

О НАТУРАЛИЗАЦИИ ПРАВА*

Б. БРОЖЕК**



Брожек Бартош, профессор,
доктор наук, кафедра
философии права
и юридической этики
Ягеллонского университета
в Кракове

В статье представлен один из возможных ответов на вопрос о том, как натурализовать право. Первая часть посвящена разногласиям вокруг самого понятия натурализации. Рассматриваются два варианта натурализма: онтологический и методологический. Далее представляются три основные позиции по отношению к проблеме натурализации права. Первая определяется как разделение. Сторонники разделения признают, что право никоим образом не удастся натурализовать, а между правовыми и научными знаниями нет никакой, даже нестандартной, логической связи. Вторая позиция — это радикальная натурализация, согласно которой правовые знания являются просто частью научных знаний. Последняя — умеренная натурализация — это концепция, согласно которой связь между научными и правовыми знаниями не так сильна, как материальное равновесие; она может принять форму супервентности или чего-то похожего. Каждая из указанных позиций подвергается критическому анализу. Автор приходит к заключению

о необходимости поиска альтернативной концепции натурализации права, которая позволила бы более точно показать связь между научными и правовыми знаниями. В завершение даются основные положения альтернативной концепции, согласно которой мерой натурализации права является уровень логической сплоченности его дескрипторных основоположений с достижениями естественных наук.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: методологический натурализм, радикальная натурализация, альтернативная концепция натурализации, умеренная натурализация, онтологический натурализм, разделение, варианты натурализма.

* Проект финансируется средствами Национального научного центра (Narodowy Centrum Nauki) на основе решения № DEC-2012/04/A/HS5/00655.

Оригинал статьи впервые опубликован в: *Brożek B. O naturalacji prawa // Naturalizm prawniczy. Interpretacje / ed. J. Stelmach, B. Brożek, Ł. Kurek, K. Eliaz. Warszawa, 2015. S. 24–48.*

Перевод с польск. Ю. Станек.

** Bartosz Brożek — professor, doctor of sciences, Department of Philosophy of Law and Legal Ethics, Jagiellonian University in Krakow.

E-mail: bbroze@yahoo.com

© Brożek B., 2015

© Станек Ю., перевод на русский язык, 2017

BROŽEK B. ON THE NATURALIZATION OF LAW

This essay presents one of the possible answers to the question of how to naturalize law. The first part is devoted to discrepancies around the concept of naturalization itself. Two versions of naturalism are considered: ontological and methodological ones. Then the author presents three main points of view on naturalization of law. The first one is defined as the separation. Supporters of the separation declare that there is no way to naturalize law, that there is no link, not even an irregular logical connection between the legal and scientific knowledge. The second position is a radical naturalization according to which the legal knowledge simply forms a part of the scientific knowledge. The final approach is called moderate naturalization. According to this concept, the connection between the scientific and legal knowledge is not as strong as a material equilibrium. It can take the form of supervenience or something similar. The author comes to the conclusion about the need to search for an alternative concept of naturalization of law which would make it possible to show the relationship between the scientific and legal knowledge more accurately. In conclusion, the author outlines the framework of the alternative concept according to which the measure of the naturalization of law is the degree of logical cohesion of its descriptor foundations with the achievements of natural sciences.

KEYWORDS: methodological naturalism, radical naturalization, alternative concept of naturalization, moderate naturalization, ontological naturalization, separation, versions of naturalism.

Проблема юридической натурализации права в последние годы стала предметом горячих философско-правовых споров¹. В этом эссе я хотел бы представить определенное предложение касательно того, как следует понимать натурализацию юридических знаний. Я начну с рассмотрения точек зрения на само понятие «натурализация» (п. 1). Далее я проанализирую критику трех основных позиций по отношению к проблеме натурализации права, которые я определяю как разделение (п. 2), радикальную натурализацию (п. 3) и умеренную натурализацию (п. 4). В завершение я представляю альтернативную концепцию, согласно которой мерой натурализации права является уровень логической сплоченности его дескрипторных основоположений с достижениями естественных наук (п. 5).

1. Что такое натурализация?

Проект натурализации разнообразных отраслей науки стал популярным с появлением статьи Уилларда Ван Ормана Куайна «Натурализация эпистемологии» в 1969 г.² Со времени ее публикации обсуждается натурализация разнообразных философских дисциплин — от эстетики до философии права. Тем не менее можно утверждать, что идея натурализации стара, как и сама философия, ведь на спор между Платоном и Аристотелем можно посмотреть как на первые дебаты антинатуралиста с натуралистом.

¹ *Leiter B.* Naturalizing Jurisprudence. Oxford, 2007.

² *Quine W. V. O.* Epistemology Naturalized // *W. V. O. Quine. Ontological Relativity and Other Essays.* New York, 1969. P. 69–90.

Парадоксально, но этот факт не облегчил нам определение натурализации. С общей точки зрения можно отличить два вида натурализма, а значит, два воплощения натурализации. Согласно онтологическому натурализму «в действительности нет места сверхъестественным явлениям и сущностям»³. В этом контексте натурализация эпистемологии, эстетики или права сводилась бы к тому, что познание, эстетические ценности и правовые нормы — не «сверхъестественные» явления. Очевидно, что практическое применение этого определения требует предварительного описания того, что представляют собой естественные явления, а что — сверхъестественные. Оказывается, это не простая задача. Например, средневековые мыслители, такие как Жан Буридан, считали, что термин «естественное явление» касается «обычного хода вещей», без вмешательства Бога. Ошибается тот, кто считает что понимание «природы» у Буридана схоже с нашим, поскольку для него правила «обычного хода вещей» охватывали законы не только физики, но и этики⁴. Сильно упрощая, мы можем сказать, что в современном контексте термин «естественный» включает в себя те объекты, местонахождение в пространстве которых можно определить. Вы можете использовать его в более широком значении, которое включает в себя некоторые стихийные явления. Во втором понимании психические процессы, а в некоторых концепциях моральные нормы и математические объекты являются естественным бытием.

В свою очередь, методологический натурализм — это мнение, согласно которому мы должны употреблять в своей познавательной деятельности только научный метод⁵. В итоге натурализация в методологическом смысле заключается в использовании научных методов — и только их — в решении каждой проблемы, будь то в эпистемологии, в эстетике или в праве. Как и в случае онтологической натурализации, в ее методологической разновидности многое будет зависеть от того, как мы понимаем термин «научный метод». История философии науки XX в. показывает, что много времени занимает даже само определение методологии в физике; формулирование методологии в биологии, психологии или социологии еще более проблематично. Не существует однозначных критериев отличия «естественного» метода психологии от правил, управляющих чисто философскими размышлениями⁶.

Все это приводит к тому, что дискуссия, посвященная проблеме натурализации права (или другой области знаний), становится очень усложненной, если не просто невозможной. Процесс натурализации можно сформулировать многими способами, а возможные определения зависят от одобрения множества онтологических и эпистемологических оснований; в результате само понятие натурализации становится неясным.

³ *Papineau D.* Naturalism // The Stanford Encyclopedia of Philosophy / ed. E. N. Zalta. Spring, 2009. URL: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/naturalism> (дата обращения: 20.06.2017).

⁴ *Brożek B.* The Double Truth Controversy. Kraków, 2010 (sekcja 1).

⁵ *Papineau D.* Naturalism.

⁶ *Hohol M.* Wyjaśnić umysł. Kraków, 2012.

