

ЛОГИКА И ПРАВОВОЙ РЕАЛИЗМ

М.С. ГРИН,

доктор права, профессор права William & Mary School of Law (г. Уильямсбург, США)

E-mail: msgre2@wm.edu

В рубрике «Переводы работ выдающихся ученых» публикуется перевод статьи «Логика и правовой реализм» профессора Майкла Грина. Перевод с английского языка выполнен доктором философских наук, Associate Professor Maqsut Narikbayev University А.Б. Дидикиным с согласия автора и издательства по изданию Dieter Krimphove & Florian Simon (eds.), *Research Handbook in Law and Logic* pp. 81-94 (Duncker & Humblot 2017).

Майкл Стивен Грин – американский ученый-юрист, известный специалист в области философии права, истории права и теории права. Автор множества работ, посвященных правовому реализму, методологии права и толкованию правовых норм, в том числе статей *Legal Realism as Theory of Law* (2005), *Leiter on the Legal Realists* (2011), а также книг *Nietzsche and the Transcendental Tradition* (2002) и *The Philosophical Foundations of Private International Law* (в соавторстве, 2024). В его научных публикациях обсуждаются вопросы философии права (в частности, статьи *Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems* (2003), *Dworkin's Fallacy, or What the Philosophy of Language Can't Teach Us About the Law*, *On Hart's Category Mistake* (2013), *A Puzzle about Hart's Theory of Internal Legal Statements* (2017) и *Hans Kelsen's Non-Reductive Positivism* (2021)), а также авторского права (статья *Copyrighting Facts* (2003)) и конституционного права (статья *Why Protect Private Arms Possession? Nine Theories of the Second Amendment* (2008)).

«Жизнь права была не логикой, а опытом» [1, р. 1].

Американские реалисты, такие как Оливер Уэнделл Холмс, упомянутый выше, считали, что опора исключительно на логику в юридическом рассуждении является ошибочной. Они критиковали своих современников-традиционалистов (которых они избегали называть уничижительным термином «механические юристы» [2; 3]), утверждая, что те поддавались этой ошибке. Однако это впечатление может быть обманчивым. На самом деле ошибки, которые реалисты приписывали традиционалистам, не касались исключительно зависимости от логики. Их источники были другими.

I. Логика

Рассмотрим следующий силлогизм [4, 40b24–26]:

1. Большая посылка: Все люди смертны.
2. Малая посылка: Сократ — человек.
3. Заключение: Сократ смертен.

Это умозаключение логически корректно по двум причинам.

Во-первых, оно сохраняет истинность с необходимостью: не существует возможного мира, в котором утверждения (1) и (2) были бы истинными, а (3) — ложным.

Во-вторых, уверенность в его истинности не требует знания значений всех слов. Например, не обязательно понимать, что означают «люди» или «смертны», или знать, кем был Сократ. Иными словами, все умозаключения той же формы сохраняют истинность с необходимостью:

- Большая посылка: Все X суть Y .
- Малая посылка: a — это X .
- Заключение: a — это Y .

Такая структура гарантирует, что если посылки истинны, то заключение не может быть ложным — независимо от конкретного содержания терминов X , Y и объекта a .

Требование формальности помогает отличать логически валидные выводы от других умозаключений, которые сохраняют истинность по необходимости. Например:

- Посылка: Стакан, который держит Фред, наполнен водой.
- Заключение: Стакан, который держит Фред, наполнен H_2O .

Хотя не существует возможного мира, в котором стакан Фреда наполнен водой, но не содержит H_2O , это умозаключение не является логически валидным. Причина в том, что выводы с аналогичной формой не обязательно сохраняют истинность. Форма этого умозаключения выглядит так:

- Посылка: a является X .
- Заключение: a является Y .

Пример умозаключения с такой же формой, которое не сохраняет истинность:

- Посылка: Джо — техасец.
- Заключение: Джо — республиканец.

