

АНАЛИТИЧЕСКАЯ ФИЛОСОФИЯ ПРАВА Г. ХАРТА И ПРАВОВОЙ РЕАЛИЗМ*

В. В. ОГЛЕЗНЕВ**, В. А. СУРОВЦЕВ***



Оглезнев Виталий Васильевич,
доктор философских наук,
профессор кафедры
истории философии и логики
философского факультета
Национального исследовательского
Томского государственного
университета



Суровцев Валерий Александрович,
доктор философских наук,
заведующий кафедрой истории
философии и логики
философского факультета
Национального исследовательского
Томского государственного
университета

В статье представлены обзор и анализ дискуссии между английским философом права Г. Л. А. Хартом и представителем американского правового реализма Э. Боденхаймером, изложенной в соответствующих статьях «Современная аналитическая юриспруденция и границы ее полезности» и «Аналитическая юриспруденция в середине XX века: ответ профессору Боденхаймеру», публикуемых в настоящем номере. Авторы сознательно ушли от подробного описания аргументов и контраргументов оппонентов, но попытались перевести дискуссию от взаимных претензий и язвительных замечаний двух философов права к сопоставлению двух правовых традиций — аналитической философии права и правового реализма. Это позволило, во-первых, эксплицировать ряд онтологических противоречий между этими философско-правовыми подходами, во-вторых, критически оценить отдельные теоретические постулаты и методологические установки философии прагматизма и философии языка и, в-третьих, рассмотреть возможность применения новаций

* Работа выполнена 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).

** Ogleznev Vitaly Vasilyevich — doctor of philosophical sciences, professor of Department of the History of Philosophy and Logic, Faculty of Philosophy, National Research Tomsk State University.

E-mail: ogleznev82@mail.ru

*** Surovtsev Valery Aleksandrovich — doctor of philosophical sciences, Head of Department of the History of Philosophy and Logic, Faculty of Philosophy, National Research Tomsk State University.

E-mail: surovtssev1964@mail.ru

© Оглезнев В. В., Суровцев В. А., 2013

аналитической философии в сфере права и предложить новую интерпретацию юридического языка, основанную на лингвистической теории речевых актов. Авторы пришли к выводу о том, что анализ этих двух правовых традиций, представленных английской и американской философскими школами, далеко выходит за рамки юридического языка. В частности, результаты аналитической юриспруденции могут быть использованы при рассмотрении известной философской проблемы под названием «гильотина Юма».

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: аналитическая философия права, правовой реализм, юридический язык, норма права, Г. Л. А. Харт, Э. Боденхаймер.

OGLEZNEV V. V., SUROVTSEV V. A. H. HART'S ANALYTICAL LEGAL PHILOSOPHY AND LEGAL REALISM

This essay presents the overview and analysis of the discussion between H. L. A. Hart, an English legal philosopher, and E. Bodenheimer, an American legal realist, that is stated in their articles "Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness" and "Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: a Reply to Professor Bodenheimer". The translation of these articles is published in the present issue. The authors of the essay consciously set aside the detailed description of arguments and counterarguments of the opponents, but tried to move the discussion from reciprocal claims and cutting remarks of two legal philosophers to the analysis of the different legal traditions — analytical legal philosophy and legal realism. This enabled, firstly, to explicate a number of ontological contradictions between these legal approaches, secondly, to evaluate critically certain theoretical postulates and methodological positions of the philosophy of pragmatism and the philosophy of language, and thirdly, to consider the use of some positions of analytical philosophy in the legal sphere and to offer a new interpretation of the legal language based on the linguistic theory of speech acts. The authors came to the conclusion that the analysis of these two legal traditions presented by English and American philosophical schools, goes far beyond the legal language. In particular, the results of analytical jurisprudence can be used while considering the well-known philosophical problem named "Hume's guillotine".

KEYWORDS: analytical legal philosophy, legal realism, legal language, legal rule, H. L. A. Hart, E. Bodenheimer.

