

УДК 340.12

Р.А. Юрьев

ПОНЯТИЕ «ДЕЙСТВИЯ» В АНАЛИТИЧЕСКОЙ ФИЛОСОФИИ Г.Л.А. ХАРТА: ГЕНЕЗИС И ЗНАЧЕНИЕ

На основании анализа теории перформативных актов Дж. Остина и ее сопоставления с теорией первичных и вторичных правил Г.Л.А. Харта делается вывод о генетической и идейной преемственности понимания действия в аналитической философии права по отношению к теории речевых актов. Рассматриваются особенности теории речевых актов и теории первичных и вторичных правил, в результате чего их соотносительность может быть понята только в контексте разграничения аскриптивных и дескриптивных высказываний. Ключевые слова: речевые акты, первичные и вторичные правила, аналитическая философия права, перформативные высказывания.

В рамках аналитической философии права, в наиболее известной работе Г.Л.А. Харта «Понятие права», встречаются такие метафоры, как «ядро», «полутень» и т.д., которые указывают на бесконечную вариативность тех фактов, которые могут встретиться нам в будущем и к которым мы, возможно, не всегда будем готовы, даже если имеем в наличии совершенную правовую систему. В этом отношении аналитическая философия права в отличие от большинства прочих философских стратегий принципиально утверждает контекстуальность, прагматизацию, увлеченность концептуальным анализом «естественного языка», в то же время не забывая о поиске оснований (например, в «Понятии права» – это понимание права как системы первичных и вторичных правил). «Основание права» здесь следует понимать не в метафизическом смысле, говорящем о какой-то умозрительной сущности, а в смысле подвижных инвариантных признаков, которые могут быть рассмотрены в любом историческом контексте.

Аналитическая философия права Г. Харта, как указывают большинство исследователей, проникнута идеями творчества «позднего» Л. Витгенштейна и Дж. Л. Остина. Более того, как утверждает Б. Бикс, с Г. Харта начинается герменевтический поворот в аналитической философии права, продолжателями которого являются такие крупные американские ученые, как Дж. Колман, М. Кремер, Д. Лайонс, Дж. Постема, С. Шапиро и др. [1]. Такого рода поворот можно скорее усмотреть не в его самом известном произведении – «Понятие права», а в таких работах, как «Приписывание ответственности и прав», «Волевые акты и ответственность», «Умысел и наказание» и т.д.¹ Нельзя сказать, что это совсем различные произведения в содержательном и методологическом плане, просто масштаб рассмотрения

¹ Hart H.L. A. The Ascription of Responsibility and Rights // Proceedings of the Aristotelian Society. 1949. Vol. 49. P. 171–194; Hart H.L. A. Acts of Will and Responsibility // Punishment and Responsibility. Oxford University Press, 2008; Hart H.L. A. Intention and Punishment // Punishment and Responsibility. Oxford University Press, 2008.

феномена права в «Понятии права» более широк и отличается системностью, а в вышеназванных работах Харт ставит задачу пристально рассмотреть право как действие в конкретных примерах (в том числе и в правоприменительной практике). Но при этом, как представляется, возможно эксплицировать философские предпосылки «Понятия права», которые можно назвать «элементарными» и которые ведут свою точку отсчета из теории перформативных актов Дж. Остина и благодаря чему хартовская философия права может рассматриваться как единое и цельное образование.

I

В аналитической традиции философствования, начиная с Л. Витгенштейна и Дж. Остина, язык становится не просто репрезентантом «внешнего» по отношению к нему мира, а инструментом его преобразования. Язык и действие понимаются как одно целое. В работе «Слово как действие» [2] Дж. Остин обращает внимание на то, что не все утверждения являются утверждениями о фактах. Безусловно, язык описывает мир в модальности истинного/ложного положения дел, но тем не менее существуют такие способы употребления языка, которые связаны и с преобразованием мира – они не истинны и не ложны, но в то же время не являются бессмысленными. Сюда относятся приказы, команды, восклицания – это такие высказывания, которые в момент осуществления уже совершают действие. Таким высказываниям Дж. Остин дает название «перформативных».