Таким образом, нужно искать альтернативные пути понимания натурализации. Мое предложение заключается в следующем. Если взять за основу то, что в данный момент можно определить набор предположений, которые представляют научные знания **НЗ**, существует определенная связь **С** между **НЗ** и знаниями данной отрасли **ЗО** (например эстетикой или правом). Постулат натурализации какой-то отрасли **О** сводится к тому, что связь **С** между **НЗ** и **ЗО** должна принять определенную форму. Как я говорил ранее, сторонники радикальной натурализации будут утверждать, что **С** — это материальная равномерность между **ЗО** и соответствующим фрагментом **НЗ** (т. е. **ЗО** представляет собой подмножество **НЗ**); сторонники умеренной натурализации признают, что между **ЗО** и **НЗ** происходит какая-то более слабая логическая связь; но те, кто не верит в возможность натурализации, будут признавать, что не существует никакой связи **С** между **ЗО** и **НЗ**. Например, если сторонник радикальной натурализации считает, что человеческие когнитивные процессы, критерии, обосновывающие утверждения и т. д. можно исследовать только научными методами, тем самым он признает, что знания о человеческих когнитивных процессах являются только частью научных знаний. С другой стороны, сторонник умеренной концепции натурализации эпистемологии скажет, что имеются аспекты когнитивных процессов, которые исследуют непосредственно научными методами. Существуют и те, которым нужны философские методы (например, проблема обоснования утверждений), хотя вопросы второго рода связаны с первым. Другими словами, сложная натурализация эпистемологии в конечном счете сводится к тезису о том, что предложения, принадлежащие к этой области знаний, имеют логическую связь с научными предположениями, но это не всегда материальная эквивалентность. Противник натурализации скажет, что эпистемологические соображения *a priori* против каких-либо выводов науки, и, следовательно, то, что скажет психолог или нейробиолог, не может повлиять на то, какие стандарты мы должны использовать в наших усилиях познания.

Значит, чтобы говорить о натурализации права, необходимо в первую очередь охарактеризовать правовые знания (**ПЗ**). Анализ структуры, который я проведу ниже, не претендует на целостность, хотя я думаю, что — принимая во внимание цель этой статьи — представляет собой достаточно точное приближение. На мой взгляд, следует различать правовые знания в узком (*sensu stricto*) и широком (*sensu lato*) смыслах. Первый охватывает правовые нормы, решения судов и других органов, применяющих закон и догматические и теоретически-правовые аспекты (среди всего прочего — теории применения и толкования права). Вместе с тем знание права в широком смысле включает в себя философские, психологические и социологические теории права. Критерий различения двух типов правовых знаний — это способ, которым они используются в правовом дискурсе. Правовые нормы, догматические теории и теоретически-правовые понятия непосредственно применяются в процессе применения права, в то время как философские, социологические и психологические понятия в неко-

тором смысле далеки от правового дискурса: они могут быть полезны, но, как правило, не используются напрямую в юридической аргументации.

Правовые знания *sensu stricto* являются нормативными. Правовые нормы определяют, какое поведение запрещено, приказано и разрешено; судебные и иные правовые решения — это индивидуально-конкретные стандарты; догматически-правовые теории определяют, как интерпретировать законы и как решать фактические или воображаемые правовые случаи; статус теории права является более сложным, так как он содержит как нормативные, так и дескрипторные структуры. Я не имею в виду, что во всех сферах правовых знаний речь идет об одной и той же понимаемой обязанности. Например, кажется, что обязанность, установленная правовыми нормами, с интуитивной точки зрения сильнее, чем обязанность интерпретации положений согласно с какими-то теориями догматиков права. Эти различия не имеют никакого отношения к тезису о том, что то, что я называю правовыми знаниями *sensu stricto*, имеет нормативный характер.

Однако правовые знания *sensu largo* в большей мере описательные, как в случае социологических и психологических теорий, которые относятся к правовой практике. Несколько сложнее обстоит дело с *casus* философии права: модели, построенные на его основе, могут быть как дескриптивными, так и нормативными. На вопрос о натурализации правовых знаний *sensu largo* ответ может быть следующим: социологические и психологические теории, описывающие правовую практику, — это только часть научных знаний, и они как таковые не являются угрозой для защитников тезиса о возможности юридической натурализации. Философия права представляет собой особый случай, но смешивается с общей проблемой натурализации философии (аналогичное замечание можно сформулировать в теории права, если эти две области можно отделить). По этой причине далее меня будет интересовать только вопрос о юридической натурализации *sensu largo* (за исключением юридической теории). Начну с вопроса о возможности натурализации правовых норм, но в последней части статьи остановлюсь на том, что натурализации могут — и должны — подлежать и другие элементы правовых знаний.

2. Разделение

Сторонники разделения сферы фактической и нормативной признают, что право никоим образом не удастся натурализовать, что между **ПЗ** и **НЗ** нет никакой, даже нестандартной, логической связи. Пожалуй, наиболее яркий пример доктрины разделения предлагает этический реализм, представители которого говорят, что моральные ценности существуют независимо от того, как представляются факты. Предикат «добро», как хочет Джордж Эдвард Мур, нельзя определить в натуралистических категориях, потому что добро не имеет ничего общего с естественными свойствами; моральные нормы не могут быть сведены к описанию фактов, как хотели бы радикальные сторонники натурализации, более того, невозможно ука-

зать на какие-либо формальные отношения между научными знаниями и знаниями о морали⁷.

В философии права трудно найти яркий пример разделения, возможно потому, что юристам сложнее полностью игнорировать факты (что само по себе очень интересный факт). На первый взгляд, философией права, которая влечет за собой доктрину разделения, является нормативизм Кельзена. Основная идея Кельзена лучше всего выражена в названии его *opus magnum* — это идея создания чистой юриспруденции. Что это значит? Кельзен объясняет так: «Чистота теории или, что то же самое, независимость права как объекта научного познания — вот чего я пытаюсь добиться, особенно в двух аспектах. Чистота теории должна защитить ее от требований, сформулированных в так называемой социологической точке зрения, которая предполагает причинные, научные объяснения, признавая право частью физической реальности. [Чистая теория] должна быть автономной по отношению к теории естественного права, которая — не обращая внимания на конечную основу права, лежащую исключительно в позитивном праве, — выводит теорию права за рамки положительных стандартов в области этических и политических требований»⁸.

Цель Кельзена заключается в выявлении того, что право независимо как от юридически-естественных соображений (аксиологий), так и от социологических и психологических фактов. Чтобы ее достичь, автор *Reine Rechtslehre* («Чистой науки о праве») отмечает, что право следует понимать как систему «идеально существующих норм», принадлежащих к чистой сфере обязанности. Такое понимание юридической нормы — и связанное с ним понимание юридической обязанности — приводит к тому, что право действует независимо от каких-либо фактов (общественных или психических). Тем не менее за эту «чистоту» нужно заплатить определенную цену, что легче всего наблюдать, анализируя кельзеновское видение системы права. Он считает, что такая система имеет иерархический характер: норма, которая находится выше в иерархии, устанавливает компетенцию для той нормы, которая ниже рангом. Завершением этой динамической системы является так называемая основная норма (*Grundnorm*). Что такое *Grundnorm*? Сложно ответить на этот вопрос, учитывая, что Кельзен определяет ее как норму, поставленную в основание законодательной гипотезы; окончательную гипотезу позитивизма; окончательный фундамент системы права; обычную фикцию; законодательно-логическую конституцию; конституцию в трансцендентально-логическом смысле; трансцендентально-логическое понятие и одновременно как правовое, трансцендентально-логическое условие интерпретации в науке права⁹. Эти термины — даже если они сильно отличаются друг от друга — указывают на два характерных свойства основной нормы. Во-первых, это определенное предположение или гипотеза, которые позволяют «закрыть» систему права и отделить ее от других

⁷ Moore G. E. *Zasady etyki* / tr. Cz. Znamierowski. Warszawa, 1919.

⁸ Kelsen H. *Hauptprobleme der Staatslehre*. Tübingen, 1911. S. 3–4.

⁹ Bindreiter U. *Why Grundnorm?* Dordrecht, 2002. S. 17–18.

нормативно-фактических систем. Во-вторых, это предположение-фикция: Кельзен понимает, что мораль, экономика или политика, по сути, влияют на закон, но подчеркивает, что юрист — в качестве юриста — должен действовать так, будто бы это влияние не существует. Такая стратегия не включает в себя ничего революционного, а «только выводит на поверхность то, что делают все теоретики права, по крайней мере подсознательно, когда признают (юридические факты) не причиной, а интерпретируют их субъективное значение как объективно применимых стандартов, т. е. как нормативного правового порядка, притом не ставя в зависимость применение системы высших правовых норм или стандартов, установленных органом, превышающим юридические полномочия... Теория основной нормы — это просто результат процесса анализа, который всегда использовался положительной наукой права»¹⁰.

Казалось бы, философия Кельзена является примером такого видения, в котором право не имеет — и никогда не может иметь — ничего общего с фактами и, следовательно, не подлежит — и не может подлежать — натурализации. Другими словами, если предположить, что право — это автономная дисциплина, Кельзен утверждает, что **ПЗ** не имеет отношения к **НЗ**. Эта автономия возможна ценой фикции — принятия предположения о том, что в основе системы права лежит «фальшивая» основная норма.

