

УДК 340.124
DOI: 10.25206/2542-0488-2021-6-4-92-109

К. Э. ХИММА

Вашингтонский университет,
Сиэтл, США

Перевод с английского
В. В. ОГЛЕЗНЕВ¹
Д. В. ШВЕДОВ²

¹Санкт-Петербургский
государственный университет,
г. Санкт-Петербург

²Национальный исследовательский
Томский государственный университет,
г. Томск

ЛОГИКА ДОКАЗАТЕЛЬСТВА УТВЕРЖДЕНИЙ О ВОЗМОЖНОМ: АРГУМЕНТ В ПОЛЬЗУ ИНКЛЮЗИВНОГО ЮРИДИЧЕСКОГО ПОЗИТИВИЗМА И МОРАЛЬНЫХ ОСНОВАНИЙ ПРАВА

В данной статье я рассматриваю идею, которую разделяют представители инклюзивного юридического позитивизма и Рональд Дворкин. Согласно Тезису о включенности морали (ТВМ), существует логическая возможность внедрения в правовую систему моральных критериев легитимности (или, в терминологии Дворкина, 'оснований права'). До настоящего времени дискуссия велась в рамках оспаривания непротиворечивости ТВМ и контраргументации со стороны его сторонников. Я же выступаю с позитивным аргументом в пользу ТВМ. Я начинаю свое объяснение логики доказательства утверждений о возможном (таких как ТВМ) с указаний на ее существенные отличия от доказательств дескриптивных утверждений о вероятном или утверждений о необходимом. По этой причине нам требуется уделить внимание некоторым разъяснениям отличительных черт семантики модальной логики. После того, как задана необходимая концептуальная структура, аргумент в пользу ТВМ будет демонстрироваться на примере удивительно простого мысленного эксперимента. Данный аргумент инспирирован рассуждениями Джозефа Раза о возможности существования правовой системы без аппарата насильственного принуждения. По его мнению, правовая система может существовать в идеальном обществе без каких-либо механизмов принуждения. Мой же аргумент обладает двумя важными теоретическими особенностями, которыми также обладает и чрезвычайно простой, но, в конечном счете, неудачный аргумент Раза. **Ключевые слова:** мораль, право, основы права, критерии легитимности, инклюзивный позитивизм, эксклюзивный позитивизм, Дворкин, естественное право.

1. Введение. В данной статье я приведу аргументы в пользу идеи, которую разделяют инклюзивные позитивисты с Рональдом Дворкиным и сторонниками естественного права:

Тезис о включенности морали (ТВМ): Правовая система может включать моральные критерии легитимности¹ (или, в терминологии Дворкина, 'основания права')².

Следует отметить, что ТВМ является достаточно слабым утверждением, ведь в нем не содержится какого-либо предположения об *актуальной* (или *существующей*) правовой системе. Во-первых, в ТВМ не утверждается и не предполагается возможность существования в настоящем или будущем правовой системы в *актуальном* мире (например, в одном из несчетно-бесконечного множества логически возможных миров, в котором мы живем³). Во-вторых, в ТВМ не утверждается и не предполагается вероятность существования такой системы, за исключением того, что сама эта вероятность отлична от нуля. Данный тезис утверждает только то, что среди несчетно-бесконечного множества логически возможных миров существует по меньшей мере один логически возможный мир, в котором есть нечто, что считается 'правовой системой', включающей в себя моральные основания права. То есть ТВМ содержит то, что я буду называть 'утверждением о возможном'.

Я начну с объяснения логики обоснования утверждений о возможном, подобных ТВМ. Такая логика существенно отличается от логики обоснования дескриптивных утверждений о вероятном или утверждений о необходимом. Прежде следует кратко объяснить соответствующие свойства семантики модальной логики. После установления этих структурных рамок будет представлен убедительный аргумент в защиту ТВМ, разработанный на основе удивительно простого мысленного эксперимента. Непосредственное влияние на появление данного аргумента оказали известные рассуждения Джозефа Раза о возможности существования правовой системы без аппарата принуждения; согласно его взглядам, в идеальном обществе может существовать такая правовая система. Мой аргумент имеет две важные теоретические особенности, аналогами которых обладает простой, хотя и неудачный, аргумент Раза⁴.

2. Тезис о включенности морали и виды теории права. Существует несколько видов теории права. Эмпирическая теория права обычно имеет дело с установлением и объяснением конкретных характеристик или свойств существующих правовых систем — такая теория имеет дескриптивный характер и фокусируется на возможных свойствах изучаемой правовой системы. В рамках эмпирической теории права, например, может устанавливаться или объясняться содержание правовых норм о защите персональных данных в США, или даваться объяснение функций судебных процедур округа Колумбия. Напротив, основным вопросом в рамках нормативной теории права является определение характеристик, которыми должны обладать правовые нормы или институты, чтобы быть морально легитимными. Сторонники нормативной теории права, например, утверждают, что право, исходя из принципов содержательной теории морали, должно защищать персональные данные всеми возможными способами, или что только определенные способы защиты персональных данных могут быть справедливо обоснованы необходимостью охраны правопорядка государством.

В рамках концептуальных теорий права исследуются базовые фундаментальные вопросы, принимаемые за данность сторонниками нормативных и дескриптивных теорий, например, о природе права как такового, пытаясь тем самым найти ответ на вопрос «Что есть право?». Концептуальные теории направлены на определение тех характеристик

и свойств, которые определяют природу права как такового в соответствии с *нашим* понятием права, и поэтому отличают сущности, обладающие всеми характеристиками 'права', от сущностей, обладающих лишь некоторыми из них. Такие теории обычно задают или подразумевают концептуально необходимые условия для определения того, что является правом в соответствии со следующей обобщенной схемой:

В любом обществе с правовой системой S для любой нормы N обязательно есть такой набор условий c_1, c_2, \dots, c_j , что N является правом в обществе S , если и только если N удовлетворяет условиям c_1, c_2, \dots, c_j .

Условия c_1, \dots, c_j (где j является произвольным натуральным числом) позитивисты и сторонники теории естественного права называют 'критериями легитимности', 'критериями юридической действительности', 'критериями валидности'. Дворкин называет их 'основаниями права'. Я буду использовать эти термины как синонимы, исходя из предположения, что, несмотря на все имеющиеся между ними различия, они не имеют значения для данной статьи.

Есть три основных вопроса, которые связаны с этой фундаментальной проблемой. Во-первых, нужно объяснить должны ли основания права обладать статусом права; позитивисты, например, придерживаются позиции, что основания права являются правом, но правом юридически недействительным. Во-вторых, нужно объяснить, почему в таком случае основания права обладают статусом права; позитивисты настаивают, что конвенциональное правило признания, определяющее основания права или критерии юридической действительности, обладает статусом права в силу того, что используется должностными лицами в рамках правовой системы. В-третьих, нужно объяснить условия существования правовой системы; позитивизм предполагает, что существование правовой системы определяет применение должностными лицами конвенционального правила признания и соблюдение гражданами законов, юридически действительных благодаря правилу признания.

Некоторые из наиболее значимых дискуссий в рамках концептуальной юриспруденции посвящены вопросу о наличии концептуальных связей между основаниями права и принципами морали — споры, начавшиеся много лет назад с претензий позитивиста Иеремии Бентама к стороннику классической теории естественного права Фоме Аквинскому, продолжают и сегодня, усилиями сторонников теории нового естественного права, конструктивизма Дворкина, инклюзивного и эксклюзивного позитивизма.

На самом деле юридический позитивизм возникает как прямая реакция на взгляды сторонников теории естественного права, солидарных в том, что несправедливые законы невозможны, поскольку существуют необходимые моральные критерии юридической действительности — необходимые в том смысле, что они применимы ко всем возможным системам права для ограничения содержания права в каждой из них. Начиная с Джона Остина и Иеремии Бентама, юридические позитивисты отрицали такие взгляды, принимая в качестве собственного основания Тезис об разделимости [the Separability Thesis], в соответствии с которым не существует никаких концептуально необходимых моральных оснований права (или критериев легитимности).

С точки зрения позитивистов, право и правовая система являются социальными артефактами, придуманными людьми, — и свойственный институту права и правовым нормам искусственный характер распространяется вплоть до, так называемых, оснований права. По мнению Герберта Харта, «ни в коем случае нельзя считать необходимой истиной то, что законы воспроизводят или удовлетворяют некоторые требования морали, даже если фактически они зачастую это и делают» [2, р. 185–186].

И хотя споры по вопросу о *необходимости* включения принципов морали в основания права по-прежнему продолжаются, одна из последних дискуссий в рамках концептуальной юриспруденции о теоретических отношениях между правом и моралью касается *возможности* включения моральных принципов в основания права. Корни этой дискуссии, ставшей центральной для юридических позитивистов в последние пятнадцать лет, можно обнаружить в ранней критике юридического позитивизма Рональда Дворкина. Во второй половине 1970-х гг. Дворкин утверждал, что юридический позитивизм не обладает ресурсами для объяснения роли моральных норм и аргументации в судебном обосновании и принятии решений. В *The Model of Rules II* Дворкин (несколько уклончиво³) пишет: «Основой для них, как правовых принципов, служит не конкретное решение законодательного собрания или суда, а уместность, сформировавшаяся в профессиональной среде и обществе с течением времени. Длительность их применения зависит от того, как долго подобная уместность будет сохраняться. Как только получение прибыли в результате злоупотреблений перестанет восприниматься несправедливым, или обременение олигополий, производящих потенциально опасные машины, справедливым, эти принципы перестанут быть значимыми в судебных делах, даже если они не были изменены или отменены» [3, р. 40–41].

Согласно Дворкину, адвокаты и судьи традиционно обосновывают свои доводы моральными принципами, обладающими статусом права не из-за того, что они формально или официально обнародованы, а скорее в силу их *морального* содержания.

В своих оценках аргумента Дворкина лагерь позитивистов разделился на две фракции. Эксклюзивные позитивисты, вроде Джозефа Раза, Скотта Шапиро, Андрея Мармора и Брайана Лейтера, отвергли заявление Дворкина о том, что моральные принципы обладают статусом права в силу своего содержания. Взамен, эксклюзивные позитивисты разработали и стали защищать Тезис об источниках [The Sources Thesis], отрицающий возможность существования правовых систем с моральными критериями юридической действительности. Инклюзивные позитивисты — Джулс Коулман, Мэтью Крамер, Уилфрид Валучов и я сам — заняли позицию, называемую Тезисом о включенности морали [The Moral Incorporation Thesis], который я, в частности, принимаю в следующей формулировке:

Тезис о включенности морали (ТВМ): логически возможно существование правовой системы, в которой основания/критерии права (или критерии юридической действительности) включают в себя некоторые моральные нормы.

В целом подобного рода формулировки характерны для инклюзивных позитивистов, хотя могут использоваться и другими теоретиками права, — например, убежденными сторонниками теории

естественного права, вроде Фомы Аквинского и Блэкстона (ведь, коль скоро мы принимаем в качестве необходимой истины утверждение о том, что основания/критерии права включают моральные нормы, ТВМ станет простым логическим следствием такого утверждения), некоторыми последователями нового естественного права и Дворкиным. В действительности каждый из этих теоретиков придерживался несколько более жесткой позиции по вопросу концептуальной связи между моралью и основаниями или критериями права; но в любом случае менее жесткое утверждение о ТВМ будет логически выводимо из этих более жестких позиций.