Например, весьма интересно было бы рассмотреть такое действие, как обещание, и в качестве сравнения привести позиции аналитической и феноменологической философии права. Обещание как социальное действие рассматривалось в феноменологической философии права А. Райнаха (1883–1917), одного из первых учеников Э. Гуссерля. По А. Райнаху, обещание – это социальный акт, который что-то меняет в мире: из обещания возникает требование, с одной стороны, и обязательство, с другой. Однако, как представляется, А. Райнах в понимании обещания идет по пути гуссерлевской «эйдетической феноменологии»: обещание схватывается как нечто тождественное, оно становится идеальным интенциональным предметом, который интендируется в бесконечных множествах интенциональных актов [3].

Подобная «эйдетическая» соотнесенность не позволяет рассматривать множество иных действий в качестве социальных актов и во многом приводит к тому, что у А. Райнаха допускается противоречие в замысле и самом исполнении его теории. Как указывает Б. Смит, феноменология права А. Райнаха задумывалась им как онтология социального мира [4]. Немецкий мыслитель пытался на примере ситуации обещания вывести и иные социальные акты, и, судя по всему, их «эйдетические» прообразы. Хотя Дж. Остин, повторяя некоторые выводы феноменологии права, утверждает, что, например, неискреннее обещание является *действительно* данным – это выводится не из некоего *единого* значения, а из устоявшейся практики употребления. И дело не в самой логической конструкции социального акта, а в том, что успешность социального акта зависит от определенных условий.

В этом плане линия преемственности Витгенштейн – Остин не вызывает сомнений в исследовательской литературе. В связи с вышесказанным Е.В. Борисов в работе «Основные черты постметафизической онтологии» пишет: «Витгенштейново преодоление семантического «платонизма» означает деструкцию трактовки значения как единого и универсального в пользу «семейства» частных значений, каждое из которых может иметь место (и может быть обнаружено наблюдателем) только в контексте конкретного случая употребления соответствующего слова/выражения – в контексте конкретной ситуации словоупотребления <...> Даже если мы – каталогизировав все значения, которые некоторое имя имеет, скажем, в современном русском языке – сумеем обобщить их в единой дефиниции (как это иногда удается в толковых словарях), эта дефиниция будет не более чем обобщением ряда единичных фактов, и ее универсальность будет ограничена только сферой зарегистрированных *действительных* фактов словоупотребления, а это значит, что любая дефиниция может быть поставлена под вопрос историей языка: всегда возможно появление новой языковой игры, в которой рассматриваемое слово может приобрести значение, не подпадающее под данную ему дефиницию» [5. С. 41].

Поэтому теория «слова как действия» выглядит более реалистичной и более работающей теорией. Ведь на самом деле существуют такие социальные действия, которые проговариваются в языке, свершаются в реальности, но в самой их «природе» необходимо не содержится отношения единого логического следования. Даже если это следование и содержалось бы (и Райнах, скорее всего, указал бы, что оно содержится) внутри некоего схваченного в эйдетической интуиции значения, то оно не становилось бы онтологическим – оно не выражало бы некую истину реального положения дел, но лишь отсылало бы к нему в качестве одного из возможных. Ведь помимо слов, выражающих действия, существует еще множество «несуразных» слов и выражений (Остин), которые ничего не утверждают, но имеют отношения к обстоятельствам и, более того, включают точку зрения другого, внешнего наблюдателя¹.

При этом стоит подчеркнуть, что феноменология права вполне заслуженно обращает внимание на проблему универсальных и общих понятий в праве и опровергает попытки их обоснования через психологические и природные факты. Априорные правовые понятия обладают бытием, как те же числа или геометрические фигуры (классический пример платонической установки в

¹ Как подметил еще У.В.О. Куайн в работе «Слово и объект», «выражение «Ой» не является независимым от социального обучения» и также «оно имеет важную социальную функцию, в каком-то смысле – исключительного рода». И подобных контекстно обусловленных ситуаций достаточно много. – Куайн У.В.О. Слово и объект // Новое в зарубежной лингвистике. М.: Прогресс, 1986. Вып. XVIII. С. 28–32.