Сложнее становится, когда мы рассматриваем анализ взаимосвязи между кельзеновскими понятиями обязательства и эффективности права. Ниже приведены определения обоих терминов: «Под “обязательством” мы имеем в виду существование специфических стандартов. Сказать, что норма действует, значит сказать, что мы предполагаем ее существование...

Эффективность права означает, что люди на самом деле ведут себя в соответствии с правовыми нормами; что нормами на самом деле пользуются»¹¹.

Какая взаимосвязь между анализируемыми явлениями?

«Хотя обязательство и эффективность — совершенно разные понятия, между ними существует важная связь. Мы признаем норму действительной при условии, что она принадлежит к системе норм, к порядку, который в целом эффективен. Следовательно, эффективность — это условие действительности, но не причина обязательства. Норма не применяется, потому что она эффективна; но если применяется, то правовой порядок, к которому она принадлежит, в целом эффективен»¹².

В несколько ином ключе Кельзен описывает эти отношения следующим образом: «Нормы позитивного права обязывают, так как основное правило, регулирующее их создание (т. е. основная норма), обязывает, а не потому, что они являются эффективными; но они обязывают до тех пор, пока эффективна правовая система. После того как конституция теряет свою эффективность, т. е. когда основанный на ней правопорядок как со-

¹⁰ *Kelsen H. Pure Theory of Law. Berkeley, 1967. P. 204–205.*

¹¹ *Ibid. P. 30, 39.*

¹² *Kelsen H. General Theory of Law and State. The Lawbook Exchange, 1945. P. 41–42.*

вокупность перестает быть эффективным, этот порядок и каждая принадлежащая ей норма перестают обязывать»¹³.

В итоге Кельзен обдумывает зависимость между следующими предположениями:

(О) Правопорядок обязывает.

(Н) Обязывает основная норма.

(Э) Нормы правопорядка эффективны, т. е. действительно применяются.

Как выглядит эта зависимость? Рассмотрим следующую интерпретацию.

Интерпретация 1. Материальная импликация. Задумаемся, можно ли связь между обязательством и эффективностью права передать с помощью модальной логики? Естественной формулировкой будет следующая:

$$(1) \square (O \rightarrow \text{Э})$$

(Здесь мы используем оператор необходимости \square , чтобы подчеркнуть, что связь между обязательством и эффективностью правовой системы является концептуальной, что это происходит во всех случаях). Предложение (1) утверждает, что если право действует, то оно должно быть эффективным. Другими словами, невозможна ситуация, в которой нормы правопорядка обязывают, а он неэффективен, но может возникнуть ситуация, в которой некоторые нормы эффективны (Э), а мы не можем сказать о существовании (обязательстве) любой правовой системы. Кельзен явно допускает такую возможность, когда пишет, что даже «абсолютно эффективная норма... может не стать обязательной, если ее вообще не считать нормой»¹⁴. Однако следует отметить, что Кельзен говорит о существовании тесной связи между обязательством принятой основной нормы и обязательством всего правового порядка, которую лучше всего реконструировать как:

$$(2) \square (H \rightarrow O)$$

(Согласно этой формулировке нормы позитивного права обязывают, так как фундаментальное правило, регулирующее их создание, — это основная норма, которая сама по себе обязывает.) Тем не менее если (1) и (2) верны, то на основании переходности импликации существует также:

$$(3) \square (H \rightarrow \text{Э})$$

Эта формулировка довольно проблематична — Кельзен ведь не хочет сказать, что всякий раз, когда обязывает основная норма, правовой порядок эффективен (что следует из предположения (3), хотя оно ясно говорит, что всякий раз, когда вы применяете право, оно также эффективно

¹³ Ibid. P. 43.

¹⁴ Ibid. P. 39.

(согласно предложению (1)). Наша первая интерпретация неправильно передает концептуальные отношения, которые описывает Кельзен.

Интерпретация 2. Пресуппозиция. Таким образом, можно задуматься, не является ли эффективность системы права пресуппозицией его применения, а именно:

(4) **O PRES Э**

Пресуппозиция между двумя предложениями А и В имеет место, если предложение имеет смысл (т. е. вы можете назвать его истинным или ложным) только тогда, когда его пресуппозиция, предложение В, верна. Таким образом, согласно формулировке (4) есть смысл говорить об обязательстве правового порядка (О), только если порядок этот в основном эффективен (Э). Проблема заключается в том, что (4) также делает вывод о том, что возможность признания правовых норм необязательными ($\neg O$) требует эффективности этого порядка (Э). Следовательно, попытка интерпретировать предлагаемую Кельзенем концептуальную конструкцию с использованием механизма пресуппозиции приводит к парадоксальным последствиям.

Интерпретация 3. Устранимая импликация. Еще одну возможность восстановления взглядов Кельзена дает так называемая устранимая логика (*defeasible logic*)¹⁵. С этой точки зрения отношения между обязательством основной нормы и всего правопорядка и эффективностью этого порядка можно представить так:

$$(5) H \Rightarrow O$$

$$(6) \neg E \rightarrow \neg O$$

Формула (5) использует так называемый составительный подтекст, который характеризуется тем, что с его помощью — при подлинности предшественника (H) — можно вывести (O), пока не окажется, что это приводит к противоречию. Другими словами, предложение (5) утверждает, что если основная норма обязывает, до тех пор пока не будет никаких подтверждений об истинности противоположного тезиса, мы признаём, что правопорядок — в целом — обязывает. Вместе с тем формула (6), использующая материальную импликацию, констатирует, что если право не является эффективным, то нельзя сказать, что этот порядок обязывает. Эти формулы подтверждают следующую интуицию: пока мы не констатируем на основании (6), что право не обязывает, мы можем, используя (5), признавать, что, если обязывает основная норма, это относится ко всему правопорядку. Кажется, что это не противоречит мысли Кельзена. С одной стороны, связь между обязательством основных норм и обязательством правовой системы гораздо сильнее, чем между обязательностью порядка и его эффективностью: H является конститутивным условием (основанием)

¹⁵ *Prakken H. Logical Tools for Modelling Legal Argument. Dordrecht, 1997.*

О, чего не скажешь об Э. С другой стороны, формулы (5) и (6) не заставят нас сделать вывод о том, что существует какая-либо логическая связь между основной нормой (Н) и эффективностью правовой системы в целом (Э), которая была проблемой в нашей первой интерпретации, где мы использовали модальную логику.

Точность формализации с использованием устранимой логики одновременно показывает концептуальную слабость структуры, представленной Кельзенем. Обратите внимание, что, защищая автономию права по отношению к другим областям познания, он должен постулировать существование определенной фикции: подделываемой основной нормы, которая стала основанием обязательности (а следовательно, и существования) правопорядка. Оказывается, что даже за счет фикции юрист не может полностью избежать фактов: правопорядок, который не является неэффективным, нельзя рассматривать как обязательство. Кельзен не мог сказать, что эффективность является причиной или конститутивным условием обязательства, потому что тогда было бы трудно говорить о какой-либо автономии права. В связи с этим он обращается к сложной структуре, в которой эффективность хотя и влияет на признание правового порядка обязующим, но имеет другой статус. Эту конструкцию можно формализовать в устранимой логике.

Дело в том, что такая логика основана на определенных эпистемологических предположениях: она позволяет реконструировать познавательную ситуацию несовершенно субъекта, т. е. такого, который не имеет полного доступа к информации. Устранимая импликация $A \Rightarrow B$ — полезный инструмент, потому что благодаря ему вы можете формализовать фрагменты человеческих знаний, которые используются для проведения умозаключения. Например, можно осуществить рассуждения, основанные на условном периоде: «Если x птица, то x летает», хотя известно, что существуют птицы, которые летать не могут. Конструктивность устранимой импликации показывает, как такие рассуждения возможны, но и делает возможным то, что предположение « x летает» можно будет отвергнуть, если окажется, что x — страус или пингвин. Таким образом, применение устранимой импликации $A \Rightarrow B$ имеет смысл, когда наша познавательная ситуация заставляет нас проводить умозаключения при неполных знаниях о фактах¹⁶. Если происходит A , мы можем заключить, что и B , хотя знаем, что существуют (предсказуемые или непредсказуемые) исключения, которые заставят нас отвергнуть B .