Формальность логически валидных выводов объясняет их ключевую особенность: они могут быть получены априори (то есть без опоры на эмпирические доказательства). Например, мы можем знать, что утверждение « a является Y » истинно, если истинны посылки «Все X суть Y » и « a является X », — и всё это без эмпирического исследования природы a , X или Y .

II. Правовой иррационализм?

Повторим: отличительными характеристиками логически валидного умозаключения являются необходимая сохранность истины, формальность и познаваемость *априори*.

Пример юридического умозаключения, формально аналогичного нашему силлогизму:

(4) Большая посылка: Все устные соглашения о продаже земли не имеют юридической силы.

(5) Малая посылка: Соглашение между Смитом и Джонсом — это устное соглашение о продаже земли.

(6) Заключение: Соглашение между Смитом и Джонсом не имеет юридической силы.

Это умозаключение также, казалось бы, сохраняет истину с необходимостью. Во всех возможных мирах, где все устные соглашения о продаже земли недействительны, соглашение Смита и Джонса подпадает под эту категорию, а заключение о его недействительности неизбежно истинно [5]. Более того, мы можем знать это без знания того, что такое «устное соглашение о продаже земли» или «недействительный», или без знания предмета «соглашения между Смитом и Джонсом». Таким образом, корректность вывода познаётся априори, до какого-либо эмпирического опыта.

Тем не менее реалисты часто критикуют подобные силлогистические методы в праве [6, p. 477; 7, p. 69, 71, 101]. Фрэнк характеризует критикуемый стиль рассуждений следующим образом:

«Эта теория может быть грубо символизирована следующим образом: если мы назовем правило R , факты F , а решение D , то $R \times F = D$. Казалось бы, она гарантирует нам, что если мы знаем правило R судьи и факты F , мы можем критически проанализировать его решение D . Мы можем не согласиться с его решением D , потому что считаем (1) что его F неверны (то есть его изложение фактов ошибочно), (2) что правило R , которое он использовал, является неподходящим R , или (3) что он неправильно применил правильное R к фактам, которые он правильно установил (то есть он допустил ошибку в логике) [8, p. 922].

Традиционалисты, как утверждали реалисты, ошибочно рассматривали судебное разбирательство как состоящее из таких «чисто логических выводов» [6, p. 477].

Конечно, просто потому, что юридическое рассуждение как психологический факт не соответствует логике, не означает, будто это правильно, что оно не соответствует логике. Но реалисты, очевидно, имели в виду как нормативную, так и описательную точки зрения [9, p. 10]. Кажется, что они считали, что традиционалисты *ошибались*, настаивая на соблюдении логических норм при юридическом рассуждении.

Одним из способов интерпретации этих утверждений является то, что реалисты полагали, что необходимые качества логически обоснованного вывода — его необходимость, формальность и априорность — не применяются к юридическому рассуждению, как вывод (6) из (4) и (5). Не так, что (6) верно во всех возможных мирах, где (4) и (5) верны. Существует хотя бы один возможный мир, в котором соглашение между Смитом и Джонсом является обязательным, даже если в этом мире все устные соглашения о продаже земли необязательны, а соглашение между Смитом и Джонсом является устным соглашением о продаже земли. Чтобы определить, следует ли выводить (6) из (4) и (5), суд должен обратиться к содержанию предложений, а это значит, что вывод не может быть получен ранее опыта.

Если такой действительно была позиция реалистов, их можно было бы справедливо назвать юридическими *иррационалистами*. И действительно, реалистов обвиняли в иррационализме их современники [10, p. 177-182; 11, p. 443-447]. Но возможны и более благосклонные интерпретации.