Также стоит обратить внимание на работы американского социолога Ирвина Гофмана «Анализ фреймов: эссе об организации повседневного опыта». «Представление себя другим в повседневной жизни», где, помимо слов и их значений, Гофман анализирует различные модальности социального действия, связанные с выражением лица, тональностью голоса, позой внутри так называемых ритуалов взаимодействия, фреймов. В своей интерпретации повседневного опыта И. Гофман значительно опирается на теорию речевых актов Дж. Серла и Дж. Остина. – См.: Гофман И. Анализ фреймов: эссе об организации повседневного опыта. М.: Институт социологии РАН, 2003; Гофман И. Представление себя другим в повседневной жизни. М.: Канон-Пресс, 2000.

философии). Однако, как указывает Е.В. Борисов, «идеальные объекты, такие как число, строятся без использования временного параметра, поэтому предложение «сегодня поутру число 5 было нечетным» является бессмысленным», и, следовательно, нельзя говорить о тождественности значения *в целом*» [5. С. 11].

II

«Понятие права» Г. Харта основано на понимании системы права как системы первичных и вторичных правил и выводится из определенной установки на понимание осуществления действия, заложенной Дж. Остином. Чтобы этот тезис стал более ясным, необходимо: а) реконструировать ход рассуждения Харта по поводу понимания права как подвижного единства первичных и вторичных правил; б) исходя из предположения о релевантности теории перформативных актов Дж. Остина и теории первичных и вторичных правил Г. Харта, рассмотреть те категориальные соответствия и те проблемы, которые следуют из рассматриваемой нами линии преемственности. Можно поставить теперь вопрос, каким образом связана система «Понятия права» Г. Харта и теория речевых актов Дж. Остина, в частности теория неудач?

Свое оригинальное понимание права как системы первичных и вторичных правил Г. Харт начинает с демонстрации примера идеи обязательства. Демонстрация начинается с иллюстрации ситуации с вооруженным грабителем, заимствованной у Д. Остина (юриста и теоретика права XIX века): А приказывает Б отдать деньги, угрожая его убить. С точки зрения понимания права как принуждающих приказов у Б по отношению к А возникает обязательство. Однако Б должен отдать деньги, но вопрос заключается в том, имеет ли он «обязанность». Иными словами, создает и порождает ли любое подобное требование обязательство? Проблема в том, что «утверждение, что этот человек был обязан подчиняться другому, в целом носит психологический характер и касается представлений и мотивов, на основании которых совершается действие. <...> факты, касающиеся оценки и мотивов, не являются необходимыми для того, чтобы сделать утверждение о том, что человек имел обязанность, истинным» [6. С. 89]. Джон Остин пытался спасти свою теорию с помощью внесения «шанса» или «вероятности». Г. Харт отбрасывает и эту теорию, хотя признает, что ее заслугой было то, что она избегает гипостазирования «обязанности» и «долга» в метафизических правовых теориях.

Аргументация Г. Харта строится следующим образом. За отклонениями от правил следуют не только санкции, но и их оправдания. «Утверждение, что человек имеет обязанность в соответствии с определенным правилом, и предсказание, что он, вероятно, понесет наказание в случае неповиновения, могут различаться» [6. С. 90].

Правило, создающее обязанность, характеризуется следующими признаками:

1. Наличие и серьезность социального давления. Это хотя, в свою очередь, «не означает, что иметь обязанность в соответствии с правилами значит испытывать чувства давления или принуждения. <...> Чувствовать себя обя-

занным и быть обязанным – это разные, хотя часто и сопутствующие друг другу вещи» [6. С. 93].