Возникновение новых позиций вне границ юридического позитивизма и наиболее жесткой формы теории естественного права, традиционно интерпретируемых как взгляды, отвергающие Тезис о разделенности, добавило значимости дискуссиям о природе права. Такие позиции представлены зрелой 'третьей теорией права' Дворкина и новыми естественно-правовыми теориями, наподобие взглядов Марка Мёрфи, согласно которым, с точки зрения логической необходимости, законы с морально проблемным содержанием являются юридически дефектными *частями* права. Развитие этих конкурирующих позиций способствовало продолжению споров о правильности ТВМ.

ТВМ, разумеется, является концептуальным утверждением и при этом довольно слабым. Оно никак не касается того, что необходимо либо даже просто актуально существует, ведь это придавало бы ему отчасти эмпирический характер, оно является тезисом о том, что *возможно*. Данное утверждение всего лишь предполагает логическую *возможность* наличия моральных оснований у правовой системы. Иначе говоря, было бы правильным рассматривать его в качестве утверждения, что наши правовые понятия соответствуют моральным основаниям валидности, — утверждения, выступающего мишенью для критики со стороны аргумента властных полномочий Джозефа Раза, по мнению которого моральные основания права и понятие юридических полномочий логически несовместимы. Утверждения об исключительно логической, метафизической или концептуальной возможности особенно трудно доказывать. Чтобы обосновать подобного рода утверждения, необходимо показать, что мы можем вполне согласованным образом представить себе правовую систему с моральными основаниями. Требуется демонстрация того, что существование правовой системы с моральными основаниями само по себе не является самопротиворечивым, равно как и не противоречит остальным нашим теоретико-правовым представлениям. Подобные утверждения о возможности или непротиворечивости очень трудно подкрепить позитивными аргументами. Вместо этого разворачиваются ожесточенные споры со сторонниками позиции, отрицающей возможность существования моральных оснований права, обычно предлагающих тот или иной аргумент в пользу того, что существование таких оснований логически несовместимо с некоторой другой убедительной концептуальной истиной о праве.

В этом отношении дискуссии о природе права подобны спорам о логической непротиворечивости понятия всеовершенного Бога [the notion of an all-perfect God]. Обычно тот, кто отвергает непротиворечивость данного понятия, заявляет о наличии скрытой в нем несогласованности: например, он утверждает, что существо не может быть одно-

временно абсолютно милосердным и абсолютно справедливым, поскольку абсолютная справедливость всегда (и это следует из самого аргумента) предполагает воздаяние по заслугам, в то время как абсолютное милосердие не требует столь сурового отношения. Насколько мне известно, теистам недостает позитивного аргумента в пользу тезиса о согласованности всех соответствующих понятий, образующих комплексную концепцию существа, в котором подобного рода совершенство находит свое воплощение. Вместо этого они сосредотачиваются на опровержении аргументов, утверждающих несогласованность понятия всеовершенного Бога. Причина кроется в том, что было бы сложно представить позитивный аргумент о согласованности всех приписываемых нами всеовершенному Богу понятий; мы лишены прямого осознания того, какие именно утверждения о Нем являются непротиворечивыми, поскольку несогласованность может скрываться в деталях. Поэтому структура дискуссий между сторонниками и противниками ТВМ во многом аналогична структуре споров о непротиворечивости понятия всеовершенного Бога.

Очевидно, что утверждения о возможном трудно обосновывать при помощи позитивных аргументов. Утверждая, что положение дел S возможно, мы на самом деле принимаем довольно слабое утверждение, наподобие следующего: множество суждений, которые исчерпывающим образом описывают S , являются логически совместимыми, или, другими словами, не противоречат сами себе. Утверждение, что такое положение дел является возможным, в сущности, представляет собой логическое утверждение о множестве предложений, полностью описывающих все теоретически значимые свойства S , а именно, утверждение о том, что это множество не содержит предложений, которые влекут за собой логическое противоречие.

Вне всяких сомнений, здесь мы имеем дело с применением принципов семантики возможных миров, используемых в стандартных системах модальной логики. Ведь возможный мир обычно определяется как максимально согласованное множество предложений [подробнее см.: 4]. Множество предложений S является в соответствующем смысле *максимальным*, если и только если для каждого предложения p множество S содержит либо p , либо $не-p$. Множество предложений S является согласованным, если и только если S не содержит логического противоречия. Таким образом, возможный мир является множеством предложений, которое для каждого предложения p содержит либо p , либо $не-p$, и не содержит логического противоречия. Позитивный аргумент для утверждения о возможности того, что p является семантической формой утверждения о возможном, требует доказательства существования максимально согласованного множества предложений, содержащих p .

Соответственно, успешный позитивный аргумент в пользу ТВМ должен быть сформулирован таким образом, чтобы продемонстрировать наличие максимально согласованного множества предложений, включающих утверждение о некоторой институциональной системе L , где L — правовая система, включающая моральные основания. Тем самым, необходимо доказать отсутствие логических противоречий между (1) утверждением, что L является правовой системой (вкуче со всеми концептуально зависимыми утверждениями, например, о властных полномочиях, обязательствах и т.д.), и (2) ут-

верждением, что L содержит моральные основания права.

3. Структура дискуссии между инклюзивным и эксклюзивным позитивизмом. До настоящего времени было предложено лишь несколько позитивных аргументов в пользу ТВМ и ни один из них не оказался удачным. Дискуссии об основаниях права, как уже говорилось выше, в основном содержали аргументы в пользу того, что не существует ни одного непротиворечивого множества предложений, которое содержало бы следующие утверждения: (1) множество утверждений, корректно описывающих условия существования права; (2) утверждение относительно некоторой сущности L , что L является правовой системой; и (3) утверждение, что L содержит моральные основания/критерии права. Аргумент Раза основан на тезисе, что множество утверждений (1) содержит предложение о том, что право требует наличия легитимной власти, равно как и утверждение о 'служебной' концепции власти. Его аргумент состоит в том, что институциональная система норм, требующая наличия, так сказать, моральных оснований для ее элементов, *логически несовместима* с требованиями множества утверждений (1). По мнению Раза, проблема здесь в том, что наличие моральных оснований права невозможно согласовать с концептуальными притязаниями права на власть. Аналогичным образом аргумент Шапиро устанавливает, что множество утверждений (1) содержит в себе, так называемый, Тезис о практической разнице [5]. Содержательно его аргумент практически полностью повторяет аргумент Раза — перед ним стоит задача доказать, что институциональная система норм, требующая наличия моральных оснований, является *несогласованной* с множеством утверждений (1). С точки зрения Шапиро, проблема моральных оснований/критериев права в их логической несовместимости с утверждением о том, что право способно быть источником практических изменений.

Инклюзивные позитивисты, отстаивая ТВМ, пытались в основном показать, что при поэтапном рассмотрении каждый такой 'аргумент о несогласованности' является неудачным, поскольку можно продемонстрировать, что в данном вопросе рассматриваемый аргумент основывается на явной или неявной ложной посылке. Инклюзивные позитивисты, включая меня, в интересах защиты ТВМ от аргумента Раза, доказывали, что его аргумент основывается на ложных утверждениях о природе права или природе власти [6]. В частности, возражение аргументу Раза строится на попытке опровергнуть одну либо несколько из следующих трех идей: (1) право в обязательном порядке требует наличия органов власти; (2) властные директивы предоставляют преимущественные основания для действий; или (3) власть является оправданной ровно до тех пор, пока ее директивы более точным образом определяют, что следует делать субъекту с точки зрения правильных причин, а не на основе его собственных оценок⁶. Подобным образом инклюзивные позитивисты оспаривали и аргумент Шапиро, отрицая, что либо (1) позитивизм включает в себя Тезис о практической разнице; либо (2) Тезис о практической разнице предполагает, что судьи в своих решениях должны одновременно руководствоваться и правилом признания, и соответствующими нормами первого порядка, регулирующими действия граждан [11].

Важно отметить, что в любом случае аргументация инклюзивных позитивистов является 'негативной', так как они пытаются показать, что аргументы о несогласованности оказываются безуспешными, — то есть на деле подобная негативная аргументация ограничивается простой демонстрацией несостоятельности определенных оспариваемых ТВМ аргументов. Это обстоятельство заслуживает особого внимания, ведь, строго говоря, с точки зрения позитивной поддержки ТВМ, с помощью таких аргументов *ничего* не добиться. Причина этого кроется в элементарной логике: утверждение о том, что аргумент является несостоятельным, не дает никаких оснований считать ложным заключение этого аргумента. Негативная аргументация показывает лишь то, что ложность ТВМ не была доказана. При этом ни один из используемых инклюзивными позитивистами контраргументов не дает оснований полагать, что ТВМ верен, поскольку с точки зрения элементарной логики они просто не могут этого сделать⁷. Демонстрация ошибочности того, что, например, право в обязательном порядке требует наличия легитимной власти, не позволяет само по себе предположить существование моральных оснований права. Обзор литературы за последние пятнадцать лет подтверждает, что большинство публикаций в защиту ТВМ содержат подобные негативные аргументы, и лишь несколько из них содержат аргументы позитивные.

4. Позитивный аргумент в пользу утверждения о возможном. На первый взгляд, защитная позиция инклюзивных позитивистов вызывает удивление, и тем не менее легко понять, почему дискуссия приняла такую форму, если разобраться с тем, что должен содержать успешный позитивный аргумент. Оказывается, основная проблема заключается в том, что нам не совсем ясна логика соответствующих модальностей, чтобы разобраться с тем, как сформулировать позитивный аргумент в защиту ТВМ. Полагаю, что без подготовки в области метафизики сложно полностью понять природу различных метафизических утверждений, равно как и определить правильную методологию, которая, конечно же, может стать предметом для споров. Как только модальности, такие как оператор необходимости (необходимо, что p , или символически — $\Box p$) и оператор возможности (возможно, что p , или символически — $\Diamond p$) введены в обсуждение, логические стандарты, управляющие дедуктивным рассуждением, становятся значительно сложнее, — и такая сложность является отражением сложности самой метафизики как самостоятельной дисциплины. Важно при этом понимать, что концептуальная юриспруденция является ничем иным, как метафизикой права, но данное обстоятельство часто упускается из виду, возможно из-за того, что оно кажется очевидным или излишним.

Здесь будет полезно вернуться к вопросу о непротиворечивости понятия всесовершенного существа, который также является метафизическим. Атеистическое заявление состоит в том, что не существует (*и не может существовать*) сущности, которая удовлетворяла бы условиям совершенства, поскольку некоторые из этих условий логически несовместимы с другими условиями. Выше мы уже отмечали, что подобное существо, например, не может быть одновременно абсолютно милосердным и абсолютно справедливым, поскольку критерий абсолютной справедливости логически несовместим с критерием абсолютного милосердия.

И я говорил о том, что у теистов отсутствует позитивный аргумент, который бы напрямую касался вопроса о совместимости божественных совершенств, показывая, что, так сказать, любые виды совершенства логически совместимы. И хотя, разумеется, есть разные аргументы в пользу существования Бога (например, так называемый, аргумент 'Разумного замысла'), ни один из них непосредственно не свидетельствует в пользу непротиворечивости понятия всесовершенного существа. Конечно, коль скоро один из таких аргументов считается подтверждением существования Бога, его логическим следствием будет и признание непротиворечивости самого этого понятия. Но и эти аргументы даже не пытаются открыто противостоять несогласованности атеистических аргументов.