III. Правовая неопределенность

Иногда очевидно, что реалисты критикуют не вывод (6) из (4) и (5), а принятие большой посылки (4). Уолтер Уилер Кук особенно ясно формулирует эту мысль:

«[К]ак бы не была велика видимость чисто дедуктивного рассуждения, реальное решение в случае с новыми элементами заключается в переопределении среднего термина большой и малой посылки силлогизма; то есть в *конструировании или создании посылок для конкретного случая*, которые не существовали заранее. Формулировка посылок дедуктивного силлогизма, таким образом, представляет собой изложение вывода, достигнутого на иных основаниях, а не реальную причину решения. Как только посылки сконструированы, вывод неизбежно следует» [12, p. 43].

Кук не отрицает, что если все устные соглашения о продаже земли не имеют силы, а соглашение между Смитом и Джонсом является устным соглашением о продаже земли, то логически следует, что соглашение между Смитом и Джонсом не имеет силы. Как он отмечает: «Как только посылки сконструированы, вывод неизбежно следует». Вопрос заключается в принятии посылки, что все устные соглашения о продаже земли не имеют силы. Эта посылка, по его мнению, создаётся *после* принятия вывода на иных основаниях.

Такое прочтение объясняет, почему скептицизм реалистов в отношении логики в юридических рассуждениях был направлен прежде всего на силлогизмы с категорическими большими посылками, такими как (4). Трудно найти неприятие других логических ограничений, например, закона непротиворечия, хотя легко показать, что отказ от принятия (6) при принятии (4) и (5) нарушает этот закон. Проблема заключалась не в самой логике, а в посылах наподобие (4).

Кук описывает проблему как допущение существования правовой нормы (4) в условиях, когда закон рационально *неопределён* — то есть существующие правовые материалы (статуты, конституционные положения, судебные прецеденты) не обосновывают конкретное решение [9, p. 9-12]. Посылка (4) «создаётся» для случаев с «новыми элементами», не регулируемые существующим правом. Таким образом, критика реалистами силлогистических рассуждений связана с отказом признать масштаб правовой неопределённости. Хотя никакое конкретное решение не следует из существующего права (заставляя судью опираться на внеправовые соображения), традиционалистский судья, приняв решение на основе этих соображений, *постфактум* обосновывает его ссылкой на норму типа (4). Для многих реалистов внеправовыми факторами были мораль и морально релевантные социальные факты [12, p. 45]. Однако другие, например Джером Фрэнк и Джозеф Хатчесон, указывали на более идиосинкразические элементы — «интуитивные догадки» судей [7, p. 112; 13]. Взгляды реалистов на правовую неопределённость объясняют их критику силлогистических рассуждений. Они полагали, что право более неопределённо, чем предполагали традиционалисты. Неопределённость возникала не только из-за неясности и двусмысленности языка [14, p. 124-135], но и из-за конкуренции канонов интерпретации, которые даже при применении к однозначным текстам давали разные трактовки [15; 7, p. 74-76]. Дополнительную сложность создавало расхождение между «правом в действии» (реальными стандартами судей) и «бумажными нормами», или правом в книгах [16]. В той мере, в какой право существует в силу его фактического применения судьями и другими должностными лицами, право в действии, а не бумажные правила, несомненно,

являются правом [17, р. 1935]. Какими бы точными и недвусмысленными ни были бумажные правила, действующее право все равно может быть неопределённым.

Однако реалисты не утверждали глобальную неопределённость права во всех случаях [9, р. 19, 77; 18]. Казалось бы, в определенных ситуациях силлогистические рассуждения уместны. Тем не менее реалисты часто подчёркивали, что суды не могут принимать решения на основе силлогизмов ни в одном деле. Как писал Фрэнк: «Судья, определяя право по делу, должен выбирать и отбирать, и практически невозможно ограничить диапазон его выбора» [7, р. 149]. Эта неизбежная дискреционность, по его мнению, сохраняется даже при отсутствии глобальной неопределённости [7, р. 399]. Но если причина не в глобальной неопределённости, то в чем же?