В то же время формула (5) $H \Rightarrow O$ не открыта для непредсказуемых исключений и не описывает ситуацию субъекта, лишенного полных знаний о фактах. Кельзен указывает на то, что существует только одна ситуация, в которой правовой порядок, основанный на обязывающей основной норме, уже нельзя считать обязывающим порядком — так будет, когда этот порядок в целом перестанет быть эффективным. Поэтому формализация

¹⁶ Brożek B. *Defeasibility of Legal Reasoning*. Kraków, 2004 (sekcja 1).

устранимой логики, которая состоит из предложений (5) и (6), прагматически эквивалентна следующей формализации классической логики:

(7) (НДЭ) → О

В этой трактовке как обязывание основной нормы, так и эффективность правовой системы имеют одинаковый статус: они являются необходимыми условиями всей правовой системы.

Представленный анализ взглядов Кельзена чрезвычайно поучителен для тех, кто хотел бы отстаивать разделение нормативной и фактической сфер. Юрист не может полностью отойти от сферы фактов, но — как показывает пример доктрины Кельзена — трудно себе представить его частичную изоляцию. Я не хочу сказать, что это вообще невозможно, потому что трудно сделать такие выводы, основанные на одном — хотя и очень характерном — примере. Тем не менее можно предположить, что сторонники разделения обречены на следующую дилемму: либо признать полную независимость законодательной сферы от фактической, либо выступать за частичную автономию права; но тогда, вероятно, они будут вынуждены признать, что связь между **ПЗ** и **НЗ** гораздо сильнее.

3. Радикальная натурализация

Радикальная натурализация (или наивная редукция) — это мнение, согласно которому правовые знания (**ПЗ**) являются просто частью научных знаний (**НЗ**). Другими словами, связь между **ПЗ** и (соответствующей частью) **НЗ** — это материальное равновесие. Рассмотрим пример. В «Пути закона» Оливер Уэнделл Холмс сказал, что право — это «предсказание того, что суды будут делать, а не что-то более претенциозное»¹⁷. По его мнению, заявление о том, что существует правовое или нормативное обязательство, эквивалентно определенным предсказаниям о поведении суда. Другими словами, норма:

(Н) Нельзя причинять вред другим.

эквивалентна заявлению:

(X) Если *x* нанесет вред *y*, суд прикажет *y* наладить конфликт.

Другим примером может служить психологическая теория Петражицкого, для которого норма (Н) эквивалентна формулировке:

(П) Если *x* представляет себе, что наносит вред *y*, то у *x* появляется императивно-атрибутивная эмоция, которая мотивирует *x* не причинять вред *y*¹⁸.

¹⁷ Holmes O. W. The Path of the Law // Harvard Law Review. 1897. Vol. 457, no. 10. P. 293.

¹⁸ Petrażycki L. Wstęp do nauki prawa i moralności. Warszawa, 1985. — В обоих случаях (и Холмса, и Петражицкого) предложенные мной реконструкции — это определенные упрощения.

Предложения (X) и (П) принадлежат к **НЗ** в том смысле, что лучшим способом сформулировать предсказание поведения суда или наличие специфических эмоций, вызванных определенными идеями, является использование адекватных научных методов.

Идея радикальной натурализации подвергается целому ряду критических возражений. Первое из них можно назвать интуитивным аргументом. С точки зрения основного языка интуиции (Н) не эквивалентно ни (X), ни (П), и признание такой эквивалентности может привести к парадоксальным последствиям. Это иллюстрирует Герберт Харт, критикуя в «Понятии права» предиктивную концепцию обязанности: «Если утверждение, согласно которому существует обязательство перед данным лицом, означающее, что в случае неповиновения с ним случилась бы какая-то неприятность, было бы правдой, то мы имели бы противоречие между утверждениями, согласно которым этот человек обязан, например, появиться на военную службу, или из-за подкупа полиции или суда нет шансов, что он будет пойман и подвергнут санкциям. Но здесь нет никакого противоречия, и подобные выражения неоднократно высказывают и понимают»¹⁹.

Интуитивный аргумент не настолько веский чтобы привести к отвержению радикальной натурализации. Тот факт, что такая эквивалентность, как (Н) = (X) или (Н) = (П), находится в противоречии с нашими языковыми интуициями или приводит к последствиям, которые мы воспринимаем как парадоксальные, является именно тем, чего хотят сторонники этого метода натурализации права. Холмс и Петражицкий знают, как воспринимается право с точки зрения здравого смысла, и именно с этим пониманием воюют. Интуитивного аргумента может быть достаточно для кого-то, кто — как Харт — принимает предположение о том, что анализ функционирования обыденного языка может пролить свет на природу права и другие социальные явления. Но без этого предположения интуитивный аргумент теряет свою силу и даже может стать контрпродуктивным: для того, кто ищет «научную основу» права, здравый подход к проблеме в некоторой степени подозрителен.

Второй аргумент против радикальной натурализации — аргумент о методологической шизофрении. Вернемся к предсказательной теории права. Как замечает Холмс, «если ты хочешь знать право — и ничего кроме него, — ты должен смотреть на него как злой человек, которого интересуют только материальные последствия и которому такие знания дают возможность давать соответствующие прогнозы»²⁰. Оказывается, что возведение норм и юридических обязанностей к предсказанию поведения суда не является чисто познавательной процедурой, а имеет некоторую цель: только если сделать эти предсказания наиболее точными, «злой человек» сможет дать соответствующую оценку последствиям собственных действий²¹. Почему «злого человека» волнуют эти последствия? Единственный связный

¹⁹ *Hart H. L. A. Pojęcie prawa / tr. J. Woleński. Warszawa, 1998. S. 121.*

²⁰ *Holmes O. W. The Path of the Law. P. 458.*

²¹ *Ibid. P. 462.*

ответ: «злой человек» — это тот, кто из числа возможных выбирает всегда такие действия, которые приносят ему больше выгоды. Другими словами, такой человек действует инструментально рационально. Модель инструментальной рациональности можно понимать двумя способами: дескриптивно (когда мы утверждаем, что люди действительно ведут себя так, чтобы максимизировать свои функции полезности) или нормативно (когда мы утверждаем, что должны так себя вести). Если бы «злой человек» Холмса был нормативной моделью, это привело бы к своеобразной «методологической шизофрении», и тогда мы утверждали бы, что нормы и юридические обязанности, по существу, являются предсказаниями, которые нужны злому человеку для того, чтобы он вел себя так, как должен, т. е. таким способом, который приносит ему больше всего выгоды. Другими словами, мы приводили бы юридическую обязанность к какому-то описанию фактов только для того, чтобы объяснить, как возможно осуществление другой, неправовой обязанности. Очевидно, в такой ситуации нужно было бы объяснить, что отличает юридическую обязанность от неюридической, почему первая подлежит натурализации, а вторая — нет.

Можно утверждать, что «злой человек» Холмса просто максимизирует свою полезность — тезис, согласно которому мы выбираем всегда действия, приносящие нам больше всего выгоды, может быть просто описанием наших фактических действий. И хотя в свете современных психологических исследований мы можем констатировать, что такое описание фальшивое, т. е. люди не являются чистыми эгоистами, действующими инструментально рациональным способом, Холмс мог бы защищаться перед обвинением, связанным с методологической шизофренией, отмечая, что неюридическую обязанность — как и юридическую — можно свести к факту. Однако есть ключевой аспект теории Холмса, в котором эта стратегия терпит неудачу. «Даже если признать правильным наблюдением, что юрист, давая совет своему клиенту — “злому человеку”, пытается предусмотреть, что решит судья, абсурдно предполагать, что то же самое сделает судья»²². Холмс наблюдает эту трудность, когда признает: «Я думаю, что судьи сами не умеют адекватно распознать свои обязанности проводить исследование того, что является общественно выгодным. Эта обязанность неминуема, а результатом нежелания судьи заниматься такими вопросами является отсутствие в выводах единственно возможных обоснований»²³.