2. Наличие внутреннего аспекта правил. Речь идет о том, что наблюдать за правилами определенной группы можно различным образом. С одной стороны, можно занять позицию внешнего наблюдателя, для которого поведение членов группы в той или иной ситуации будет индексироваться в терминах регулярности и вероятности. Внутренняя точка зрения самих членов группы указывает не на вероятность, но на то, что нарушение правила – это не только основание для предсказания, но и причина, по которой эта реакция должна последовать.

Однако и этого недостаточно, чтобы правило стало правом. Можно представить общество с набором первичных правил как стандартизированных образцов поведения. Этим правилам подчиняется большинство в группе, эти правила отвечают всем вышеназванным характеристикам. Такая социальная структура, основанная лишь на первичных правилах, отличается неопределенностью, статичностью и неэффективностью. «В подобном обществе не существует механизма сознательной адаптации правил к изменяющимся обстоятельствам путем уничтожения старых правил или введения новых, так как подобная процедура возможна только при наличии правил, отличных от тех правил первичных обязательств, по которым живет данное общество» [6. С. 98].

Например, если существует только правило обязательства должника, то долг не может быть передан, так как для этого необходимо создать правила, отличные от первичных правил обязательств. Эти дефекты могут быть исправлены лишь введением «вторичных правил». По сути, это и есть движение от доправового состояния к правовому.

Вторичные правила всегда обращены в сторону первичных, которые касаются действий. Дефект неопределенности преодолевается введением «правила признания», то есть наличием отсылки к авторитетному источнику. В более развитых и современных системах практикуется указание на некоторые общие характеристики или критерии правил, которые должны выступать в качестве первичных (принятие в особом порядке, обычай или судебное решение) и расположение их в иерархическом порядке (обычай или прецедент уступают по силе принятому закону).

Дефект статичности преодолевается «правилом изменения». Например, «правило, дающее власть одному лицу или группе лиц вводить новые первичные правила, регулирующие жизнь остальных членов группы или определенного класса в ее рамках, и отменять старые правила. <...> полномочия, которыми они наделяют, могут быть неограниченными или же ограниченными различными способами» [6. С. 101].

Дефекта неэффективности можно избежать введением «правила суда». Судебное решение «само по себе не может не рассматриваться в качестве авторитетного определения того, что есть правило. Так, правило, согласно которому выносится судебное решение, оказывается одновременно и правилом признания, определяющим первичные правила через решения суда, которые в данном случае окажутся «источником» права» [6. С. 102]. Понятно, что эти решения не являются настолько же фундаментальными, как текст

закона, поскольку допускают различие индивидуальных истолкований самих судей. Однако благодаря этим правилам происходит спецификация наказания в случае нарушения первичных правил.

Теперь обратим внимание на остиновскую теорию неудач, в которой рассматриваются необходимые условия успешной/неудачной коммуникации. Предметом анализа у Дж. Остина становятся обстоятельства, препятствующие проведению какой либо социально-коммуникативной процедуры. Условиями успешности перформатива у Дж. Остина считаются: 1) наличие конвенциональной процедуры, в которую входит произнесение необходимых слов определенными лицами в соответствующих обстоятельствах (А.1); 2) лица и обстоятельства должны быть пригодны для проведения процедуры (А.2); 3) процедура должна выполняться участниками правильно (В.1); 4) и полностью (В.2); 5) лица, участвующие в процедуре, должны иметь подлинное намерение к совершению соответствующих поступков (Г.1); 6) впоследствии они должны вести себя соответственно (Г.2) [2. С. 32–33].

Во-первых, мы можем наблюдать у Г. Харта наличие определенной конвенциональной процедуры (А.1 у Дж. Остина), которая стоит в основании права. Особенно это отчетливо видно при рассмотрении «вторичных правил». Вся суть этого в их генезисе – у «вторичных правил» есть своя историческая и хронологическая точка отсчета. «Первичные правила» могут такой точки отсчета не иметь, поскольку их соблюдение может быть гарантировано традицией, а первичный источник их генезиса может быть утерян. Вернее даже так – вторичные правила дают саму возможность возникновения конвенций. И как недаром говорит Г. Харт, возникновение вторичных правил можно по своей значимости сравнить с «изобретением колеса».