IV. Правовой партикуляризм

Другое объяснение — правовой партикуляризм. Моральный партикуляризм, грубо говоря, отвергает точку зрения, согласно которой правильное моральное рассуждение состоит в применении абсолютных моральных принципов, в соответствии с которыми все действия определенного типа имеют определённую моральную значимость (обязательную, разрешённую или запрещённую). Примером такого абсолютного морального принципа может служить принцип, согласно которому все обещания должны выполняться. Такие абсолютные моральные принципы можно назвать *моральными правилами* [19; 20].

Обратите внимание, что моральный партикуляризм не следует из того факта, что моральные правила имеют исключения, например, когда Смит, обещавшему отвезти Джонса в зоопарк, морально разрешено нарушить своё обещание, потому что его больная мать должна пойти в больницу. Если исключения ограничены по числу и сами по себе подобны правилам — в том смысле, что все действия, удовлетворяющие критериям, на основе которых сформулировано исключение, действительно освобождаются от правила — то неприменимость этих исключений может быть просто включена в правило. Моральный партикулярист должен утверждать, что способ, которым моральные соображения объединяются для определения моральной значимости действия, с необходимостью контекстуален и индивидуален, не допуская никаких моральных правил.

Если так, то моральный партикулярист будет отрицать, что определение моральной значимости действия является вопросом силлогистического рассуждения следующего типа:

Большая посылка: Все обещанные действия (к которым исключения e1-ep не применяются) морально обязательны.

Меньшая посылка: Действие Смита по отправке Джонса в зоопарк является обещанным действием (к которому исключения e1-ep не применяются).

Вывод: Действие Смита по отправке Джонса в зоопарк морально обязательно.

Обратите внимание, что моральный партикулярист может отрицать, что моральное рассуждение является силлогистическим, при этом настаивая на том, что мораль *рационально определена*, в том смысле, что моральные соображения полностью определяют моральную значимость любого действия.

Аналогично, *правовой* партикулярист утверждает, что даже когда закон рационально определён, путь к уникальному решению, рекомендуемому законом, никогда не является вопросом применения юридических правил к фактам. Хотя юридические материалы часто формулируются как правила, способ, которым юридические соображения объединяются для определения решения суда, необходимо контекстуален и индивидуален. Даже в простых случаях происходит балансирование юридических соображений, хотя баланс сильно смещён в пользу одного решения. Таким образом, юридическое рассуждение не может быть силлогистическим по своей природе.

Тема партикуляризма очевидна в некоторых работах реалистов. Чувствительность к контексту, утверждают они, необходима для определения того, как право определяет результат в деле. Понимаемая таким образом, их критика силлогистического рассуждения будет совместима с тем, что право рационально определено.

Партикуляризм может объяснить, например, почему Фрэнк утверждает, что судебное разбирательство всегда включает в себя «индивидуализацию» в дополнение к «дискреции». Индивидуализация, вероятно, относится к контекстуализированному суждению о том, как закон

определяет результат дела. Описывая это суждение как «интуицию», Фрэнк, возможно, не имел в виду, что оно является продуктом личности или прихоти [21]. Он мог иметь в виду, что такое заключение несмотря на то, что оно юридически обосновано, не может быть объяснено применением юридических правил к фактам. Как утверждал Фрэнк: «Поскольку судья на суде не занимается полностью логическим предприятием, попытка втиснуть его «интуицию», его безмолвную рациональность, в логическую вербальную форму должна исказить её, деформировать. Его неопишуемая интуиция не может быть полностью выражена словами. Есть неуловимые нюансы, не выражаемые словами» [8, р. 932-933].

Фрэнк описывает интуицию как безмолвную *рациональность* — это процесс юридического рассуждения, а не прихоть. Судья Джозеф Хатчесон также предполагает, что интуиция — это неопишуемое контекстуальное понимание того, как юридические материалы рационально рекомендуют решение, учитывая факты дела:

«Я, после того как обзрев все доступные материалы, которые я могу использовать, и должным образом размышляя над ними, даю волю своей фантазии и размышляя над делом, жду чувства, интуиции — того интуитивного всплеска понимания, который создаёт искру связи между вопросом и решением, и в том месте, где путь самый тёмный для судейских ног, освещает путь» [13, р. 21].