Причина отсутствия позитивных аргументов о непротиворечивости понятия всесовершенного Бога связана с особой сложностью прямого доказательства утверждений о возможном (т.е. в данном случае о возможности наличия у подобного существа всех видов совершенства). Трудно представить, что кто-то сможет предложить позитивный аргумент в пользу соответствующего утверждения о возможном. Как, например, можно доказать, что существо может быть одновременно всемогущим и всезнающим? И хотя нам может казаться очевидным, что это, по крайней мере, возможно, источник такой очевидности состоит лишь в том, что сами мы не способны помыслить, как именно могла бы возникнуть несогласованность между этими двумя атрибутами. Это подталкивает нас к вполне обоснованным сомнениям относительно их совместимости, однако непредставимость того, как эти два атрибута могли бы друг с другом конфликтовать, не дает никакой позитивной поддержки для утверждения, что они *не являются* противоречивыми⁸. Размышления над тем, как сформулировать позитивный аргумент, который бы доказал взаимную совместимость этих атрибутов, вероятнее всего окажутся безрезультатными, что во многом объясняет, почему дискуссия о возможности наличия у существа всех видов совершенств (т.е. попытки понять, является ли понятие всесовершенного существа непротиворечивым) имеет параллели с дискуссией о том, возможно ли, чтобы правовая система обладала моральными основаниями. Проблема здесь в том, и чаще всего это именно так и есть, что нам чрезвычайно сложно представить, как можно было бы показать согласованность двух абстрактных утверждений.

И хотя для философов все это может казаться удивительным, другие ученые воспринимают такое положение дел как данность. Известно, что в математике утверждениям о возможном свойственна определенная сложность. В контексте изучения формальных аксиоматических систем (например, таких как теория множеств) особой проблемой для нас становится вопрос о согласованности набора аксиом, и в случаях, если он оказывается согласован — можем ли мы это доказать. Существует две теоремы о возможной совместимости, и одна из них является более убедительной, а потому и более приемлемой, чем другая. Оптимальным результатом будет доказательство того, что набор аксиом является *абсолютно согласованным*, — таким, каким мы себе представляем некоторый набор утверждений, когда говорим, что он непротиворечив. Для того, чтобы показать, что набор аксиом является абсолютно согласованным нам нужно проинтерпретировать все символы формального языка

аксиоматической системы, в которой эти аксиомы истинны; такая интерпретация называется *моделью* для набора аксиом.

Крайне важно отметить наличие связи между поиском модели для набора аксиом и формулированием позитивного аргумента в пользу ТВМ. Интуитивно понятно, что основной идеей в математических проектах является такая интерпретация языковых символов, которая представит непротиворечивую историю, где все проинтерпретированные аксиомы окажутся очевидным образом истинными. Аналогичным образом можно построить и успешный позитивный аргумент в пользу ТВМ. Ведь, если удастся вывести модель для аксиом соответствующей математической системы, это означает, что аксиомы согласованны — в таком случае можно говорить, что *существует возможный мир, в котором все эти аксиомы истинны*. Поэтому, если сторонники ТВМ смогут сформулировать непротиворечивую историю, в которой нечто явным образом является правовой системой (согласно постулатам соответствующей теории), и где также в явном виде присутствуют моральные основания права, этого будет вполне достаточно, чтобы показать, что существование моральных оснований права является согласованным с данной теорией права, — а значит, мы можем сказать, что *существует возможный мир, правовая система которого включает моральные основания права*. Иными словами, если сторонник ТВМ сможет сконструировать такую 'модель', то этого будет достаточно, чтобы доказать ТВМ при помощи того, что я называю позитивным аргументом.

Любопытно, что в математике очень сложно добиться абсолютно согласованных результатов, поскольку оказывается практически невозможно построение чего-то такого, что служило бы моделью для соответствующей математической теории⁹. Причины этого отчасти связаны с тем, что понятие 'согласованности' используется в каждой математической теории. Это значит, что в математике нет какой-то архимедовой точки зрения, с помощью которой можно проанализировать, является ли некое множество согласованным, выяснить, что действительно ни один элемент рассматриваемой системы не вызывает вопросов, — стандарта, определяющего понятие согласованности, и согласованно (простите за этот невольный каламбур) применяемого во всех стандартных математических теориях. Другие причины, конечно же, связаны со сложностью любых попыток выстроить с нуля интерпретацию символического языка и той модели, которая четко установила бы согласованность системы (даже в случае проверки подобной согласованности извне рассматриваемой нами системы). Данная история даже более спорна и запутанна, чем может показаться, но именно она лучше всего подходит для описания проблем, стоящих перед теоретиками любой дисциплины, имеющих смелость формулировать и обосновывать утверждение о возможном (путем доказательства абсолютной согласованности).

В результате математики в большинстве случаев вынуждены довольствоваться тем, что называется *относительной согласованностью*. Ее смысл заключается в том, чтобы взять набор аксиом S , который интуитивно кажется наиболее явно согласованным, и попытаться доказать, что аксиомы изучаемой системы T являются теоремами для S . Доказательство того, что аксиомы T являются аксиомами для S , свидетельствует о том, что T *относительно согласова-*

на с S в следующем смысле: если S согласованна, то и T согласованна. В подавляющем большинстве случаев относительная согласованность является наилучшим из возможных вариантов, однако, это не позволяет доказать, что арифметика является абсолютно согласованной.

Как говорилось выше, вероятнее всего, не существует никакого всестороннего и при этом доступного теоретического подхода, вызывающего консенсус по поводу практической невозможности достижения абсолютной согласованности в математике; но мы также видим и то, что можно получить некоторое грубое представление об истинных причинах такого положения дел. Вряд ли возможно представить строгое теоретическое объяснение, почему согласованные результаты в философии права столь сложно подтвердить при помощи позитивных аргументов. Однако мы можем получить представление о сложностях, связанных с созданием модели, подтверждающей ТВМ.

5. Первая попытка выдвинуть позитивный аргумент в пользу ТВМ. Сובлазнительно думать, что для нас доступно множество готовых моделей существующих правовых систем, и что любая из них подходит для демонстрации возможности моральных оснований права. Ведь вполне очевидно, по крайней мере в рамках любой стандартной системы модальной логики, применяемой в философском анализе, что для всякой пропозиции вида p будет верным следующее: существование p логически влечет за собой его возможность, или $p \supset \diamond p$. И если можно показать, что некая существующая правовая система предполагает наличие моральных оснований права, то из этого *a fortiori* следует вывод о возможности существования моральных оснований права в правовой системе, о чем, собственно, нам и говорит ТВМ.

Данная стратегия оказывается не столь привлекательной, как это может показаться, по целому ряду причин, которые, как будет показано ниже, объясняют, почему я разделяю более прямой подход к поискам модели для ТВМ. Здесь стоит отметить, что подобный подход приведет меня к конструированию модели, которая, вероятно, способна разочаровать многих малоознакомых с модальной логикой читателей, своей чрезмерной упрощенностью, неправдоподобностью, а также очевидной проблематичностью и бесперспективностью. Но, как мы вскоре убедимся, данное впечатление ошибочно и основано на неверном представлении о логике и методологии конструирования моделей, о которых идет речь в данной статье.

Именно такую стратегию использует в своей влиятельной книге *Inclusive Legal Positivism* Уилфрид Валучов [13], и это является, пожалуй, единственной заслуживающей внимания попыткой выдвинуть позитивный аргумент в пользу ТВМ. Очевидную модель для ТВМ Валучов обнаружил в юридической практике, связанной с материально-правовыми гарантиями Канадской хартии. Он утверждал, например, что судьи обычно могут использовать моральные принципы при рассмотрении дел, связанных с этими гарантиями, и они юридически обязаны их применять.

На основании этого факта он сделал вывод, что канадская правовая система является ничем иным, как правовой системой, включающей моральные критерии юридической действительности, что служит прямым подтверждением правильности ТВМ.

Проблема анализа Валучова заключается в том, что он предлагает спорную интерпретацию этой юридической практики. Он без должной аргументации интерпретирует моральные принципы, к которым обращаются судьи в связанных с Хартией сложных делах, как предварительные принципы [pre-existing principles] со статусом закона; в таких делах, связанных с Хартией, судья лишь *обнаруживает* содержание определенного Хартией закона. Эксклюзивные позитивисты, напротив, видят в той же самой юридической практике применение квазизаконодательного усмотрения за пределами права, результатом которого является *изобретение* (или создание) нового права. Стивен Перри сформулировал это следующим образом: «Сделав довольно жесткое заявление о том, что позиции судей в делах, связанных с Хартией, включают в себя моральные обоснования, Валучов пытается показать, что применяемые в таких делах моральные стандарты, основанные, в частности, на седьмой части Канадской хартии прав и свобод (право на жизнь, свободу и личную безопасность) или Первой поправке к Конституции США (свобода слова и собраний), являются, по крайней мере иногда, свидетельством существования или содержания существующих законов. Если бы нам удалось это доказать, мы имели бы подтверждение идей инклюзивного позитивизма, равно как и контраргумент в отношении эксклюзивного позитивизма. Валучов придерживается того, что эксклюзивный позитивизм обладает 'только одной явной возможностью' объяснить судебные решения в делах, связанных с Хартией, — идеей о том, что такие положения, как седьмая статья Канадской хартии, не устанавливают критерии юридической действительности, а просто ссылаются на не предусмотренные законом дополнительные моральные критерии, 'к которым судьи должны или могут обращаться'. Однако на самом деле эксклюзивный позитивист мог бы сказать больше, обратившись к замечанию самого Валучова о судебной власти или обязанности рассматривать определенным образом дела, связанные с Хартией. Хотя сам Валучов и не упоминает этого, Раз использует похожее понятие прямой судебной власти для описания случаев, связанных с пересмотром вынесенных судебных решений» [14, р. 367]. Несмотря на то, что Перри совершенно прав, считая это проблемой, он не совсем осознает подлинный характер затруднений аргументации Валучова.

Перри, вероятно, полагает, что проблема, которую Валучов пытается решить своим заявлением о превосходстве инклюзивно-позитивистской интерпретации юридической практики, связанной с Хартией, состоит лишь в спорности самой этой интерпретации. Вот что Перри говорит о следующей части аргументации Валучова: «Валучов критикует то, что он называет наилучшим из возможных утверждений эксклюзивного позитивизма, по трем основаниям: (i) противоречие с общепринятым представлением о положениях Хартии как 'закрепленных' фундаментальных правах, основанных на действии закона, а не на одних лишь требованиях морали; (ii) противоречие с языком большинства конституций, например, вроде положения статьи 52 (1) Канадского конституционного акта, в котором говорится о том, что любой закон противоречащий Конституции не имеет никакой силы; и (iii) невозможность представить столь же простое как в инклюзивном позитивизме объяснение причин апелляции к обладающим обратной силой положениям

Хартии. На этом основании Валучов заключает, что Хартии и Билли о правах порождают 'юридические права, содержание которых частично обусловлено моральными соображениями'» [14, р. 367].

То, как Перри видит проблему, создает впечатление, что Валучов движется в единственно верном направлении. Валучову просто необходимо показать, что инклюзивно-позитивистская интерпретация лучшим образом согласуется с соответствующей юридической практикой Хартии, нежели эксклюзивно-позитивистская; и это именно тот подход, что представлен в цитате выше.