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 инаугурационную речь Харта при вступлении в должность главы Королевской кафедры юриспруденции Оксфордского университета² и ответной статьи самого Харта «Аналитическая юриспруденция в середине XX века:

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).*

² *Hart H. L. A. Definition and Theory in Jurisprudence // Law Quarterly Review. 1954. Vol. 70. P. 37–60. — 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).*

ответ профессору Боденхаймеру»,³ можно считать отправным пунктом, который во многом изменил подход к юридической теории и философии права в англоязычных странах.⁴

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.

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 идее 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.⁵

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

³ 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 (здесь и далее цит. по англоязычному изданию).

⁴ Бикс Б. О философии в американском праве: аналитическая философия права // Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. 2013. № 2. С. 211–218.

⁵ Оглезнев В. В., Суворцев В. А. Брайан Бикс и аналитическая философия права в Америке // Там же. С. 206–210.

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 характеристикой 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, 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 институциями, 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 исследований 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. Остином⁶ и поддержанный в XX в. Г. Кельзенем и У. Хофельдом.⁷ Дж. Остин поставил

⁶ *Austin J.* Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law. 2 vols. 4th ed. / rev. and ed. R. Campbell. 1879; Reprint: Bristol, UK, 2002.

⁷ *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

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 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 сопровождается 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 инаугурационной речи под названием «Определение и теория в юриспруденции» Харт поднимает ряд вопросов, которые не просто затрагивают онтологические основания системы права, но специфицируют

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.

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?». ⁸ Поэтому в качестве своей основной задачи Харт видит «устранение в аналитической юриспруденции векового источника неприятностей, который заставлял многих теоретиков выбирать ложный путь». ⁹ 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». ¹⁰

Харт вслед за И. Бенхамом 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 абстрактны. ¹¹ 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 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.

⁸ Hart H. L. A. Definition and Theory in Jurisprudence. P. 37.

⁹ Hart H. L. A. Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: a Reply to Professor Bodenheimer. P. 960.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Twining W. General Jurisprudence: Understanding Law in Global Perspective. Cambridge, 2009. P. 40.

По отношению ко многим понятиям обыденного языка такое определение безвредно. «Вполне можно сказать, — пишет Харт, — 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».¹² 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 аномальны.¹³ 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».¹⁴

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».¹⁵ 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».¹⁶

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»)¹⁷ 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.¹⁸ В качестве примера применения данного метода он приводит прояснение понятия «субъективное право»: «(1) Высказывание формы “X имеет субъективное право” истинно, если выполняются следующие условия: (a) 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

¹² Hart H. L. A. Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: a Reply to Professor Bodenheimer. P. 960.

¹³ Hart H. L. A. Definition and Theory in Jurisprudence. P. 38.

¹⁴ Ibid. P. 41.

¹⁵ Ibid. P. 37.

¹⁶ Hart H. L. A. Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: a Reply to Professor Bodenheimer. P. 961.

¹⁷ Hart H. L. A. Definition and Theory in Jurisprudence. P. 41.

¹⁸ Ibid. P. 47.

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».¹⁹

Из этого Харт делает вывод о том, что важнейшим принципом «нового метода определения» является утверждение, что юридические термины могут быть прояснены только если в этом состоит выбор *X* (или какого-то указанного лица), где они используются характерным для них образом, являются истинными. А это стало возможно только после благотворного поворота философии к языку.²⁰

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 определение таких терминов, как «субъективное право», «обязанность» и «юридическое лицо», расстраивается отсутствием каких-либо аналогов, которые «соответствовали» бы этим терминам».²¹ 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 «*A* имеет право на то, чтобы *B* заплатил ему 10 фунтов»;

2) высказывание «*A* имеет право на то, чтобы *B* 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 «*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.²² Данный метод

¹⁹ Ibid. P. 49.

²⁰ Ibid. P. 59–60.

²¹ Ibid. P. 42.