Как и юридическая неопределённость, правовой партикуляризм может объяснить критику реалистов силлогистического рассуждения в праве без приписывания им юридического иррационализма. Проблема традиционалистов заключалась не в том, что они полагались на логику при вынесении приговоров, а скорее в том, что они ошибочно предполагали, что юридические выводы следуют из юридических правил, как, например, (4), когда на самом деле они следуют из контекстуального применения юридических материалов к фактам дела.

Однако неясно, считали ли все правовые реалисты, что юридические правила неприемлемы или невозможны, если они недостаточно конкретизированы в своей формулировке. Некоторые — в частности, Герман Олифант, Леон Грин и Карл Ллевеллин — казалось полагали, что юридические правила в хорошо определённых контекстах (или *типах ситуаций*) возможны [9, р. 21-24, 29-30, 109-111; 16, р. 755].

V. Судебное верховенство

Третья причина, по которой реалисты отвергают силлогистическое рассуждение в праве, заключается в судебном верховенстве — факте, что решение суда является обязательным, если оно не будет отменено по апелляции, даже если суд неправильно применил или истолковал закон [18, р. 390-391, 408; 17, р. 1987-1993]. Отказ от силлогистического рассуждения в праве может возникнуть вследствие следования судебному верховенству.

Предположим, что Смит заключил устное соглашение о продаже земли Blackacre Джонсу за 100 000 долларов. Джонс отказывается выполнять условия соглашения, и Смит подает на него в суд за нарушение контракта. Если мы понимаем вывод нашего юридического силлогизма («Соглашение между Смитом и Джонсом не может быть исполнено») как заявление о том, что единственно допустимый юридический вердикт в деле — это вердикт в пользу Джонса, то вывод можно считать не следующим из логических посылок. Также допустим следующий вывод:

Большая посылка: Все устные соглашения о продаже земли не могут быть исполнены.

Малая посылка: Соглашение между Смитом и Джонсом является устным соглашением о продаже земли.

Вывод: Вердикт в пользу Смита (соглашение между Смитом и Джонсом может быть исполнено).

При таком толковании приверженность традиционалистов силлогистическому рассуждению будет результатом их неспособности признать дискрецию, которую судебное верховенство дает судьям при вынесении решений.

В частности, реалисты беспокоил слабый судебный контроль — тот факт, что решение суда (например, о том, что Джонс несет ответственность перед Смитом на сумму 100 000 долларов) является обязательным, несмотря на любые ошибки. В правовых системах с сильным верховенством судебной власти, напротив, не только решение суда является обязательным, но и его толкование закона является обязательным для должностных лиц, помимо решения, в котором было дано такое

толкование. Для обсуждения различия между слабым и сильным верховенством судебной власти в контексте реалистов.

Аргумент реалистов о том, что юридическая дискреция следует из судебного верховенства, получил известную критику Г.Л.А. Харта за неспособность различать, является ли решение суда юридически обязательным и соблюдал ли суд закон при вынесении своего решения [14, р. 141-146]. Без этого различия, по мнению Харта, мы не можем понять, как суд, выносящий обязательное решение, может тем не менее быть раскритикован за юридическую ошибку.

Однако для наших целей достаточно отметить, что даже если аргумент реалистов был бы успешным, он не означал бы отказ от логики в юридическом рассуждении. Как сами реалисты признали, их позиция по сути отрицала, что законы, предыдущие судебные решения и тому подобное являются правом. Закон, касающийся набора фактов, на самом деле является тем, что говорит о фактах суд с правом вынести решение [18, р. 402-408]. Вот что говорит Фрэнк:

«Все...решения являются правом. Тот факт, что суды выносят эти решения, делает их правом. Нет никакой загадочной сущности, отдельной от этих решений. Если судьи в каком-либо деле приходят к «неправильному» результату и выносят решение, не соответствующее их собственным или чьим-либо правилам, их решение тем не менее является правом» [7, р. 134, 298].

