROFESSOR BODENHEIMER

The paper of H. L. A. Hart, an English legal philosopher, is present to the readers. It is not simply an answer to E. Bodenheimer's criticisms to his inaugural address on the occasion of election as Professor of Jurisprudence at the University of Oxford, but also a manifesto of analytical jurisprudence. In this article Hart develops ideas which then will become a basis of his philosophical conception and which he will support for many years. Their essence can be explicated in two main Hart's theses. Firstly, analytical jurisprudence, subject to appropriate methods of linguistic philosophy, is capable of making an important contribution to the understanding of the essence of law and the character of legal concepts. Secondly, analytical research of the main legal concepts is capable of teaching students to think clearly and precisely, while the abstraction level and the complexity of these concepts make their analysis a unique educational instrument. In this article as well as in other early papers Hart formulates some thesis which will be further developed in his fundamental work "The Concept of Law". It refers to the "open texture" of the legal language and the vagueness and ambiguity of legal concepts. KEYWORDS: analytical jurisprudence, legal language, fundamental legal concepts, H. L. A. Hart, E. Bodenheimer.

I

Профессор Боденхаймер раскритиковал<sup>1</sup> 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 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 верить 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 большим, нежели просто ответом на отдельные вопросы, поднятые профессором Боденхаймером, и в общих чертах показать читателю, почему я считаю аналитическое

<sup>1</sup> *Bodenheimer E. Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness // University of Pennsylvania Law Review. 1956. Vol. 104. P. 1080–1086.*

исследование более предпочтительным и каким образом современные достижения в философии обеспечивают его средствами, приводящими к новому плодотворному начинанию. Ниже я попытаюсь 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 сноску<sup>2</sup> 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

---

<sup>2</sup> 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

(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).

(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).

(с) «Выражаясь метафорически, юридические понятия имеют тенденцию витать в облаках» (Ibid. P. 1081).

Харт

(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) «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) «Хотя эти теории возникают из попытки дать определения понятий, действительно вовлеченных в практику правовой системы, они редко проливают свет на то, какую точную 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 преимущества не будет иметь ни одна из них”» (Ibid. P. 40).

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 смешения во многих различных областях. Состоит она 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»,<sup>3</sup> 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».<sup>4</sup> Действительно, уже в статье «Определение и теория в юриспруденции»<sup>5</sup> 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 функционировании» (которое, как я полагаю, подразумевает, что если решения вынесены судами, то они приемлемы и разумны), должно обращаться к дисциплинам, отличным от него самого.<sup>6</sup> 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,

<sup>3</sup> *Bodenheimer E. Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness. P. 1080.*

<sup>4</sup> *Ibid.* (курсив Харта. — *Прим. пер.*).

<sup>5</sup> «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. Definition and Theory of Jurisprudence. P. 40.*)

<sup>6</sup> См. ниже.

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 профессор 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 Европе.<sup>7</sup> 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 аналитическую 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 органы.<sup>8</sup> 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 величайшую важность, 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

---

<sup>7</sup> См., напр.: «Аналитическая юриспруденция стремится достигнуть достоверности, полагаясь на предположительно замкнутую логическую систему» (*Friedmann W. Legal Theory. London, 1947. P. 209.*)

<sup>8</sup> *Austin J. The Province of Jurisprudence Determined. Cambridge, 1954. P. 191.*

нет.<sup>9</sup> 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 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».<sup>10</sup>

## 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 придерживались того, что рациональная трактовка проблем полутеней включает рассмотрение целей «за рамками» права, и привлекали, 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

---

<sup>9</sup> «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).

<sup>10</sup> Bodenheimer E. *Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness*. P. 1080.



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 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 Хофельду 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 *прибегают* (*invoked*), когда предьявляют 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 прояснении,<sup>11</sup> если мы не хотим пагубно 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.

---

<sup>11</sup> 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.

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*).

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»<sup>12</sup> 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 устанавливает, 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 устанавливает.<sup>13</sup>

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 условные предписания должностным лицам по применению санкций.<sup>14</sup> 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 взаимосвязь.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Austin J. The Province of Jurisprudence Determined. P. 13.

<sup>13</sup> Kelsen H. General Theory of Law and State. Cambridge, 1945. P. 30–31, 33–34, 143–144.

<sup>14</sup> «Право — это первичная норма, устанавливающая санкции» (Ibid. P. 61).

<sup>15</sup> 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 завещания) обеспечивают юридические средства для придания силы волеизъявлению человека. Первый тип требует *повиновения*; неповиновение есть *правонарушение*, как правило,



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*».<sup>16</sup> 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 укоренено 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 недопониманиям, 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 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. 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

---

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.