Следовательно, Холмс недвусмысленно констатирует, что обязанностью судьи является такое действие, которое несет выгоду обществу. Можно рассуждать, имеет ли эта обязанность юридический или моральный характер. Нет сомнений, что такую обязанность нельзя возвести ни к одному предсказанию. Холмс должен объяснить, почему определенные обязанности (адресатов права) — это в действительности «потайные предсказания», тогда как другие — например, обязанность судьи делать такие

²² Haack S. On Legal Pragmatism, Where Does The Path of the Law Lead Us? // *American Journal of Jurisprudence*. 2005. Vol. 50. P. 80.

²³ Holmes O. W. The Path of the Law. P. 72.

выводы, чтобы максимизировать общественную полезность, — являются аутентичными обязанностями.

Стоит добавить, что с похожими проблемами сталкивается сторонник теории Петражицкого, когда рассматривает роль законодателя. Петражицкий пишет в этом контексте: «Сущность вопросов политики права заключается в научно обоснованном ожидании последствий, которых следует ждать в случае введения определенных законоположений, и в разработке таких принципов, введение которых в систему права... имело бы желательные результаты»²⁴.

Следовательно, законодатель действует не так, как «обычный смертный», который мотивируется эмоциями, а рационально, устанавливая цели и выбирая наилучшие средства для их реализации²⁵. Это действие невозможно описать в рамках схемы, которая объясняет поведение адресатов права, что ведет к другой версии методологической шизофрении: юридические обязанности связаны с наличием соответствующих эмоций, но обязанности законодателя независимы от этих эмоциональных механизмов.

Говоря в общих чертах, аргумент из методологической шизофрении гласит, что редукция норм и юридических обязанностей к описаниям определенных положений вещей всегда только частична. Даже если мы установим эквивалентность таких предложений, как (Н) и (Х) или (Н) и (П), окончательно должна появиться такая норма (юридическая или неюридическая), которая не сводится к фактам. В концепции Холмса такой нормой является приказ максимизации общественной полезности, а в теории Петражицкого — инструментальной рациональности, которой руководствуется законодатель. В обоих случаях у нас появляются теоретические проблемы; можно спросить, зачем сводить нормы и юридические обязанности к описаниям определенных фактов, поскольку и так окончательно нужно признать, что определенные нормы и обязанности такой редукции не подлежат.

Защитник радикальной натурализации имеет два выхода: или признать, что такая шизофреническая ситуация действительно имеет место, или стать героическим натуралистом и утверждать, что всевозможных типов нормы и обязанности — юридические, моральные, конвенциональные, языковые и др. — окончательно сводятся к фактам. В первом случае мы имеем дело с «местной натурализацией», которой подлежат определенные нормы и обязанности. Такая позиция теоретически подозрительна: чем отличается право от нравственности или от общественных конвенций либо чем отличается лицо, действующее в роли судьи, от лица, являющегося «обычным адресатом права», чтобы подтвердить двойные стандарты в объяснении происхождения нормативной сферы? В свою очередь, вторая возможность (я назвал ее героической верой в натурали-

²⁴ *Petrażycki L. Wstęp...* S. 13–14.

²⁵ *Motyka K. Leon Petrażycki's Challenge to Legal Orthodoxy.* Lublin, 2007. P. 48–49.

зацию) подвергается угрозе, которую лучше всего определить как аргумент перформативного противоречия.

Аргумент перформативного противоречия направлен на тех, кто утверждает, что не существует никаких правил поведения или обязанностей, что все они сводятся к так или иначе понимаемым фактам. Сторонники такого радикального тезиса опираются обычно на интерпретацию «Философских исследований» Людвига Витгенштейна, представленную Саулом Крипке²⁶. Эта интерпретация ведет к скептицизму по отношению к правилам: не существует никаких обязательных правил поведения, обязанностей или нормативных стандартов. Обоснование этого тезиса нужно искать в отвержении Витгенштейном трех концепций правил, понимаемых как распоряжения к действию, психические картины или платоновские объекты²⁷. Поскольку правила нельзя отождествить с ни одной из этих категорий, остается сказать, что мы следуем правилам и имеем разнообразные обязанности только потому, что существует определенная конвергенция в общественном поведении — например, если кто-то не сдержит обещания, неправильно употребит какое-то языковое высказывание или украдет, его ждет более или менее серьезная негативная общественная реакция. Другими словами, правил поведения и обязанностей не существует, но, учитывая точку зрения сообщества, мы можем понять, откуда взялись слова о том, что мы действительно поступаем в соответствии с правилами или имеем какие-то обязанности. Крипке замечает, что проблема, поставленная Витгенштейном, напоминает анализ причинности Юма. Юм утверждал, что мы не имеем оснований констатировать реальное существование (или несуществование) причинно-следственных связей, но наше психическое приучение позволяет понять, почему мы пользуемся категорией причинности. Юм скептически относился к существованию причинно-следственных связей, как и Витгенштейн — к существованию правил; мы не можем сказать, что существуют правила, — обосновано только утверждение, что существуют соответствующие общественные реакции.

Помимо того что интерпретация Крипке не всегда соответствует намерениям Витгенштейна²⁸, она ведет к далеко идущим последствиям. Хорошо подытоживает их Сьюзен Хёрли: «Не было бы адекватным заявление, что решение [парадокса Витгенштейна], апеллирующее к практике (общественной), является скептическим решением; что ничто не стоит у оснований содержимого (умышленных действий), а мы случайно соглашаемся делать одно, а не другое... Полная сила скептического взгляда лишает нас способности умышленного действия, попыток и выбора, так же как восприятия и мысли. Разрушает фундамент как прагматизма и конвенционализма, так и платонизма и психологизма. Отвергает возможность

²⁶ *Kripke S.* Wittgenstein on Rules and Private Language. Cambridge, Mass., 2007.

²⁷ *Brożek B.* Rule-Following. From Imitation to the Normative Mind. Kraków, 2013. P. 27–33.

²⁸ *Ibid.* (part. 1).

обращения к нашим умышленным реакциям, нашим конструкциям, нашим исследованиям, нашим процедурам верификации»²⁹.

Хёрли обращает внимание на то, что признание, будто не существует никаких правил, обязанностей и нормативных критериев, ведет к тому, что реальность ряда фундаментальных явлений, таких как умышленное действие, совершение выбора или обоснование утверждений, подвергается сомнению. Героический скептицизм по отношению к правилам — это **крайне** контринтуитивная позиция. Более того, она кажется внутренне противоречивой, по крайней мере в перформативном смысле. Что делает героический скептик? Говорит нам, что из таких-то и таких-то предпосылок возникает тезис о том, что нет никаких правил поведения. Другими словами, с помощью определенных правил обосновывает утверждение, которое гласит, что *никакие правила не существуют*.

Сторонник радикальной натурализации по необходимости попадает в одну из двух ловушек: или он должен признать, что натурализации подлежат только определенная часть того, что мы привыкли называть нормативной сферой (например право), а другая ее часть (например, нравственность или рациональность) остается стойкой к натуралистической редукции; или должен осмелиться на героический скептицизм, оспаривающий существование каких-либо правил и нормативных стандартов, но тогда он впадает в перформативное противоречие. Я не утверждаю, что этот факт представляет окончательный аргумент против радикальной натурализации. Ее сторонник может констатировать, что ему хорошо живется в методологической шизофрении, или заметить, что он не совсем понимает, почему должен сокрушаться перформативной противоречивостью — ведь он не признаёт существования никаких нормативных стандартов. Такая защита допустима, но приводит к тому, что концепция радикальной натурализации становится непроверяемой и, по моему убеждению, как таковая перестает быть интересным теоретическим вариантом.

4. Умеренная натурализация

Умеренная натурализация (*respective*) — это концепция, согласно которой связь между **НЗ** и **ПЗ** не так сильна, как материальное равновесие; она может принять форму супервентности или чего-то похожего (в глобальной трактовке — совокупность свойств А супервенирует на совокупности свойств В тогда, когда все возможные миры, которые неразличимы с учетом В, также неразличимы из-за А). Так понимаемый проект натурализации можно — при допустимой интерпретации — приписать версии правового позитивизма Харта. Напомним основную составляющую доктрины Харта: чтобы говорить о существовании общественных правил, нужно принять во внимание две точки зрения — внутреннюю и внешнюю. Вот как он определяет эти понятия: «Можно... относиться к правилам или с точки зрения наблюдателя, который совсем их не одобряет, или с точки

²⁹ Hurley S. *Consciousness in Action*. Cambridge, Mass., 2002. P. 234.