²² Суровцев В. А. О методах аналитической философии // Аналитическая философия: проблемы и перспективы развития в России. СПб., 2012. С. 78.

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 свойства.²³ 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»;²⁴ «всегда необходимо учитывать полное предложение; только в нем слова обладают подлинным значением».²⁵ Витгенштейн в «Логико-философском трактате» также отмечает, что «только предложение имеет смысл; имя обретает значение лишь в контексте предложения».²⁶ 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 высказывается.²⁷ Отмеченная схожесть отдельных методологических положений подхода Харта и постулатов аналитической философии служит достаточным подтверждением его приверженности данной философской традиции.²⁸

Особую важность здесь представляет философская проблема следования правилу, на что в области права также указывает Харт,²⁹ 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 пристального внимания философов-аналитиков, например лингвистического философа Дж. Л. Остина,³⁰ но это несколько

²³ Рассел Б. Введение в математическую философию. Новосибирск, 2007. С. 191–201.

²⁴ Фреге Г. Логико-философские труды. Новосибирск, 2008. С. 139.

²⁵ Там же. С. 196.

²⁶ Витгенштейн Л. Философские работы. Ч. I. М., 1994. С. 13.

²⁷ Борисов Е. В. Основные черты постметафизической онтологии. Томск, 2009. С. 28.

²⁸ См. подробнее: Оглезнев В. В. Г. Л. А. Харт и формирование аналитической философии права. Томск, 2012.

²⁹ Hart H. L. A. Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: a Reply to Professor Bodenheimer. P. 958.

³⁰ Остин Дж. Л. 1) Слово как действие // Новое в зарубежной лингвистике / под ред. Б. Ю. Городецкого. М., 1986. Вып. XVII. Теория речевых актов. С. 22–130; 2) Три способа пролить чернила. Философские работы. СПб., 2006.

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 прояснение относится, разумеется, к теории и философии права.³¹

Прояснив философскую подоплеку проекта Харта, вернемся теперь к его 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 прояснением» (*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».³² 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

³¹ Харт Г. Л. А. Приписывание ответственности и прав // Правоведение. 2010. № 5. С. 116–135.

³² Hart H. L. A. Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: a Reply to Professor Bodenheimer. P. 972.

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»,³³ 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».³⁴ 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».³⁵ 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 *самих 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 языка» 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

³³ *Austin J.* Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law. P. 1072–1073.

³⁴ *Ibid.* P. 1075.

³⁵ *Bodenheimer E.* Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness. P. 1083.

предполагает весьма ограниченное количество субъектов, способных ей 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. 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».³⁶ 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».³⁷ 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 определением.³⁸ Харт для оспаривания этого достаточно сильного аргумента прибегает к серьезным усилиям, которые затем легли в основание его философско-правового подхода и воплотились в идее об «открытой текстуре» юридического языка.³⁹ 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 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

³⁶ Ibid. P. 1084–1085.

³⁷ Hart H. L. A. Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: a Reply to Professor Bodenheimer. P. 968.

³⁸ Bodenheimer E. Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness. P. 1083.

³⁹ См. подробнее: Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб., 2007. С. 127–138.

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.⁴⁰ 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.⁴¹ Пример с транспортным средством — убедительное тому подтверждение. Знание его обычного 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 обычного 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. 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»,⁴² т. е. при анализе языка нас должно интересовать его использование говорящим, а не просто содержание анализируемых утверждений.

Следует отметить, что принципы контекстуального анализа, пропагандируемые Хартом, имеют не только теоретический интерес для прояснения

⁴⁰ Hart H. L. A. Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: a Reply to Professor Bodenheimer. P. 968–969.

⁴¹ Bodenheimer E. Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness. P. 1084.

⁴² Харт Г. Л. А. Сказка логика // Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. 2009. № 4. С. 134.

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 Хартом, 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, 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 «Х поступает так-то и так-то» к высказываниям формы «Х 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».