<sup>16</sup> Государственный гимн США. — *Прим. пер.*

определении субъективного права, обязательства или юридического лица терминов «фикция», «собрание» (*collection*) или «предсказание» (*prediction*) оказывается неудовлетворительным отчасти благодаря этой скрывающей конструкции, навязывающей исследованию характера этой понятий такой метод определения, который ориентирован на отдельные 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 Фреге.<sup>17</sup> 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 скрывающего предположения, что значение относящегося к праву слова должно обнаруживаться в некоей 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 отказом<sup>18</sup> от попытки дать определение отдельным словам в пользу прояснения употребления слов в характерных

---

<sup>17</sup> 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 / пер. В. А. Суровцева. Новосибирск, 2008. С. 197–198. — Прим. пер.).

<sup>18</sup> 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. Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness*. 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.*).

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,

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, «дескриптивное», «эмотивное», «императивное»), может быть обнаружено в церемонии крещения («Сим я нарекаю это дитя именем Х»), в словах, используемых при принесении извинений («Этим я приношу извинения»), 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

---

например, к реалистскому определению права как предсказания того, что сделают должностные лица, или к претензиям (озвученным, например, скандинавскими правововедами), 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.

потому, что отсутствовал достаточно точный инструмент, который способен обнаружить особое употребление языка. Хэгерстром, чья работа, недавно переведенная на английский язык,<sup>19</sup> 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 считает,<sup>20</sup> 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 сверхчувственный 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 передачи 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 возражения,<sup>21</sup> которые могут взволновать пытливый ум читателя, если этого еще не произошло. Он может резонно задать следующие вопросы.

---

<sup>19</sup> Hagerström A. *Inquiries Into the Nature of Law and Morals* / transl. by C. D. Broad. Uppsala, 1953.

<sup>20</sup> Ibid. P. xvii (Editor's preface), 229–328.

<sup>21</sup> 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;

**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 полутенями, 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 возражении профессора Боденхаймера, когда после настаивания на том, что юридические понятия находятся в полутени 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».<sup>22</sup>

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 затруднении. 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

---

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.

<sup>22</sup> *Bodenheimer E. Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness.* P. 1083.

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 приходило, 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».<sup>23</sup>

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 неповиновения.<sup>24</sup> 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*

<sup>23</sup> Аврелий Августин. Исповедь. 11.14.17.

<sup>24</sup> Austin J. The Province of Jurisprudence Determined. P. 14–18.



*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».

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.

**b) 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 сфокусировать подзорную 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 расхождение в полутенях юридических понятий и двусмысленность не являются неподходящими словами и что многим явно разноречивым употреблениям 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 состоянии 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 аналогией.<sup>25</sup> 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»

---

<sup>25</sup> Аристотель. Никомахова этика. 1.6. — Здесь подобным образом объясняется применение к различным вещам понятия «благо».

цвете 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 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 предпринять;<sup>26</sup> но, как я указал в сноске в своей инаугурационной лекции,<sup>27</sup> 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 препятствует.<sup>28</sup>

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 уделит 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

<sup>26</sup> *Bodenheimer E. Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness. P. 1082–1083.*

<sup>27</sup> *Hart H. L. A. Definition and Theory of Jurisprudence. P. 49.*

<sup>28</sup> 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. Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness. 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.

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 расходящегося употребления даже в устах действительно свободного говорящего (*really loose speaker*) не должно быть причиной отказываться 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 физики.<sup>29</sup> 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».<sup>30</sup> 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.

Эта ошибка вызвана главным образом подчеркнутым ранее пренебрежением различием между определениями, *научающими* употреблять студента неизвестные ему юридические выражения, и прояснениями, касающимися затруднений в использовании этих выражений, которые остаются, когда их употребление известно. Эти затруднения сохраняются, поскольку употребление подобных выражений многими уточненными 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 объяснения о намерениях. И все же подобные тезисы юридической теории выдвигались при попытке объяснить *функцию* и поэтому значение данных

<sup>29</sup> Austin J. L. A Plea for Excuses // Proceedings of the Aristotelian Society. 1956–1957. Vol. 57. P. 10.

<sup>30</sup> Bodenheimer E. Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness. P. 1085.



выражений. И объяснение необходимо, поскольку в их употреблении подспудно чувствуется нечто anomальное 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 отличает 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 «deskриптивного» или фиксирующего факты дискурса.

#### IV

Наконец, относительно педагогики предмета я уже высказывался,<sup>31</sup> 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».<sup>32</sup> 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», которые тесно взаимосвязаны с правом и традиционно включаются в изучение юриспруденции. Моя собственная практика заключается, конечно, в том, чтобы требовать от студентов

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> Ibid. P. 363.



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 психологии 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, полная 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 поставленных задач, иных, нежели формальный анализ, которые юриспруденция призвана решить в пользу права».<sup>33</sup>

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».<sup>34</sup> 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?

<sup>33</sup> *Bodenheimer E. Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness. P. 1085.*

<sup>34</sup> *Ibid. P. 1086.*