Перри не сомневается в правильности этой стратегии; иными словами, он не дает никаких ответов на заявление Валучова о том, что любая эксклюзивно-позитивистская интерпретация связанной с Хартией юридической практики столкнется с проблемами, описанными в приведенной выше цитате под пунктами (i), (ii) и (iii).

Вместо этого Перри отвечает на другую часть критики Валучовым эксклюзивно-позитивистских интерпретации, которая, по его мнению, показывает преимущества и согласованность инклюзивно-позитивистской интерпретации связанных с Хартией юридических практик. Перри пишет: «Один из аргументов Валучова в пользу инклюзивно-позитивистской интерпретации состоит в том, что эксклюзивный позитивизм пренебрегает общепринятым пониманием того, что права, основанные на Хартии, являются по своей сути юридическими, а не только моральными. Тем не менее, эксклюзивные позитивисты могут воспользоваться замечанием Валучова о судебных правах, как части разработанной им в главе 3 концепции основанного на источниках общего права, чтобы утверждать, что хотя основанные на Хартии права и не могут быть в строгом смысле юридическими правами, они также не являются и исключительно моральными правами; они служат примерами судебных прав, используемых гражданами в судах. (Как отмечалось ранее, Раз делает, по сути, именно этот ход, используя собственное очень похожее понятие прямой судебной власти). Валучов приводит и еще один аргумент, поддерживающий инклюзивно-позитивистский подход к процедурам пересмотра судебных решений; он заключается в том, что этот подход лучшим образом, чем эксклюзивный позитивизм, объясняет обратную силу основанных на Хартии судебных решений. Но любые дела, отменяющие прецеденты обычного права, как правило, имеют обратную силу, и поэтому все, что Валучов хотел бы сказать об обратной силе в этом контексте, как о части основанной на источниках концепции общего права, развиваемой им в главе 3, эксклюзивные позитивисты, по-видимому, могут использовать для защиты своей собственной основанной на источниках интерпретации конституционного судебного контроля» [14, р. 379].

Это создает впечатление, что спор между эксклюзивными и инклюзивными позитивистами можно легко разрешить, достаточно просто взглянуть на конкретную правовую систему, чтобы понять, какой тип интерпретации лучшим образом соответствует принятой в ней практике. Ключевая идея здесь, кажется, заключается в том, что, если бы Валучову удалось показать, что инклюзивно-позитивистская интерпретация лучшим образом соответствует связанной с Хартией юридической практике, чем эксклюзивно-позитивистская, этого было бы вполне достаточно для доказательств ТВМ.

Возможно, это является общепринятым взглядом, однако он основывается на фундаментальном непонимании модального характера ТВМ и того, что необходимо для его позитивной поддержки. Даже если ТВМ является ошибочным, как полагают эксклюзивные позитивисты, мы все же могли бы предложить непротиворечивую интерпретацию, которая в некотором смысле логически заложена в самом ТВМ, — и которая при этом вполне правдоподобна (разумеется, при условии, что вы не знаете о ложности ТВМ).

Что делает это возможным? В данном случае причина может быть неочевидной, и она не обязательно связана с тем, что из противоречия может следовать все что угодно; это было бы верным для утверждения, что некоторые правовые системы включают моральные основания своей действительности, в случае ложности ТВМ. Не обязательно говорить и о том, что ТВМ содержит столь много противоречивых принципов, что из них можно выбрать некоторый ограниченный набор, специально приспособленный для поддержки практически любого утверждения, — подобный ход мыслей, конечно же, лежит в основаниях взглядов представителей критических правовых исследований, согласно которым право в целом является настолько неопределенным, что судьи в сложных делах, основываясь на якобы рациональных аргументах, могут прийти к совершенно противоположным выводам. Причина гораздо проще: можно предложить убедительную интерпретацию, основанную на ТВМ, полученной не (1) на основе противоречия, при условии, что ТМИ ложна, и не (2) на основе неопределенности, которая, по мнению представителей критических правовых исследований, ведет к почти полной свободе судебного усмотрения и фактически произвольным решениям, ведь любое решение может быть вполне обоснованным из-за многообразия конфликтующих ценностей, что и объясняет тотальную неопределенность существующего права.

На первый взгляд это может показаться невероятным, но Валучов на примере Хартии представил вполне правдоподобную интерпретацию, основанную на ТВМ. Перри даже не попытался показать, что инклюзивно-позитивистская интерпретация Хартии, предложенная Валучовым, была несогласованной или противоречивой. Напротив, Перри просто дал свое определение соответствующим практикам Хартии, представив собственную эксклюзивно-позитивистскую интерпретацию, которая, как утверждалось, так же хорошо согласуется с ними, что и интерпретация Валучова. Но, даже если бы Перри представил эксклюзивно-позитивистскую интерпретацию, которая идеально согласовывалась бы с такими практиками, это бы не означало, что инклюзивные позитивисты способны предложить свою непротиворечивую интерпретацию любой конкретной практики Хартии. То, что одна интерпретация лучше согласуется с соответствующей практикой, вовсе не значит, что с ней не может согласовываться какая-то другая интерпретация. Согласованность — это всегда вопрос степени. Большая правдоподобность одной из интерпретаций ничего не говорит о неправдоподобности другой. Некоторая теория может быть просто более убедительной, чем другая. Правдоподобность, так же как и согласованность, — это вопрос степени.

Такое же свойство характерно и для утверждений о возможном в математике; всегда есть воз-

можность того, что нечто, кажущееся моделью, демонстрирующей возможность существования мира, в котором все релевантные аксиомы истинны, не обязательно является моделью для этих аксиом. Нам следует помнить о практической невозможности представить абсолютно согласованные результаты для аксиоматических систем в математике, в том числе и для тех систем, что служат основой дедуктивных умозаключений, — то есть для систем нашей математической логики. Причина этого чисто эпистемологическая: мы не имеем архимедовой точки опоры, чтобы дать оценку возможности построения модели соответствующих аксиом для некоторой правдоподобной интерпретации. Тот факт, что она кажется нам правдоподобной и непротиворечивой, вполне согласуется с тем, она может быть ложной. Более того, эта интерпретация может оказаться также и в целом несогласованной, — при условии, что такую несогласованность трудно заметить.

Примечательно, что теория может быть несогласованной, но вполне оправданной в применении ее элементов к конкретным явлениям. Например, в физике есть две аналитические теории: (1) теория очень больших объектов (теория относительности) и (2) теория очень малых объектов (квантовая механика). Обе теории не имеют аналогов в истории физики в отношении тех результатов, которые они способны предсказывать. Однако хорошо известно, что в привычном смысле эти теории *несовместимы* друг с другом, так как обе они не могут быть истинными одновременно. Именно это служит основанием для поисков 'универсальной теории всего', надежды на успешное обретение которой долгое время возлагались на теорию струн. Но, несмотря на это, и теория относительности, и квантовая механика используются для интерпретации, объяснения и предсказания физических явлений.

Возвращаясь же к спору между инклюзивным и эксклюзивным позитивизмом, необходимо сказать следующее: предположение Стивена Перри о том, что этот спор может быть разрешен путем обнаружения некоторой правовой системы с юридическими практиками, подобными канадским, которая лучше всего соответствовала бы инклюзивно-позитивистской интерпретации, — что стало бы наглядным свидетельством существования инклюзивной правовой системы и, тем самым, доказывало бы ТВМ — никак не отменяет того, что ТВМ может лежать в основе правдоподобной интерпретации даже в том случае, если он на самом деле ложен. Мы видим, что математики продолжают выводить полезные и правдоподобные теоремы из наборов аксиом, которые вполне могут быть несовместимыми; кроме того, мы также знаем, что для любого набора аксиом моделей, показывающих их согласованность, в действительности необычайно мало (если таковые вообще имеются). Физики продолжают использовать квантовую механику и теорию относительности, несмотря на очевидную их несовместимость и невозможность для них быть одновременно истинными в этом мире.

Настоящая проблема стратегии Валучова намного серьезнее, чем думает Перри, когда утверждает, что Валучов не смог предложить инклюзивно-позитивистской интерпретации, которая лучше, чем эксклюзивно-позитивистская интерпретация, согласовывалась бы с юридической практикой, основанной на положениях Хартии. Ведь, в конечном счете, аргументация Валучова ошибочна, поскольку

его интерпретация соответствующих юридических практик *вызывает вопросы*. Интерпретация Валучова основывается на принципиальном допущении, что моральные критерии юридической действительности возможны; без такого допущения его интерпретация канадской юридической практики необоснованна *prima facie*. Она просто бесполезна, поскольку в данном случае эксклюзивные позитивисты ставят под вопрос саму согласованность этой интерпретации. Если бы мы обладали вескими основаниями считать ТВМ ложным, для нас не имело бы никакого значения то, насколько привлекательными могут быть инклюзивно-позитивистские интерпретации связанных с Хартией юридических практик. Такая интерпретация была бы немедленно нами отвергнута по причине лежащего в ее основаниях противоречивого утверждения.

Этот важный вывод можно рассмотреть и с другой стороны: если нам известно, что инклюзивные правовые системы возможны, неизбежно возникает вопрос об инклюзивном характере какой-либо конкретной правовой системы, в том числе и канадской. Предложенный Валучовым аргумент в поддержку ТВМ дает нам веские основания полагать, что лучшая интерпретация канадской юридической практики требует включения моральных критериев юридической действительности, — *только если нам известно, что моральные основания права возможны*. Такая точка зрения, конечно, может быть опровергнута, однако, не на основе замечания Перри о наличии некоторой иной не менее правдоподобной эксклюзивно-позитивистской интерпретации тех же самых практик. Если, повторюсь, мы знаем о возможности существования инклюзивных правовых систем, мы можем пытаться ответить на вопрос, какая правовая теория наилучшим образом интерпретирует канадскую юридическую практику. Если интерпретация Валучова окажется лучше (в том смысле, что она лучше согласуется с соответствующими юридическими данными), это будет веская причина считать, что в Канаде используется инклюзивная правовая система, включающая моральные основания права. Если в этом же самом смысле лучшей будет интерпретация Раза, тогда у нас есть не менее веская причина думать, что канадская система *не* является инклюзивной. Но, независимо от того, какая именно интерпретация лучше, делать выводы мы будем исключительно о характере канадской правовой системы. Если мы изначально лишены каких-либо причин полагать, что моральные основания права возможны, тогда у нас попросту отсутствуют всякие причины считать, что интерпретация Валучова может быть лучшей.

Это покажется нам неожиданным, но стратегия Валучова в конечном счете ошибочна по причине необычайной сложности юридических практик канадской правовой системы, что не может позволить нам использовать ее в качестве бесспорной модели для ТВМ. Ведь на самом деле ТВМ предполагает очень простое утверждение несмотря на то, что оно относится к категории утверждений, которые из-за своих модальных свойств, как я уже отмечал, довольно трудно подкрепить с помощью позитивного аргумента. Это утверждение заключается в том, что существует некоторый возможный мир, в котором есть нечто подобное 'правовой системе', а также и то, что считается 'моральными основаниями/критериями права'. Как мы помним, сама концептуальная слабость данного утверждения содер-

жит в себе некоторое руководство о том, как нам построить позитивный аргумент в форме модели. И все, что нам необходимо для этого сделать, — придумать *согласованную* историю, которая показывает (1) возможность существования правовой системы с (2) моральными основаниями права как ее основными свойствами.