зрения члена данной группы, которая их одобряет и применяет. Соответственно, мы можем назвать эти положения “внешней” и “внутренней” точкой зрения. Заявления, сделанные с внешней точки зрения, могут быть разнообразными... Такой наблюдатель стремится только зарегистрировать правильность наблюдаемого поведения... а потом стремится к дальнейшей регистрации правильности в виде враждебных реакций, выговоров или наказаний, с которыми сталкиваются отступления от правил. Наблюдатель может через некоторое время, на основании отмеченных закономерностей, соотносить отступления с враждебными реакциями, что сделает возможным для него эффективное определение шансов того, что отступления от нормального поведения в данной группе столкнутся с неприязненными реакциями или наказанием... Если наблюдатель действительно принимает радикально внутреннюю точку зрения и вообще не старается учитывать способ, которым члены группы, одобряющие правила, понимают нормальность собственного поведения, его описание жизни группы не может ссылаться на категорию правил, а значит, и понятий, зависимых от правил, таких как обязанность»³⁰.

Харт утверждает, что некоторый образец поведения можно признать общественным правилом только тогда, когда он «пройдет тест» как внешней, так и внутренней точки зрения: он должен соблюдаться относительно принципа, но также считаться нормой поведения в данном сообществе. Существуют серьезные сомнения в том, как точно понимать «внутреннюю точку зрения» Харта³¹. В связи с этой проблемой Харт утверждает: «Внутренний аспект правил часто ошибочно изображается как просто дело “ощущений”... Однако... ощущения не являются ни необходимыми, ни достаточными для существования “обязательных” правил... То, что здесь необходимо, заключается в том, что должен появиться критический, осознанный подход к определенным образцам поведения как повсеместным стандартам, а это должно отражаться в способах критики (включая самокритику), требованиях уважения и признания того, что эти оценки и требования оправданны»³².

Вместе с тем в Постскриптуме к «Понятию права» Харт отмечает: «В действительности это даже более слабое условие: для существования общественного правила нужно, чтобы участники верили, что существуют хорошие моральные основания. Определенные правила могут быть приняты просто с учетом традиций, из желания идентификации с другими или из убеждения, что само общество лучше всего знает, что выгодно для людей. Эти положения могут сосуществовать с более или менее острым осознанием того, что такие правила морально неприемлемы»³³.

³⁰ Hart H. L. A. Pojęcie prawa. S. 127–128.

³¹ Holton R. Positivism and the Internal Point of View // Law and Philosophy. 1998. Vol. 17. S. 597–625; Shapiro S. What is the Internal Point of View? // Faculty Scholarship Series. Paper 1336. 2006. URL: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1336 (дата обращения: 20.06.2016).

³² Hart H. L. A. Pojęcie prawa. S. 85–86.

³³ Ibid. S. 344.

Кажется, что Харт понимает «внутреннюю точку зрения» очень широко. В частности, с его точки зрения «внутреннее» одобрение общественных правил не обязательно должно иметь моральный характер — основанием одобрения может быть привычка или другое, ненормативное психическое явление. Можно, как мне кажется, приписать Харту следующий взгляд: когда кто-то хочет знать, какие общественные (юридические) нормы существуют, он должен установить определенные социологические и психологические факты. При этом Харт не утверждает, что общественные (в том числе юридические) правила в полной мере сводятся к фактам (общественным и психическим), но наблюдает существующую связь между ними. Если бы не удалось установить эти факты, не было бы оснований утверждать, что в данном сообществе обязывают какие-либо общественные (в том числе правовые) правила. Общественные и психические факты не являются общественными нормами, но если бы они остались неизменными, не изменились бы и соответствующие общественные (юридические) правила. Между (фрагментом) ПЗ и (фрагментом) НЗ существует связь супервенции (или похожая на нее связь, более слабая из-за материального равновесия). Кстати, в таком подходе легко увидеть разницу между точкой зрения Харта и Кельзена. Для Харта изменение соответствующих фактов (социальных и психологических) приводит к изменениям в содержании системы права — если люди (особенно судьи и правительственные чиновники) ведут себя иначе, чем раньше, правовая система имеет иную форму, чем раньше; для Кельзена тот факт, что некоторый правопорядок (независимо от того, как адресаты права ведут себя и что считают своими обязанностями) перестал быть эффективным, означает, что этот порядок перестал обязывать (и, следовательно, не существует).

Более непосредственные отсылки к идее умеренной натурализации можно отыскать в тех современных трактовках права, которые обращаются к установкам теории эволюции и нейрокогнитивных наук³⁴. Как правило, в подобных концепциях право (подобно нравственности и, шире, культуре *tout court*) — в том или ином смысле — это творение эволюции. Трудно уйти от такого вывода, если учесть, что нормативные системы и другие культурные изобретения появились несколько тысяч лет назад, что в масштабе биологической эволюции является незначительным периодом. В связи с этим обычно принимается, что человеческая способность к созданию культуры должна быть следствием относительно небольших биологических приспособлений, которые сделали возможным для человека вход на путь кумулятивной культурной эволюции. Для примера: Майкл Томаселло утверждает, что свойственная человеку тенденция к отождествлению с остальными людьми отличает нас от других приматов. Эта тенденция проявляется в человеческом мутуализме: в прирожденной склонности к помощи другим, сотрудничеству с ними, в поведении, характерном для собственной общественной группы. Эти мотивировочные механизмы —

³⁴ Załuski W. *Ewolucyjna filozofia prawa*. Warszawa, 2009; Brożek B. *Normatywność prawa*. Warszawa, 2012.

вместе с соответствующими познавательными способностями — делают возможным учение путем наследования: люди в отличие от других приматов склонны перенимать образцы поведения от других. Это, в свою очередь, позволяет распространить такие образцы среди популяции и передавать их из поколения в поколение, составляя основу механизмов мотивации. Разнообразные образцы поведения, начиная от использования инструментов и языка и заканчивая общественными учреждениями, не должны в каждом поколении «изобретаться заново» — имитация позволяет передавать их из поколения в поколение, что ведет к кумуляции практических и теоретических знаний³⁵.

Право, понимаемое как общественное учреждение, целью которого является регуляция человеческого поведения, было бы невозможно без этих биологических адаптаций (соответствующих познавательных механизмов, которые ведут к отождествлению с представителями собственного вида и учения путем наследования), но также без тысяч лет культурной эволюции, которая — через кумуляцию и огромное число образцов поведения — и приготовила фундамент для функционирования современных, сложных правопорядков. То же самое можно сказать и о других творениях культуры — математике, естественных науках, спортивных играх и т. д. Все это показывает, что тезис сторонников умеренной натурализации по своему существу тривиален, потому что — по крайней мере согласно эволюционной точке зрения — все творения культуры, в том числе право, опираются на определенные (социологические и психологические) факты. **ПЗ** находится в определенной связи с **НЗ**, потому что совокупность того, что мы зовем культурой, зависима от определенных социологических и психологических фактов, существование которых обуславливают глубоко укоренившиеся в нашей биологии мотивировочные и познавательные механизмы.

Это не означает, что концепция Харта и подобные теории ничего не стоят — часто очень трудно различить то, что кажется очевидным или даже тривиальным; однако это не меняет того, что видение умеренной натурализации, основной тезис которой гласит, что право супервенирует на закономерностях в социальном поведении и психических отношениях, в основном тавтологично: в эволюционной точке зрения культура (в том числе закон) супервенирует.

5. Как натурализовать право?

С учетом представленных выше размышлений кажется принципиальным поиск другой концепции натурализации права, которая позволила бы более точно показать связь между **ПЗ** и **НЗ**. Прежде чем я попытаюсь сформулировать такую концепцию, рассмотрим три примера связей между законодательным и научным дискурсами. Первый из них касается рас-

³⁵ *Tomasello M.* 1) *Kulturowe źródła ludzkiego poznawania.* Warszawa, 2002; 2) *Why We Cooperate.* Cambridge, Mass., 2009.