Правотворческая и правоприменительная практика, помимо своего содержания по поводу конкретных правоотношений, имеют и процессуальную сторону, где оговорено кто, когда и при каких условиях может выносить, к примеру, определенное решение или создавать новую норму. Соответствие правилу А.2, В.1 и В.2 также очевидно – существуют лица, наделенные властью принимать какие-либо решения, и они должны выполнять их правильно и полностью. Несоответствия этим правилам в осуществлении действий Дж. Остин называет «осечками» и подробно приводит примеры, которые нет необходимости далее демонстрировать.

Во-вторых, утверждения, относящиеся к сфере права, не являются констативными утверждениями, а исключительно перформативными. «И лишь широко распространенная навязчивая идея, что юридические высказывания, – пишет Дж. Остин, – и те высказывания, которые встречаются в «юридических актах», непременно должны быть утверждениями, либо истинными, либо ложными, воспрепятствовала более ясному, чем у нас, пониманию сущности юридических актов» [2. С. 36].

Более сложно с правилами Г.1 и Г. 2 и с границами их применимости к пониманию права как системы первичных и вторичных правил. Их нарушения именуются Остином как «злоупотребления».

Вопрос заключается в следующем: может ли существование системы права необходимо предполагать условия Г.1 и Г.2 для осуществления успешного перформативного акта? Поэтому является ли требование полноты акта

настолько важным для системы права? Ведь как утверждает Дж. Остин, несоблюдение правил Г.1 и Г.2 приводит к тому, что акт совершен, но он пуст. Это акты действительные, но не успешные.

На этот вопрос можно ответить исходя из понимания Г. Хартом двух видов утверждений или терминов: их Г. Харт подразделяет на дескриптивные и аскриптивные. Как указывает В.В. Оглезнев в работе «Г.Л.А. Харт и формирование аналитической философии права», у Г. Харта «юридический дискурс лишен значения истины, <...> у права нет сущности, то есть необходимых и достаточных условий или неких необходимых свойств, присущих ему всегда» [7. С. 128].

Важным параметром аскриптивных суждений является то, что они могут быть отменяемыми. Это можно продемонстрировать на примере различного рода презумпций и фикций. В отечественном уголовном законодательстве в случае, если преступление совершено группой лиц – возьмем в данном случае двух человек – и, в результате, оказывается, что одному из них не исполнилось 14 лет, то преступление уже не может квалифицироваться как совершенное в составе группы. Можно взять в качестве примера фикцию, согласно которой, по прошествии определенного периода времени без вести пропавшее лицо объявляется умершим. В данном случае объявляется некоторое решение, которое не описывает фактическую ситуацию, а предписывает на основе фактов считать ситуацию именно такой, а не иной. Здесь и осуществляются в юридическом дискурсе действия при помощи слов.

Таким образом, условия Г.1 и Г.2, предложенные Дж. Остином, можно рассматривать немного в другой плоскости. Ведь перформативный акт оказывается с внешней стороны осуществленным, если выполнены условия А и В – условия Г оказываются важными лишь для их логической полноты – ведь акты осуществляются разумными существами (по умолчанию) и никем иным. И в этом смысле осуществление акта не должно оцениваться строго по всем параметрам, заданным Дж. Остином. Акт может оцениваться с точки зрения цели, не только ее действительности, но и возможности ее осуществления. Если кто-то дает неискреннее обещание, но тем не менее его выполняет или прикладывает к этому выполнению все усилия, то тогда акт отвечает всем указанным Дж. Остином условиям – условия Г оказываются выполненными, несмотря на любые «внутренние» события «одиноким душевной жизни».