6. Позитивный аргумент в пользу ТВМ. Теперь ясно, что нам здесь следует применить отличную от использованной Валучовым стратегию. Дело не только в том, что он выбрал в качестве примера существующую правовую систему, из-за чего, собственно, и возникла рассматриваемая проблема, но в том, что связанные с Хартией юридические практики невероятно сложны, — они настолько сложны, что включают в себя множество черт, совместимых как с инклюзивным, так и с эксклюзивным позитивизмом. Проще говоря, поскольку в канадской правовой системе слишком много юридически значимого материала, она вполне допускает различные, зачастую противоположные интерпретации, и это обстоятельство существенным образом затрудняет поиск ответов на интересующие нас вопросы.

Нам же нужно что-то более простое: требуется сконструировать модель с нуля, заранее позаботившись о том, чтобы вкладывать в нашу правовую систему не более того, чем это действительно необходимо для полноценной модели ТВМ. Ведь каждая дополнительная порция информации о нашей правовой системе создает логические основания для разногласий и противоположных интерпретаций. Применяв такой подход, мы получим модель, которая, по крайней мере на начальном этапе (1), будет выглядеть слишком упрощенной, и (2) будет атрибутировать своим субъектам такие свойства, которые нельзя приписать правдоподобным образом людям из реального мира. Действительно, есть сильное искушение отвергнуть подобную модель только из-за ее простоты и несхожести со сложным характером действующих правовых систем реального мира, то есть на основании самих этих условий (1) и (2).

Но отметим, что отказ от модели по причине условий (1) и (2) стал бы ошибкой, ведь ТВМ на самом деле содержит в себе крайне слабое утверждение, предполагающее только лишь *возможность* существования правовой системы с моральными основаниями или критериями права. Сам по себе этот тезис не содержит никакой информации о том, как должна выглядеть такая правовая система. Более того, он даже не подразумевает, что существующая в некотором мире инклюзивная правовая система применяется к существам, которые обладают точно такими же способностями и качествами, что и мы. На деле нам потребуются только два допущения относительно этих существ: (1*) они рациональны, и (2*) они способны согласовывать свое поведение с нормами. Совершенно необязательно, чтобы существа в данной модели (или описываемом с ее помощью возможном мире) обладали, например, когнитивными способностями и психологическими характеристиками, аналогичными человеческим. ТВМ не предполагает, не утверждает и даже не намекает на то, что субъектами права должны быть только люди¹⁰.

Удачный пример, который многие считают убедительной моделью утверждения о возможном, можно найти в трудах Джозефа Раза, несмотря на то, что его модель содержит указанные выше условия (1) и (2). Раз размышлял над вопросом, яв-

яется ли принуждение необходимым свойством права, следующим образом: «Возможно ли для действующей правовой системы не содержать санкций или не использовать силу для соблюдения правопорядка?» [15, р. 155]. Очень показательно, что он сформулировал свой вопрос именно в терминах отрицания; вместо того, чтобы спросить прямо о концептуальной необходимости подкрепления правовой системы принуждением, он задается вопросом о *концептуальной возможности* отсутствия у правовой системы какого-либо механизма принуждения.

Причина, по которой Раз принимает именно такую формулировку для вопроса о представимости правовой системы без принуждения как механизма соблюдения правопорядка, заключается в том, что его аргумент соответствует *объясненной выше методологии*. Более того, он этого почти не скрывает: «Ответ, по-видимому, состоит в том, что это невозможно с человеческой точки зрения, хотя с логической точки зрения — возможно. Это невозможно с человеческой точки зрения, поскольку применение при необходимости санкций или принуждения силой для поддержания правопорядка, требуется нам как гарантия разумной степени подчинения закону и предотвращения его нарушения. И тем не менее, можно представить себе других рациональных существ, являющихся субъектами права, имеющих и признающих наличие более чем достаточных причин соблюдать закон независимо от наличия санкций» [15, р. 158–159].

Раз полагает, что верным способом показать, что принуждение не является необходимым свойством права, будет демонстрация возможности непротиворечивым образом *помыслить* правовую систему без механизмов насильственного принуждения. Он допускает, что это может оказаться невозможным для людей в силу ряда характерных для них психологических свойств, но в таком случае это невозможно лишь *номологически* (т.е. невозможно в рамках действия обычных каузальных законов нашей вселенной). Поэтому Раз выдвигает более слабое утверждение о *логической возможности* существования такой правовой системы. Он утверждает, что мы можем помыслить логически возможную, но невозможную номологически, правовую систему без механизмов принуждения.

Здесь стоит высказать два замечания. Во-первых, Раз прямо заявляет, что сконструированная им модель включает рациональных существ в качестве субъектов права и тем самым соответствует условию (1*); точно так же Раз открыто признает, что субъекты данной модели способны применять нормы (т.е. эти существа имеют «более чем веские основания следовать правилам независимо от наличия санкций» [15, р. 159]), а значит, модель соответствует условию (2*). Во-вторых, в объяснении своей методологии Раз явным образом указывает на то, что модель будет удовлетворять и условию (2), поскольку она включает в себя существ с отсутствующими у людей психологическими характеристиками, — а ведь это одна из двух проблем, которые могут возникнуть в отношении построенной мной модели инклюзивной правовой системы¹¹. По мнению Раза, существование правовой системы без механизмов насильственного принуждения номологически невозможно, так как у людей нет ряда важных психологических характеристик, которые бы обеспечивали эффективность системы норм в вопросах управления поведением. Однако логически это возможно, а значит (принимая во внимание

мнение Раза о том, что правовая система без санкций и принуждения невозможна номологически), соответствующие субъекты права будут обладать некоторыми отличными от человеческих характеристиками. Поэтому нет ничего необычного в том, что утверждения о возможном опираются на предположения, неприменимые к людям или другим явлениям реального мира. Очевидно, он признает условие (2) в качестве легитимного свойства для моделей, обосновывающих утверждения о возможном в концептуальной юриспруденции.

Действительно, интуитивное основание для анализа Харта может быть обнаружено в этих примерах, которые мы воспринимаем в качестве парадигм. В ТВМ ничего не сказано о том, что могло бы привести нас к мысли, в соответствии с которой любая правовая система, содержащая моральные основания или критерии права, должна была бы содержать свойства, оцениваемые нами как парадигмальные свойства правовой системы. Концептуальная юриспруденция обращается к парадигмальным свойствам правовой системы, поскольку такие свойства действительно сообщают нам нечто важное о ключевых особенностях права: они являются парадигмальными, потому что служат стереотипными примерами основных свойств права, в отличие от близких к пограничным или даже пограничных свойств. Если существует правовая система, включающая моральные основания или критерии права, она должна иметь все основные свойства права. Однако нет никаких оснований полагать, что каждое из присущих ей свойств будет парадигмальным; в рамках концептуального анализа любое основное свойство правовой системы, если это возможно, может быть почти пограничным или действительно пограничным. Есть вероятность, что в этом случае мы просто не распознаем в них правовые системы, поскольку пограничные свойства попадают в открытую текстуру понятия, и поэтому оказываются эпистемологически неопределимыми. Однако сам факт невозможности установить, является ли пограничное свойство в действительности основным или нет, не влечет с необходимостью вывод о том, что пограничное свойство основным не является. Одни пограничные случаи понятия ему соответствуют, другие же нет.

Вторая проблема модели, которая будет представлена ниже, связанная с условием (1), которое предполагает упрощенность нашей модели, также возникает и в отношении модели правовой системы без механизмов насильственного принуждения, предложенной Разом. Его аргумент в виде модели, удовлетворяющей ограничениям модальной логики, представлен ниже: «Даже в обществе ангелов может возникнуть необходимость в законодательной власти для его управления. Ангелы могут договориться о ценностях и о том, как будет лучше их соблюдать. Но описанный выше тип общества не предполагает такой меры согласия. Его члены могут преследовать много разных и противоречивых целей, и они могут сталкиваться со знакомыми нам сложностями в урегулировании споров и разрешении конфликтов интересов по взаимному соглашению. Они отличаются от нас только тем, что обладают универсальным и глубинным уважением к своим правовым институтам, а также отсутствием желания нарушать правила. Поэтому у них есть такие же, как и у нас, основания для наличия законодательной власти и должностных лиц» [15, р. 159].

Теперь мы видим, что Раз, как было сказано выше, создает модель с существами, которые обладают рядом отсутствующих у людей качеств, и поэтому его модель удовлетворяет условию (2). Но для наших целей более важна простота этой модели. Модель Раза всецело основана на допущении о *логической возможности* существования общества ангелов; он просто принимает допущение о наличии непротиворечивого множества, содержащего все утверждения, необходимые для описания мира, являющегося согласованным с существованием общества ангелов. Поэтому его аргумент заключается в том, что обществу ангелов потребуется механизм для разрешения некоторых споров и решения некоторых управленческих проблем.

Но упрощенный вид этой модели весьма обманчив. Возможный мир состоит из согласованного множества, содержащего в себе несчетно-бесконечный набор утверждений: данное множество утверждений максимально непротиворечиво в том смысле, что для каждого предложения *A* в этом мире будет истинным либо *A*, либо *не-A*. Причина простоты этой модели заключается в том, что никто не сможет представить себе список бесконечного числа утверждений, поэтому определение модели будет, с точки зрения *номонологической необходимости*, состоять из указания некоторого конечного числа утверждений и допущения того, что остальная часть такой согласованной модели также существует. Модель Раза выглядит упрощенной, поскольку для ее описания он использовал всего пару абзацев, и в явном виде обозначил лишь ключевые идеи. Допущение о существовании максимального непротиворечивого множества утверждений (как определения логически возможного мира), содержащего несчетно-бесконечный набор утверждений, является вполне правдоподобным. И, напомним, никто не в состоянии определить каждое утверждение в их бесконечном множестве. Беспокойство по поводу упрощенности модели неоправданно, поскольку оно основано на неверном понимании логики оператора возможности.

Принимая во внимание эти предварительные замечания, модель правовой системы, включающей моральные критерии легитимности, может быть построена в том случае, если выполняются следующие условия и допущения. Во-первых, я изначально полагаю, что ни один из эксклюзивно-позитивистских аргументов, нацеленных на критику инклюзивного юридического позитивизма, не преуспел в деле его опровержения, — это допущение должно быть достаточно убедительным. До сих пор лучшие аргументы такого рода были предложены Джозефом Разом и Скоттом Шапиро: Раз утверждает, что моральные основания или критерии права несовместимы с понятием законной власти, тогда как Шапиро считает, что моральные основания или критерии права несовместимы с Тезисом о практической разнице. Оба аргумента получили массу критических откликов, которые ставят под вопрос, по меньшей мере, их корректность. И хотя я сам считаю, что есть ряд контраргументов, которые их успешно опровергают, можно с уверенностью сказать, что связанный с ними спор зашел в тупик. И поэтому разумно предположить, что ТВМ не был опровергнут. Мой собственный аргумент, разумеется, основан на этом допущении.