смотрения и исследования доказательств в уголовном процессе. Сравним две ситуации: в первой мы устанавливаем присутствие обвиняемого на месте происшествия с помощью ордалии (например, испытанием огнем), в другой же используем анализ ДНК в оставленных биологических следах (например, кровь). Не нужно длительных размышлений, чтобы сказать, что во втором случае судебное разбирательство в большей степени соответствует стандартам, разработанным наукой. Имеем ли мы здесь дело с натурализацией юридического дискурса? Традиционно существует два типа вопросов, с которыми мы должны столкнуться в ходе любого судебного разбирательства: *quaestiones facti* и *quaestiones iuris*. Урегулирование вопросов факта является предметом доказательств и должно происходить в соответствии с наилучшими имеющимися знаниями. *Quaestiones iuris*, т. е. широко понимаемое толкование права, охватывающее также определение соответствующего законодательства, использует другие инструменты и формы рассуждения (толкования лингвистической и функциональной системы); не могло быть и речи о применении методов, разработанных в области естественных наук. Другими словами, то, что *quaestiones facti* решаются в соответствии с научными стандартами, не есть проявление натурализации права — мы могли бы говорить об этом только в том случае, если методы науки могут быть использованы при анализе *quaestiones iuris*.

Но давайте посмотрим на другой пример. Согласно ст. 58 Семейного и опекунского кодекса³⁶ в деле о разводе суд принимает решение о родительских правах над общим несовершеннолетним ребенком обоих супругов и о контактах родителей с ребенком, принимая во внимание в первую очередь благополучие ребенка. Под благополучием ребенка догматика гражданского права понимает соответствующие условия его психического и интеллектуального развития. Представьте себе, что, принимая решение о разводе, один суд всегда признаёт мать единственным родителем (поддерживая догматическую теорию, в которой говорится, что благополучие ребенка может обеспечить только забота матери); другой суд передает родительские права тому из родителей, кто может обеспечить ребенку лучшие материальные условия (ссылаясь на догматичную теорию, которая связывает благо ребенка исключительно с его материальной ситуацией), а третий — тому, кто согласно с указаниями современной психологии развития способен обеспечить ребенку более гармоничное эмоциональное и интеллектуальное развитие. Очевидно, что третий суд действует согласно стандартам, выработанным современной наукой. В этот раз мы не скажем, что в описанной ситуации идет речь о научном решении *quaestiones facti*; суды отличаются своей интерпретацией понятия «благо ребенка», а следовательно, идет речь об *quaestiones iuris*. Объяснение Семейного и опекунского кодекса, которое приводит третий суд, больше согласуется с установками развивающей психологии, чем объяснения первого и второго судов.

³⁶ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy // Dziennik Ustaw. 1964. N 9. Poz. 59.

Мой третий пример более абстрактен — он касается ключевой для гражданского права теории волеизъявления. Статья 60 Гражданского кодекса³⁷ определяет это понятие следующим образом: «С учетом исключений, предусмотренных в законе, воля лица, осуществляющего юридическую деятельность, может определяться поведением этого лица, которое достаточно показывает его волю». Эта краткая формулировка обставлена различными догматически-юридическими теориями. Согласно традиционной точке зрения, возникновение «волеизъявления» «проходит в результате определенного процесса, в котором можно выделить два существенных этапа. Во-первых, этап формирования внутренней воли. Начинается он с мысли о составлении данного заявления. Потом наступает мотивировочная фаза, в рамках которой замысел подлежит соответствующей верификации. Если она пройдет успешно, рождается решение, т. е. акт внутренней воли. Для возникновения волеизъявления необходим еще один элемент — проявление воли вовне. Однако это уже другой этап процесса принятия решения»³⁸.

Это догматическое описание процесса принятия решений можно легко включить в учебники истории психологии как свидетельство того, как в XVIII и XIX вв. (особенно в немецкой традиции) представляли себе принятие решения. Две основные составляющие этой концепции можно охарактеризовать как рационализм и волюнтаризм: считалось, что человек способен осознанно принимать рациональные решения. Другими словами, эта точка зрения предполагает, что эмоциональные факторы, как правило, не влияют на то, какие решения мы принимаем. Совершенно иной образ процесса принятия решений описывают современные психология и нейробиология. Считается, что подавляющее большинство наших ежедневных решений бессознательны и основываются на эмоциональных механизмах: посредством обучения, поддерживаемого соответствующими эмоциями, мы учимся быстро, неосознанно реагировать на типичные ситуации. Конечно, мы также принимаем сознательные, обоснованные решения, но это случается редко³⁹. Оказывается, что традиционная теория волеизъявления не согласуется с тем, что о процессе принятия решений говорит современная наука.

Однако теория волеизъявления более поучительна. Развитие доктринальных концепций в XX в. шло в направлении объективизации волеизъявления. Например, сторонники так называемой теории проявления считали, что цель объяснения волеизъявления — «установка реальной воли», но «в пределах ее выражения и на основании всех сопровождающих обстоятельств»⁴⁰. В свою очередь, сторонники полной объективизации

³⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny // Dziennik Ustaw. 1964. N 16. Poz. 93.

³⁸ Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz / red. M. Pyziak-Szafnicka. Warszawa, 2009. S. 628.

³⁹ Brożek B. Rule-Following. From Imitation to the Normative Mind (part. II).

⁴⁰ Grybowski S. System prawa cywilnego. Część ogólna. T. I / red. W. Czachórski. Wrocław, 1974. S. 530.

волеизъявления утверждают, что при объяснении волеизъявления устанавливается значение этого понятия, а не «настоящая воля»⁴¹; при этом «значение», о котором здесь идет речь, определяется с точки зрения «рассудительного получателя» волеизъявления, а не попытки открыть истинные намерения.

В последние десятилетия наряду с тенденцией объективизации можно заметить еще один тренд в гражданско-правовых теориях, касающихся волеизъявления. В таких отраслях, как потребительское право, не только отходят от видения рационально действующего субъекта, но и от объективизации волеизъявления, принимая, что адресаты права (потребители) часто действуют нерассудительно, под воздействием эмоциональных импульсов и легкомысленно⁴². В связи с этим им полагается особая защита (например, право отступления от соглашения в определенный период после заключения договора или расширенная гарантия). Таким образом, мы сталкиваемся с методологически непонятной ситуацией. Во-первых, во многих учебниках, комментариях и решениях суда ссылаются на традиционную модель, непосредственно основанную на психологии XIX в. Во-вторых, доктринальные взгляды, которые объективируют понятие волеизъявления, «убегают» от оснований, касающихся человеческих процессов принятия решения, сосредоточиваясь на том, как «рассудительный адресат» понимает этот термин. В-третьих, по крайней мере в определенных отраслях права и в некоторых юрисдикциях, предполагается, что человек часто принимает решения импульсивно и нерассудительно. Такое разъединение проблематично для науки гражданского права, но — и это более важно — оно показывает, что законодатели вынуждены отойти от традиционной модели волеизъявления, обогащая ее разными модификациями, такими как модель нерассудительного потребителя. По-видимому, реальность законодательной практики привела к этим модификациям — видение рационально и сознательно действующих субъектов XIX в. оказалось неудачной экстраполяцией, базирующейся на некоторых достаточно редких типах процессов принятий решений. Это ясно показывает, что принятие фальшивых оснований способов, которыми фактически действуют адресаты права, может привести к прекращению функционирования юридических учреждений и необходимости их непрерывных модификаций. Возможно, конструкция теории волеизъявления, основанная на более правильной (а следовательно, совместимой с установками современного поведения человека) модели принятия решения, могла бы содействовать сплоченности гражданско-правовых концепций.

Представленные выше примеры — в особенности второй и третий — ясно показывают, что различие *quaestiones facti* и *quaestiones iuris* —

⁴¹ Radwański S. Wykładnia oświadczeń woli składanych indywidualnym adresatom. Warszawa, 1992. S. 20.

⁴² Такое понимание было характерно для немецкого права; в последнее время, под воздействием решений Суда ЕС, идет определенная унификация стандартов защиты прав потребителей в государствах — членах ЕС, что привело к отходу от модели «глупого потребителя» в Германии.