То есть рассмотрение акта с точки зрения цели обходит стороной проблему «ментального фактора», «умысла», «воли» и «alter ego». Если рассматривать формулировку «умышленного действия» в качестве дескриптивной, то мы с необходимостью впадаем в противоречия – в попытке ответить на вопрос, было ли некое действие умышленным, мы неявно подразумеваем существование особой непредметной «духовной» реальности, указание на которую будет проблематичным. Другое дело, если мы наличие или отсутствие «умысла» рассматриваем аскриптивно, основываясь на том, имели ли место такие факты, которые говорят либо о наличии «умысла», либо об обратной ситуации. Вердикт судьи не описывает «умысел», а приписывает его. «Умысел» становится столь же необходимым предположением, основанным на фактическом составе – «как если бы» он был, или «как если бы» его не было, оставляя за скобками ту реальность, которая может быть с точки зрения Дру-

ного рассмотрена только экстраспективно. То, что понимание дескриптивности юридических терминов ведет к абсурдности вытекающих из этого понимания следствий, Г. Харт демонстрирует в работе «Волевые акты и ответственность». «Поведение является «намеренным» или представляет собой «волевой акт», – пишет Г. Харт, – если мышечное сокращение <...> вызвано желанием к этим сокращениям» [8. Р. 99]. Подобное понимание ведет к тому, что с помощью так называемых «минимальных сокращений» невозможно объяснить более сложные действия, такие как захлопывание, нанесение удара кому-то – мы не можем сказать, какие намеренно мышцы мы сокращаем, прежде чем совершить что-либо. В этом смысле неверное понимание того, что юридический язык является дескриптивным, вполне возможно было бы объяснить исходя из тезиса Г. Райла в его работе «Понятие сознания» об особом логическом поведении ментальных терминов – «категориальной ошибке», в результате которой им приписывается существование, подобное существованию физических тел [9. С. 28–32].

Итак, если говорить о генезисе понятия «действия» в аналитической философии права Г. Харта, то очевидным представляется то, что его структура во многом повторяет структуру, предложенную Дж. Остином в его теории перформативных актов (в частности, мы рассматривали остиновскую теорию неудач). Значение «действия» как перформативного акта задается различением, проведенным Г. Хартом в его теории аскрипции, и, более того, имеет важное и фундаментальное значение для конституирования системы права как системы первичных и вторичных правил. Это говорит как об едином тематическом и методологическом поле теории перформативных актов и хартовской аналитической философии права, так и о внутренней цельности и взаимосвязанности философии Г. Харта в целом.

Литература

1. Бикс Б.О. О философии в американском праве: аналитическая философия права: пер. В.В. Оглезнева; под ред. В.А. Суровцева // Вестн. Том. гос. ун-та. 2013. №2 (22). С. 215.
2. Остин Дж.Л. Слово как действие // Новое в зарубежной лингвистике. М.: Прогресс, 1986. Вып. XVII. С. 22–130.
3. Райнах А. Априорные основания гражданского права // Собрание сочинений. М.: ДИК, 2001.
4. Smith B. Austrian philosophy. The legacy of Franz Brentano. Open Court Publishing Company Chicago and LaSalle, Illinois 1994. [Электронный ресурс]. – URL: [http:// ontology. buffalo. edu/smith/book/austrian_philosophy](http://ontology.buffalo.edu/smith/book/austrian_philosophy) (дата обращения: 10.11.2013).
5. Борисов Е.В. Основные черты постметафизической онтологии. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2009.
6. Харт Г.Л.А. Понятие права. СПб.: Изд-во СПб. ун-та, 2007.
7. Оглезнев В.В. Г.Л.А. Харт и формирование аналитической философии права. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2012.
8. Hart H. L. A. Acts of Will and Responsibility // Punishment and Responsibility. Oxford University Press. 2008.
9. Райл Г. Понятие сознания. М.: Идея-Пресс, Дом интеллектуальной книги. 1999.