Во-вторых, я пытаюсь построить модель, которая будет совместима с (1) фундаментальным тезисом юридического позитивизма и (2) фундаментальным

допущением о праве, которое в равной степени разделяют как сами юридические позитивисты, так и их критики. Первый шаг в нашей аргументации состоит в признании тезиса (1). Принимая тезис юридического позитивизма о том, что основания права могут быть полностью определены с помощью обычных практик в том смысле, что критерии легитимности полностью определяются социальным правилом признания, я утверждаю, что на основании модели с крайне необычными допущениями, возможна правовая система, содержащая моральные основания права.

В-третьих, наш аргумент будет содержать лишь несколько утверждений достаточных для того, чтобы описать логически возможный мир. В этой связи полезно вспомнить, что возможный мир состоит из несчетно-бесконечного набора утверждений; всемогущее существо могло бы определить счетно-бесконечный набор утверждений, но даже оно не способно определить их несчетно-бесконечное множество. Человеческие существа не могут определить даже счетно-бесконечный набор утверждений, или даже достаточно большое их число. В нашем случае, подобно тому, как это обычно принято в философских или математических практиках, модель задается сравнительно небольшим числом утверждений, или даже достаточно большое их число. В нашем случае, подобно тому, как это обычно принято в философских или математических практиках, модель задается сравнительно небольшим числом утверждений, или даже достаточно большое их число. В нашем случае, подобно тому, как это обычно принято в философских или математических практиках, модель задается сравнительно небольшим числом утверждений, или даже достаточно большое их число. Но это обстоятельство, как мы уже могли убедиться, не является основанием для критики нашей модели как чрезмерно упрощенной.

В-четвертых, помимо прочего это относится и к первому допущению, наш аргумент основан на признании того, что конкретные утверждения могут быть согласованным образом соединены с несчетно-бесконечным множеством утверждений, чтобы сформировать *максимальное согласованное множество*, и, соответственно, некоторый возможный мир. Если мое первое допущение (ни один из эксклюзивно-позитивистских аргументов против ТВМ не является успешным) является ложным, четвертое допущение также ошибочно. В этом случае эксклюзивно-позитивистские аргументы показали бы нам, что не существует ни одного такого набора утверждений, включая все остальные утверждения о правовой системе, которые могли бы быть соединены с определяющими нашу модель утверждениями так, чтобы сформировать максимальное согласованное множество.

Принимая во внимание все вышесказанное, давайте приведем утверждения, с помощью которых мы определяем нашу модель. Начнем с того, что существует концептуально возможный мир, в котором каждый способен безошибочно распознавать требования морали, однако, агент в этом мире часто нарушает эти требования в интересах продвижения собственных корыстных интересов. Далее, в одном из таких миров создается институциональная система правил, которая призвана регулировать поведение граждан, действующих в соответствии с собственными корыстными интересами, в тех случаях, когда это противоречит морали. Более того, основания для включения конкретных правил в данную институциональную систему целиком и полностью исчерпываются единственной нормой, согласно которой все и только моральные нормы составляют правила правовой системы. Тот факт, что в этом мире никто не может ошибаться в отношении норм морали, означает, что всякий в этом мире всегда обладает знанием того, что именно требует закон применительно к любым конкретным действиям.

Стоит отметить, что между этими утверждениями и утверждениями модели Раза есть определенная связь. Обе модели допускают, что субъекты права *безошибочны* в отношении моральных требований; разница лишь в том, что в модели Раза субъекты права морально *безупречны*, так как всегда действуют правильно, ведь они ангелы, в то время как в моей модели субъекты корыстны и часто поступают неправильно. Однако, и это особенно важно отметить, субъекты права в обеих моделях обладают нехарактерным для человеческих существ свойством, а именно — безошибочностью в знаниях относительно требований морали. Но, как я уже говорил выше, это не будет для нас проблемой, если речь идет об утверждениях о возможном.

В рамках моей модели необходимо сделать ряд дополнительных уточнений. Во-первых, чтобы поддерживать порядок, система использует механизмы насильственного принуждения в соответствии с требованиями политической морали, они призваны обеспечить подчинение поведения наших всезнающих граждан моральным нормам первого порядка, делая тем самым институциональную систему норм эффективной в части управления поведением. Во-вторых, судьи всегда правильно разрешают споры по поводу этих институциональных норм.

Ключевые моменты моей аргументации могут быть представлены следующим образом. Поскольку система включает в себя минимальный объем естественного права, и нормы первого порядка, поддерживаемые основаниями данной системы, в основном соблюдаются, то такая система считается *правовой*. Так как судьи принимают безошибочные решения относительно требований морали и успешно убеждают людей посредством морально оправданного механизма принуждения действовать в соответствии с этими нормами, такие нормы, как минимум, способны представлять основания для действий, и они действительно их представляют во всех возможных случаях; если же содержание права не представляет оснований для действий, то такие основания, вне всяких сомнений, представляют механизмы насильственного принуждения. Ведь существует очевидная причина избежать применения механизмов насильственного принуждения. В конечном счете, так как мораль образует здесь сплошную сеть (как это обычно и предполагается), существует единственно верное решение, которое судьи находят и приводят в исполнение, ведь основания права здесь определено содержат и даже переполнены моральными принципами. И если это так, тогда возможно, чтобы правовая система имела моральные основания права, а значит, ТВМ верен.

Необходимо отметить, что этот конкретный аргумент показывает всего лишь возможность существования моральных оснований права при наличии определенных допущений относительно права и юридического позитивизма. Данные допущения фиксируют узкий набор обстоятельств (включая некоторые эпистемологические условия), при которых мораль может быть включена в основания права.

И тем не менее, мой аргумент достаточно силен, чтобы вынести возложенное на него бремя доказательства ТВМ, принимая во внимание характерные особенности любой работоспособной системы модальной логики в отношении утверждений о возможном. Кроме того, здесь стоит напомнить о свя-

зи моей модели с моделью Раза, которая стремится показать, что санкции не являются необходимым свойством права. Раз начинается с того, что допускает концептуальную возможность существования общества ангелов в некотором мире, который очень похож на наш собственный, и делает он это ради того, чтобы сформулировать аргумент о *наших* понятиях права и власти. При этом он отмечает, что номологически невозможно, чтобы люди в нашем мире были ангелами. Раз не делает никаких иных явных допущений в рамках модели правовой системы, существующей без механизмов принуждения. Предполагается, и на первый взгляд весьма правдоподобно, что это и есть все, что нам необходимо для того, чтобы на основе истин о возможном мире сделать заключение о нашем собственном реальном мире, — и такое заключение *действительно является верным!* Никаких дополнительных аргументов здесь не требуется, и это вовсе не какая-то бесчестная уловка. Нет никаких причин думать, что остальные условия, необходимые для того, чтобы такой возможный мир был должным образом связан с нашим реальным миром, были бы при этом не удовлетворены.

Проблема аргумента Раза не в методологии, а скорее, в наличии концептуальной ошибки. Проблема в том, что независимо от того, какая система норм необходима для регулирования общества ангелов, она не будет системой *права*, поскольку какая бы власть здесь ни требовалась для разрешения споров, сами эти споры не будут касаться 'минимального содержания естественного права'; обществу ангелов все правила известны без промุลгации, и они будут следовать им в своих действиях без всяких упреждающих мер. Ведь предполагается, что ангелы являются морально непогрешимыми и морально безупречными агентами (т.е. они всегда поступают правильно).

Соответственно, 'власть' в такой системе не может быть источником права и законной властью, согласно требованиям самой теории права и власти Раза. Чрезвычайно сложно понять в каком именно смысле было бы верным утверждение о том, что 'право' в таком обществе, коль скоро оно используется лишь для решения управленческих вопросов (которые только и могут стать причинами спора для ангелов), включает в себя необходимый минимум содержания права. Если верен мой анализ аргумента Раза, общество ангелов в том виде, в каком он его описывает, не может опираться на модель ТВМ, поскольку, *какой бы ни была система норм для решения управленческих вопросов, она не будет системой права*. Иными словами, основной недостаток модели Раза состоит в том, что рассматривать ТВМ на примере общества ангелов было бы проблематично из-за сущностных вопросов, а не методологических. Модель Раза, во многом подобная моей модели, не будет проблемной в методологическом смысле поскольку населяющие ее субъекты права недостаточно похожи на людей¹².

Чтобы избежать таких проблем, я в своей аргументации в пользу ТВМ исхожу из более общих теоретических допущений. Необходимо отметить, что предложенный мной аргумент может показаться позитивистам неправдоподобно сильным предположением о том, каким образом официальные практики задают основания права. Но если позволить должностным лицам включать неясные принципы в право посредством установления некоторой нормы, как предлагает Джулс Коулман, то нам будет

намного проще найти позитивный пример для ТВМ, поскольку в таком случае допускается возможность того, что должностные лица совершают типичные ошибки в применении правила признания, не изменяя при этом статус самого этого правила как основания права¹³ [16, р. 77–81]. Особенно здесь важно то, что аргумент на основе допущения Коулмана обеспечивает поддержку для ТВМ в таком виде, который наилучшим образом согласуется с позицией Дворкина по вопросу о связи между предложениями, устанавливающими правила, и содержанием утверждений, выраженных этими предложениями.

7. Ограниченность объяснительной силы утверждений о возможном. Утверждения о том, что нечто является просто возможным, обладают ограниченной объяснительной силой в отношении действительно существующего, поскольку возможный мир, подтверждающий такое утверждение, может сильно отличаться от реального. Для моей аргументации подобное замечание вполне справедливо. В реальном мире люди не являются морально безупречными агентами — они склонны совершать неправильные, по их мнению, поступки ради достижения своих корыстных интересов. Однако аргументы о согласованности предложенного мной типа имеют своей целью лишь сделать идею моральных оснований права понятной (они не противоречат другим очевидным концептуальным истинам о праве). И хотя предложение Коулмана предполагает возможность интерпретации юридической практики в США как включающей в себя моральные основания права, подобно содержащей ТВМ интерпретации Валучовым юридической практики в Канаде, они, как я полагаю, не достигают необходимой нам цели. Эксклюзивный позитивист по-прежнему может интерпретировать правовую систему подобного типа как правовую систему, которая не включает моральные основания права, — впрочем, при отсутствии удачного контраргумента (которого, как я говорил выше, нет) такая интерпретация будет вызывать вопросы.

Чтобы убедительно продемонстрировать ограниченность объяснительного потенциала ТВМ, стоит обратиться к вопросу из области философии религии. Некоторые философы утверждают, что само понятие всеовершенного Бога является противоречивым; если это верно, то невозможно существование существа, обладающего всеми свойствами, мыслимыми нами в понятии 'всеовершенный'. Успешный аргумент, свидетельствующий о противоречивости понятия всеовершенного Бога, фактически устанавливает, что *всеовершенного* Бога не существует. Такой аргумент действительно что-то говорит об объяснении событий в нашем мире, — их нельзя объяснять деяниями *всеовершенного* Бога. Но, заметим, объяснительная сила этого утверждения минимальна, поскольку, как таковое, оно не говорит нам ничего о том, что является подлинным объяснением событий нашего мира, а лишь устанавливает, что это понятие их не объясняет.