искусственная процедура, хотя, нужно признать, для многих целей, например дидактических, потенциально полезная. Нормативные по своей сути юридические институты, такие как волеизъявление, основаны на предположениях описательного характера. Чтобы понять, чем является волеизъявление, недостаточно прочесть с пониманием ст. 60 Гражданского кодекса; мы также не можем применить это положение без соответствующего теоретического фундамента, который дает догматика гражданского права в виде теории воли, волеизъявления или концепции объективизации волеизъявления. Дело в том, что эти догматически-правовые понятия основаны на той или иной концепции процесса принятия решений и, таким образом, на определенных дескриптивных тезисах. Если это так, то вы можете спросить, соответствуют ли такие тезисы **НЗ**.

Что же значит, когда две теории, такие как догматически-правовая концепция волеизъявления и психологическая или нейробиологическая теории принятия решения, взаимно связны или несовместимы? Крайним случаем разъединения является противоречивость. Однако можно также представить себе две теории, которые взаимно непротиворечивы, но вопреки этому несовместимы или связны в минимальной степени. Сплоченность лучше всего сформулировать следующим способом: сбор предложений (например, сумма двух теорий, как в случае наших анализов) несвязан, если он противоречив; если же он (а) непротиворечив, то его степень сплоченности вырастает вместе с ростом (b) числа нетривиальных связей внутри сбора и (с) степени его унификации. Можно сказать, что между предложениями, принадлежащими к данному сбору, существуют нетривиальные связи, если они могут совместно служить в качестве доказательства в дедуктивных рассуждениях; кроме того, сбор предложений более сплочен, если его сложнее разделить на подсборы без потери информации⁴³. Чтобы образно представить, что это определение дает, достаточно заметить, что хорошо сконструированная аксиоматическая система (например, элементарной арифметики или геометрии) едина в превосходной степени, потому что она (а) непротиворечива; (b) аксиомы такой системы служат доказательством нетривиальных утверждений; (с) поскольку аксиомы независимы, невозможно поделить такую систему на подсборы без потери информации.

Представленное определение сплоченности в логическом смысле позволяет сформулировать следующее определение натурализации правовых знаний:

***ПЗ** натурализованы в такой степени, в которой их дескрипторные основания (в частности, дескрипторные основания юридических норм, формулируемые на почве догматики права и решений суда) в логическом смысле связаны с **НЗ**.*

Такая натурализация права отличается как от радикальной, так и от умеренной натурализации. Во-первых, связь между (соответствующими

⁴³ *Bonjour L.* The Structure of Empirical Knowledge. Cambridge, Mass., 1985.

фрагментами) **ПЗ** и **НЗ** не имеет здесь ни материального характера, ни супервенции, ни похожей связи — о натурализации можно говорить в случае существования сплоченности между **ПЗ** и **НЗ**. Во-вторых, натурализация градационная: правовые знания могут быть более или менее натурализованными в зависимости от того, в какой мере они связаны с научными знаниями. Концепция волеизъявления, которая опирается на тезис, согласно которому человек всегда принимает решения сознательно и рационально, противоречит выводам современных биологических наук. Теории, которые делают акцент на полную объективизацию волеизъявления, не противоречат научным знаниям, но одновременно с ними не связаны; следовательно, они мало связаны с тем, что говорит наука, и, таким образом, натурализованы в минимальной степени. В конечном счете, если сконструировать теорию волеизъявления, которая опиралась бы на тезис, согласно которому человек обычно принимает решения, основываясь на эмоциональных механизмах, а порой — при особых обстоятельствах — способен к чисто рациональному решению, такая теория была бы в большой степени связана с **НЗ**, и, следовательно, соответствующий фрагмент **ПЗ** сильно натурализовался бы.

Кажется, что такое понимание натурализации права позволяет избежать проблем, имеющих у сторонников умеренной натурализации. По их мнению, право является «натуральным» бытием, потому что, подобно другим творениям культуры, супервенирует на закономерности общественного поведения и психические отношения. Знать, что существуют юридические правила, значит знать, что существуют соответствующие социологические и психологические факты. Однако такие знания не могут непосредственно повлиять на юридическую практику. Тем временем в концепции, которую я излагаю в этом эссе, вопрос о натурализации права представляет собой не вопрос существования юридических норм, а вопрос о том, какой характер имеют убеждения, стоящие за юридической практикой. Эта замена точки зрения возможна благодаря замечанию, что правовые знания *sensu stricto* не ограничиваются знанием правовых норм, а охватывают догматические теории, которые прославляют дескрипторные основания юридических норм. Этот маневр позволяет сформулировать понятие натурализации, используя логическую концепцию сплоченности; это, в свою очередь, приводит к тому, что она становится инструментом, который может пригодиться в процессе создания, интерпретации и оценки отдельных юридических институтов. Конечно, совсем другой вопрос — стоит ли натурализовать право вообще. С одной стороны, если мы хотим, чтобы право было эффективным, оно должно опираться на солидные дескрипторные основания; с другой — история подсказывает, что даже контрфактические основания могут составлять основу эффективных юридических институтов. Так что непонятно, является ли право, которое в большой степени натурализовано, в каком-то смысле лучше, чем ненатурализованное право. Но этот вопрос выходит за рамки настоящего эссе.

References

- Bindreiter U. *Why Grundnorm?* Dordrecht, 2002.
- Bonjour L. *The Structure of Empirical Knowledge*. Cambridge, Mass., 1985.
- Brożek B. *Defeasibility of Legal Reasoning*. Kraków, 2004.
- Brożek B. *Normatywność prawa [The Normativity of Law]*. Warszawa, 2012. (In Polish)
- Brożek B. *Rule-Following. From Imitation to the Normative Mind*. Kraków, 2013.
- Brożek B. *The Double Truth Controversy*. Kraków, 2010.
- Grybowski S. (in:) *System prawa cywilnego. Część ogólna [The Civil Law System. The General Part]* Vol. I, ed. Czachórski W. Wrocław, 1974. (In Polish)
- Haack S. On Legal Pragmatism, Where Does The Path of the Law Lead Us? *American Journal of Jurisprudence*, 2005, vol. 50.
- Hart H. *Pojęcie prawa [The Concept of Right]*, trans. J. Woleński. Warszawa, 1998. (In Polish)
- Hohol M. *Wyjaśnić umysł [To Clarify the Mind]*. Kraków, 2012. (In Polish)
- Holmes O.W. The Path of the Law. *Harvard Law Review*, 1897, vol. 457.
- Holton R. Positivism and the Internal Point of View. *Law and Philosophy*, 1998, vol. 17.
- Hurley S. *Consciousness in Action*. Cambridge, Mass., 2002.
- Kelsen H. *General Theory of Law and State*. The Lawbook Exchange, 1945.
- Kelsen H. *Hauptprobleme der Staatslehre [The Main Problems of the Theory of State]*. Tübingen, 1911. (In German)
- Kelsen H. *Pure Theory of Law*. Berkeley, 1967.
- Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz [Civil Code. The General Part. Comments]*, ed. M. Pyziak-Szafnicka. Warszawa, 2009. (In Polish)
- Kripke S. *Wittgenstein on Rules and Private Language*. Cambridge, Mass., 2007.
- Leiter B. *Naturalizing Jurisprudence*. Oxford, 2007.
- Moore G. E. *Zasady etyki [The Rules of Ethics]*, trans. Cz. Znamierowski. Warszawa, 1919. (In Polish)
- Motyka K. *Leon Petrażycki's Challenge to Legal Orthodoxy*. Lublin, 2007.
- Papineau D. Naturalism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. E. N. Zalta. Spring, 2009. Available at: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/naturalism> (accessed: 20.07.2017).
- Petrażycki L. *Wstęp do nauki prawa i moralności [Introduction to the Study of Law and Morality]*. Warszawa, 1985. (In Polish)
- Prakken H. *Logical Tools for Modelling Legal Argument*. Dordrecht, 1997.
- Quine W. V. O. Epistemology Naturalized. Quine W. V. O. *Ontological Relativity and Other Essays*. New York, 1969.
- Shapiro S. *What is the Internal Point of View?* Faculty Scholarship Series, paper 1336, 2006. Available at: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1336 (accessed: 20.07.2017).
- Tomasello M. *Kulturowe źródła ludzkiego poznawania [Cultural Sources of Human Knowledge]*. Warszawa, 2002. (In Polish)
- Tomasello M. *Why We Cooperate*. Cambridge, Mass., 2009.
- Zański W. *Ewolucyjna filozofia prawa [Evolutionary Philosophy of Law]*. Warszawa, 2009. (In Polish)