Успешный аргумент, который, наоборот, свидетельствует о непротиворечивости понятия всеовершенного Бога, обладает еще меньшей объяснительной силой. Если мы отбросим крайне сомнительную идею, что совершенство с необходимостью влечет существование, то демонстрация непротиворечивости понятия Бога нам *ничего* не даст в плане объяснительной силы. Все дело в том, что таким образом можно подтвердить не *реальное* существование Бога (например, в этом актуальном для нас мире),

а скорее, существование логически возможного мира, в котором Бог есть. Учитывая, что мы не знаем, является ли такой возможный мир реальным, утверждение о существовании Бога в некотором мире никак не поможет нам объяснить события нашего собственного мира¹⁴. Необходимо продемонстрировать существование Бога в нашем мире, только тогда появятся основания полагать, что, по крайней мере, некоторые события в этом мире можно объяснить деяниями Бога. Но этой демонстрации самой по себе недостаточно, чтобы доказать, что деяния Бога объясняют какие-либо конкретные события нашего собственного мира.

Аналогичная аргументация применима и к ТВМ. Так как ТВМ не заявляет, что существуют *реальные* правовые системы, включающие моральные основания, и тем более ничего не говорит о том, какие именно правовые системы их содержат, то с его помощью нельзя объяснить какую-либо реально существующую юридическую практику, поскольку невозможно установить, какая из наших правовых систем имеет моральные основания. ТВМ заявляет лишь то, что моральные основания права непротиворечивы и, следовательно, существует концептуально возможная правовая система, включающая моральные основания. Представленный мною аргумент, действительно, указывает на некоторые свойства, которыми должна обладать правовая система, — в данном случае речь идет об обществе, в котором населяющие его агенты, обладая безошибочным знанием требований морали, не склонны при этом поступать правильно. Но, поскольку сами мы не являемся морально непогрешимыми агентами, мы не можем выбрать мир, в котором люди были бы таковыми, ведь для этого мы должны быть способны безошибочно установить все правильные моральные принципы, чтобы сказать, обладают ли люди в некоторой возможной правовой системе подобными способностями. По этой причине, как мне кажется, объяснительная сила ТВМ обладает весьма скромным теоретическим значением. Одной из причин временного охлаждения дискуссии могло бы стать признание многих сторонников концептуальной юриспруденции, что данный вопрос, по сути своей, несущественен. Ведь его решение, вероятнее всего, не принесет нам никакой практической пользы.

Многие теоретики права, не являющиеся сторонниками концептуальной юриспруденции, весьма критически настроены в отношении идеи концептуального анализа. Рассмотрим, например, убедительный аргумент Ричарда Познера о практической бесполезности концептуальной юриспруденции. Вот что он писал: «Полагаю, что даже если слово 'право' невозможно определить, понятие права обсуждать можно; в конце концов, мы видим это в заглавии книги Г. Л. А. Харта [*Понятие права*. — Прим. переводчиков], в которой он довольно часто использует слово 'определение'. Философские размышления над понятием справедливости были весьма популярны со времен Платона, что подтверждается соответствующей философской литературой. Я не возражаю против философских спекуляций. Но хотелось бы извлекать из них пользу; *что-то* должно зависеть от нашего ответа на вопрос 'Что есть право?', если этот вопрос действительно стоит того, чтобы им задавались люди, которые могли бы потратить свое время иным, более полезным для общества образом. Но от такого ответа ничего не зависит. Более того, основной задачей аналитической

юриспруденции являются, или, по меньшей мере, должны являться, не попытки представить ответ на вопрос 'Что есть право?', а поиски доказательств того, что этот вопрос не стоит задавать, поскольку он лишь сбивает с толку» [17, р. 4].

Я не стану обсуждать эту точку зрения подробно, но полагаю, что Познер (1) совершенно прав в отношении возможностей практического применения концептуальной юриспруденции, но (2) заблуждается относительно интеллектуальных (и моральных, поскольку его критика, по-видимому, содержит моральную составляющую) причин для занятия концептуальной юриспруденцией. Что касается (1), то концептуальная юриспруденция, как я считаю (хотя это предмет отдельного разговора), не привносит ничего в решение конкретных проблем права и парадигмальных юридических практик. Конечно, когда мы находимся в рамках отдельной концептуальной теории, нам может казаться, что некоторые проблемы, возникающие в рамках других концептуальных теорий, действительно исчезают, однако, данное впечатление обманчиво. Приведем лишь один характерный пример: Дворкин утверждает, что идея о квазиюридическом усмотрении судей приводит к тому, что дела, в которых оно используется для создания новых правовых норм, применимых в судебных делах, влечет за собой то, что судьи нелегитимно их применяют в стиле *ex post facto*. Но и сама теория Дворкина сталкивается с аналогичной проблемой. Ведь допустить существование единственно верного ответа на каждый юридический вопрос, не значит, иметь гарантии, что судья примет правильное решение. В таком случае, вероятно, не 'право' применяется в стиле *ex post facto*, а механизмы правового принуждения, что и порождает соответствующие моральные проблемы. Но даже тогда, когда судьи принимают правильное решение в сложных делах, право не может их об этом заблаговременно уведомить, а значит, оно не может эффективно управлять их поведением с моральной точки зрения.

Можно утверждать, что применение права *ex post facto* нелегитимно именно потому, что гражданам не были заблаговременно уведомлены о том, как государственные механизмы принуждения могут быть к ним применены. Образно говоря, замена одной концептуальной теории на другую с целью решения некоторой проблемы подобна попытке разглядеть пленку, под которой образовался воздушный пузырь. Попытка его убрать приводит лишь к его перемещению в другое место.

В самом деле, это верно для многих, если не для всех, проблем концептуального анализа. Вспомните тривиальную концептуальную истину, что все холостяки неженаты. Трудно представить, какие именно события в мире могли бы быть объяснены с помощью этой истины. Причина кроется в широкой известности для большинства философов традиционной методологии: из идеи, что концептуальные истины являются необходимыми, следует то, что истинность концептуальных утверждений не зависит от каких-либо конкретных контингентных свойств мира. И если эта идея верна, то мы можем знать подобные истины, не зная при этом о мире ничего, кроме концептуального содержания, выраженного понятием-термином (т.е. ничего, кроме значений соответствующих терминов). Сложно понять, каким образом концептуальные утверждения, истинные во всех возможных мирах, могли бы объяснить

контингентные события в любом конкретном мире, включая наш собственный¹⁵.

Однако отсутствие практической пользы, в *противовес* мнению Познера, не означает, что изучение концептуальной юриспруденции бессмысленно. В конечном счете критика Познера является моральной критикой в том смысле, что на теории, не имеющие никакого практического применения, тратятся ценные ресурсы, которые можно было бы использовать для решения практических проблем. Но это просто не соответствует общепринятым представлениям о ценности знания *per se*; знание заслуживает, чтобы к нему стремились ради него самого. Действительно, вполне убедительным является мнение о том, что многие области математики развиваются без учета их потенциальной ценности с точки зрения практического применения. Более того, некоторые из наиболее известных достижений математики не были, по крайней мере в свое время, применимы на практике. И даже доказательство Эндрю Уайлсом последней теоремы Ферма до сих пор не принесло никаких практических результатов, однако сотни математиков потратили тысячи часов на ее доказательство¹⁶. Некоторые утверждения стоит знать ради них самих, ведь они говорят об истинах, которые ценны сами по себе, а не из-за возможности их практического применения.

Благодарности

Перевод статьи подготовлен в рамках поддержанного Советом по грантам Президента РФ научного проекта № МД-137.2020.6. Публикуется с разрешения автора.

Примечания

¹Критерии легитимности я буду называть 'критериями права'. Позитивисты их также часто называют 'критериями юридической действительности'.

²Дворкин и сторонники естественного права делают, в конечном счете, более сильное утверждение о связи между основаниями и критериями права, а именно о том, что логически невозможно существование правовой системы без моральных оснований или критериев права.

³Множество может быть *счетно-бесконечным* только при условии, что всем его элементам возможно присвоить соответствующие натуральные числа. Множество является *несчетно-бесконечным*, если оно бесконечно, но не является при этом счетно-бесконечным. Интуитивно можно предположить, что элементы счетно-бесконечного множества могут быть перечислены полностью (хотя это и может занять целую вечность), в то время как элементов в несчетно-бесконечном множестве настолько много, что их невозможно перечислить (или сосчитать). В этом случае даже всемогущее бессмертное существо не сможет перечислить все элементы несчетно-бесконечного множества [подробнее см.: 1].

⁴Подробнее о том, почему аргумент Раза оказывается неудачным см. раздел 6 настоящей статьи.

⁵Я говорю в данном случае об 'уклончивости' [misleading], поскольку в этой цитате предполагается, что моральные принципы обладают правовым статусом, так как практикующие юристы *верят*, что их содержание соответствует объективным требованиям морали. В своих более поздних работах Дворкин, по-видимому, считает, что моральные принципы обладают правовым статусом в силу их логической связи с требованиями объективной морали.

⁶Некоторые из этих предположений Раза я ставлю под сомнение [например, см.: 7 – 10].

⁷Это не означает, что негативные аргументы не могут служить основой для позитивного доказательства ТВМ; если бы мы доказали, что все эти аргументы ошибочны, а также что не существуют каких-либо других аргументов о логическом противоречии между природой права и его моральными основаниями, тогда можно было бы сказать, что ТВМ верен. Но здесь важно заметить, что позитивное доказательство требует не только выводов, основанных на негативных аргументах. Дополнительно нам потребуется принять еще одну посылку, что все имеющиеся аргументы охватывают все возможные противоречия, которая, в свою очередь, будет требовать *позитивного* доказательства.

⁸Существует множество примеров, подтверждающих данный взгляд. Например, мы не способны представить себе источник противоречия между постулатом Евклида о параллельных прямых и теорией относительности Эйнштейна, основанной на постулате о параллельных прямых неевклидовой геометрии.

⁹В данном случае достаточно ссылки на статью из Wikipedia [12], поскольку этот материал не вызывает никаких споров.

¹⁰Дело в том, что соответствующие утверждения о возможном по своей природе просто не обладают объяснительной силой, присущей, скажем, психологическим теориям. Они являются исключительно метафизическими утверждениями и не могут объяснять какие-либо контингентные события в любом из миров, ведь метафизические утверждения, претендуя на статус необходимых истин, являются истинными как в мирах, где происходят соответствующие контингентные события, так и в мирах, где их нет. Единственный способ избежать этой проблемы — построить мысленный эксперимент так, чтобы исключить все спорные предположения. Если полученная модель кажется нам слишком упрощенной и неработоспособной, то это связано, скорее всего, с ощущением того, что данная модель является настолько простой, что не будет иметь никакой объяснительной силы в любом из миров, подобном нашему. Но это всего лишь отражение неверного понимания модального характера ТВМ, а также самой логической возможности объяснять с помощью концептуальных и метафизических утверждений свойства правовых систем, которые по определению имеют контингентный характер.

¹¹Ниже мы увидим, что она также удовлетворяет и условию (1).

¹²Харт считает включение минимального содержания естественного права в наши законы естественной необходимостью, однако есть ряд серьезных причин полагать, что право должно обладать таким содержанием. Во-первых, проблема легитимности закона возникает не только из-за его принудительного характера, но и потому, что право регулирует очень широкий спектр действий, включающий как действия, которые наносят вред другим, так и действия, которые имеют по своей сути частный характер. В соответствии с природой права его власть (что бы это ни значило в концептуальном смысле) распространяется и регулирует действия, охватываемые минимальным содержанием естественного права. Во-вторых, если отвергнуть утверждение, что позитивное право включает в себя естественное право, то становится значительно труднее отличать право от других видов правил, например, от правил шахматного клуба. Вероятно, можно было бы называть подобные правила 'правом', но они при этом не были бы 'системой муниципального права', являющегося предметом концептуальной юриспруденции.

¹³Суть данного предложения заключается в том, что норма может фиксировать содержание закона независимо от того, знает ли судья о том, как конкретная его формулировка будет применяться в тех или иных случаях, хотя он и готов признать, что существуют правильные решения в сложных судебных делах, связанных с интерпретацией норм.

¹⁴Некоторые философы утверждают, что если существование Бога возможно, то оно и необходимо. Но такие аргументы весьма спорны.

¹⁵Я уже обращался к данной проблеме, поскольку она имеет отношение к другим не менее важным концептуальным философским вопросам. В частности, я выдвигал схожий аргумент о том, что выбор теории о природе сознания не привносит ничего в решение проблемы сознание-тело и других подобных проблем, вроде вопроса о механизме ментальной каузации. Пересмотр концепции сознания попросту изменяет формулировку проблемы, никак не умаляя ее важности [18].

¹⁶Стоит отметить, что, хотя я и не математик и даже не философ математики, я серьезно занимался математикой во время изучения философии в университете.

Библиографический список

1. Hrbacek K., Karen T. Introduction to Set Theory. New York: Marcel Dekker, 1999. 291 p.
2. Hart H. L. A. The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 1996. 315 p.
3. Dworkin R. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1977. 372 p.
4. Chellas B. F. Modal Logic: An Introduction. Cambridge: Cambridge University Press, 1980. 295 p.
5. Shapiro S. On Hart's Way Out // Legal Theory. 1998. Vol. 4, № 4. P. 469–507. DOI: 10.1017/S1352325200001117.
6. Raz J. Authority, Law and Morality // Monist. 1985. Vol. 68, № 3. P. 295–324. DOI: 10.5840/monist198568335.
7. Himma K. E. Law's Claim of Legitimate Authority // Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law / Ed. J. L. Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001. P. 271–310.
8. Himma K. E. Revisiting Raz: Inclusive Positivism and the Razian Conception of Authority // APA Newsletter on Philosophy and Law. 2007. Vol. 6, № 2. P. 20–27.
9. Himma K. E. Just Because You're Smarter than Me Doesn't Give You the Right to Tell Me What to Do: Legitimate Authority and the Normal Justification Thesis // Oxford Journal of Legal Studies. 2007. Vol. 27, № 1. P. 121–150. DOI: 10.1093/ojls/gql013.
10. Himma K. E. The Instantiation Thesis and Raz's Critique of Inclusive Positivism // Law and Philosophy. 2001. Vol. 20, № 1. P. 61–79. DOI: 10.2307/3505051.
11. Himma K. E. H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis // Legal Theory. 2000. Vol. 6, № 1. P. 1–43. DOI: 10.1017/S1352325200061012.
12. Equiconsistency. URL: <https://en.wikipedia.org/wiki/Equiconsistency> (дата обращения: 08.08.2021).
13. Waluchow W. J. Inclusive Legal Positivism. Oxford: Clarendon Press, 1994. 290 p.
14. Perry S. The Varieties of Legal Positivism: Critical Notice «Inclusive Legal Positivism» by W. J. Waluchow // Canadian Journal of Law & Jurisprudence. 1996. Vol. 9, № 2. P. 361–381. DOI: 10.1017/S0841820900003490.
15. Raz J. Practical Reason and Norms. New York: Oxford University Press, 1999. 192 p.
16. Coleman J. The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 2001. 226 p.
17. Posner R. Law and Legal Theory in England and America. Oxford: Oxford University Press, 1997. 134 p.
18. Himma K. E. What Is a Problem for All Is a Problem for None: Substance Dualism, Physicalism, and the Mind-Body Problem // American Philosophical Quarterly. 2005. Vol. 42, № 2. P. 81–92.

Сведения о переводчиках:

ОГЛЕЗНЕВ Виталий Васильевич, доктор философских наук, профессор кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета; профессор кафедры истории философии и логики философского факультета Национального исследовательского Томского государственного университета.

SPIN-код: 3701-0936
AuthorID (РИНЦ): 539601
ORCIDID: 0000-0003-0287-6543
AuthorID (SCOPUS): 56307954100
ResearcherID: X-2616-2019

Адрес для переписки: ogleznev82@mail.ru

ШВЕДОВ Денис Викторович, аспирант кафедры истории философии и логики Национального исследовательского Томского государственного университета.

Адрес для переписки: denis.shvedov@gmail.com

Источник перевода:

Himma K. E. The Logic of Showing Possibility Claims: A Positive Argument for Inclusive Legal Positivism and Moral Grounds of Law // *Revus — Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. 2014. Vol. 23. P. 77–104. DOI: 10.4000/revus.2956.

Ссылка на полный текст статьи: <https://journals.openedition.org/revus/2956>

Для цитирования

Химма К. Э. Логика доказательства утверждений о возможном: аргумент в пользу инклюзивного юридического позитивизма и моральных оснований права = Himma K. E. The Logic of Showing Possibility Claims: A Positive Argument for Inclusive Legal Positivism and Moral Grounds of Law / пер. с англ. В. В. Оглезнева, Шведова Д. В. // Омский научный вестник. Сер. Общество. История. Современность. 2021. Т. 6, № 4. С. 92–109. DOI: 10.25206/2542-0488-2021-6-4-92-109.

Перевод поступил в редакцию 12.10.2021 г.

© К. Э. Химма

University of Washington, Seattle,
USA

Translated from English
V. V. OGLEZNEV¹
D. V. SHVEDOV²

¹Saint Petersburg State University,
Saint Petersburg, Russia

²National Research
Tomsk State University,
Tomsk, Russia

THE LOGIC OF SHOWING POSSIBILITY CLAIMS: A POSITIVE ARGUMENT FOR INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM AND MORAL GROUNDS OF LAW

In this essay, I argue for a view that inclusive positivists share with Ronald Dworkin. According to the Moral Incorporation Thesis (MIT), it is logically possible for a legal system to incorporate moral criteria of legality (or 'grounds of law', as Dworkin puts it). Up to this point, the debate has taken the shape of attacks on the coherence of MIT with the defender of MIT merely attempting to refute the attacking argument. I give a positive argument for MIT. I begin with an explanation of the logic of establishing possibility claims, such as MIT. At the outset, it is worth noting that the logic of establishing possibility claims is very different from the logic of establishing contingent descriptive claims or necessary claims. For this reason, some explication of the relevant features of the semantics of modal logic will be necessary here. Once the structural framework is adequately developed, the argument for MIT will be grounded on the strength of a thought experiment of a surprisingly simple kind. Indeed, the argument is inspired by a Razian argument for the possibility of a legal system without coercive enforcement machinery; on his view, a society of angels could still have a system of law without any coercive machinery. My argument will possess two theoretically important qualities that are also possessed by Raz's powerfully simple, but ultimately unsuccessful, argument.

Keywords: morality, law, grounds of law, criteria of validity, inclusive positivism, exclusive positivism, Dworkin, natural law.

Acknowledgments

The translation of the article is prepared for the scientific project No. MD-137.2020.6 by support of the Council for Grants of the President of the Russian Federation. It is published with permission from the author.

References

1. Hrbacek K., Karen T. Introduction to Set Theory. New York: Marcel Dekker, 1999. 291 p. (In Engl.).
2. Hart H. L. A. The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 1996. 315 p. (In Engl.).
3. Dworkin R. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1977. 372 p. (In Engl.).
4. Chellas B. F. Modal Logic: An Introduction. Cambridge: Cambridge University Press, 1980. 295 p. (In Engl.).
5. Shapiro S. On Hart's Way Out // Legal Theory. 1998. Vol. 4, no. 4. P. 469–507. DOI: 10.1017/S1352325200001117. (In Engl.).
6. Raz J. Authority, Law and Morality // Monist. 1985. Vol. 68, no. 3. P. 295–324. DOI: 10.5840/monist198568335. (In Engl.).
7. Himma K. E. Law's Claim of Legitimate Authority // Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law / Ed. J. L. Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001. P. 271–310. (In Engl.).
8. Himma K. E. Revisiting Raz: Inclusive Positivism and the Razian Conception of Authority // APA Newsletter on Philosophy and Law. 2007. Vol. 6, no. 2. P. 20–27. (In Engl.).
9. Himma K. E. Just Because You're Smarter than Me Doesn't Give You the Right to Tell Me What to Do: Legitimate Authority and the Normal Justification Thesis // Oxford Journal of Legal

Studies. 2007. Vol. 27, no. 1. P. 121–150. DOI: 10.1093/ojls/gql013. (In Engl.).

10. Himma K. E. The Instantiation Thesis and Raz's Critique of Inclusive Positivism // *Law and Philosophy*. 2001. Vol. 20, no. 1. P. 61–79. DOI: 10.2307/3505051. (In Engl.).

11. Himma K. E. H. L. A. Hart and the Practical Difference Thesis // *Legal Theory*. 2000. Vol. 6, no. 1. P. 1–43. DOI: 10.1017/S1352325200061012. (In Engl.).

12. Equiconsistency // URL: <https://en.wikipedia.org/wiki/Equiconsistency>. (accessed: 08.08.2021). (In Engl.).

13. Waluchow W. J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994. 290 p. (In Engl.).

14. Perry S. The Varieties of Legal Positivism: Critical Notice «Inclusive Legal Positivism» by W. J. Waluchow // *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*. 1996. Vol. 9, no. 2. P. 361–381. DOI: 10.1017/S0841820900003490. (In Engl.).

15. Raz J. *Practical Reason and Norms*. New York: Oxford University Press, 1999. 192 p. (In Engl.).

16. Coleman J. The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 2001. 226 p. (In Engl.).

17. Posner R. *Law and Legal Theory in England and America*. Oxford: Oxford University Press, 1997. 134 p. (In Engl.).

18. Himma K. E. What Is a Problem for All Is a Problem for None: Substance Dualism, Physicalism, and the Mind-Body Problem // *American Philosophical Quarterly*. 2005. Vol. 42, no. 2. P. 81–92. (In Engl.).

About the translator:

OGLEZNEV Vitaliy Vasilyevich, Doctor of Philosophical Sciences, Professor of Theory and History of the State and Law Department, Saint Petersburg State University, St. Petersburg; Professor of History, Philosophy and Logic Department at Faculty of Philosophy, National Research Tomsk State University, Tomsk.

SPIN-code: 3701-0936

AuthorID (RSCI): 539601

ORCIDID: 0000-0003-0287-6543

AuthorID (SCOPUS): 56307954100

ResearcherID: X-2616-2019

Correspondence address: ogleznev82@mail.ru

SHVEDOV Denis Viktorovich, Graduate Student of History, Philosophy and Logic Department, National Research Tomsk State University, Tomsk.

Correspondence address: denis.shvedov@gmail.com

For citations

Himma K. E. The Logic of Showing Possibility Claims: A Positive Argument for Inclusive Legal Positivism and Moral Grounds of Law / trans. from Engl. V. V. Ogleznev, D. V. Shvedov // *Omsk Scientific Bulletin. Series Society. History. Modernity*. 2021. Vol. 6, no. 4. P. 92–109. DOI: 10.25206/2542-0488-2021-6-4-92-109.

Received October 12, 2021.

© K. E. Himma