Но это означает отказ от большой посылки в юридических силлогизмах (такой, как посылка о том, что все устные соглашения о продаже земли не могут быть исполнены) и замену ее посылкой о том, что закон, касающийся набора фактов, является тем, что говорит суд, получивший юрисдикцию над делом. Что касается этой посылки, Фрэнк сам рассуждает силлогистически:

Большая посылка: Соглашение может быть исполнено, если судья с юрисдикцией говорит, что оно может быть исполнено.

Малая посылка: Судья с юрисдикцией говорит, что соглашение между Смитом и Джонсом может быть исполнено.

Вывод: Соглашение между Смитом и Джонсом может быть исполнено.

VI. Скептицизм по поводу фактов

Четвертое объяснение отказа реалистов от силлогистического рассуждения в праве фокусируется на малой посылке, касающейся фактов дела. Как подчеркивали некоторые реалисты, независимо от того, насколько определены и абсолютны правовые правила, никакой вывод ими не обусловлен, если существует рациональная неопределенность или дискреция в отношении фактов [22, р. 11].

Факты будут рационально неопределенными, если представленные доказательства не обоснования конкретного решения [23, рр. 657–658, 660]. Кроме того, даже когда конкретное решение обосновано, суд может рассматриваться как обладающий дискрецией в отношении фактов, поскольку решение, противоречащее доказательствам, будет обязательным, если оно не будет отменено в апелляции [23, рр. 651–652]. Безусловно, критика Харта снова применима: если обязательный характер решения суда по фактам действительно означает, что у него есть дискреция, то невозможно будет критиковать суд за совершение юридической ошибки по этим фактам [24].

Для наших целей достаточно отметить, что и здесь критика реалистов не направлена против логики. Реалисты не отрицают, что (6) необходимо следует из истинности (4) и (5). Их внимание сосредоточено на неопределенности или дискреции в отношении принятия (5).

VII. Позитивизм и философский анархизм

Пятая причина, по которой реалисты отвергли силлогистическое рассуждение в праве, связана с их концепцией права как предсказания. Как мы видели, для некоторых реалистов верховенство судебной власти побудило их предложить такую теорию права, при которой право, касающееся набора фактов, является тем *решением*, которое будет принято судом, получившим юрисдикцию над делом. Однако наиболее философски утонченные из реалистов — в частности, Феликс Коэн и Уолтер Уилер Кук — предложили другую теорию, согласно которой право, касающееся любого набора фактов, сводится к моделям поведения и отношениям должностных лиц в пределах юрисдикции [18, р. 409-412]. При вынесении суждения о праве мы предсказываем, что существующие модели поведения в настоящее время сохраняются.

Обратите внимание, что теория предсказания может объяснить наблюдение Харта, что суждение может быть одновременно обязательным и противоречащим праву. Оно обязательное в той мере, в которой мы предсказываем, что другие должностные лица будут его исполнять [25, р. 844]. Оно противоречит праву в той мере, в которой оно отклоняется от нашего предсказания того, как большинство судей и других должностных лиц отнеслись бы к фактам дела.

Теория предсказания реалистов является позитивистской теорией, поскольку существование и содержание права в конечном итоге являются исключительно вопросом социальных фактов, касающихся должностных лиц в соответствующей юрисдикции [26, р. 241]. Однако она отличается от других известных позитивистских теорий права, особенно теории Харта, ввиду отказа от роли того, что Харт называет «внутренней точкой зрения» [14, р. 57]. Для Харта существование правовой системы требует большего, нежели просто соответствие должностных лиц правовым практикам. Должностные лица также должны принять внутреннюю точку зрения, реагируя на отклонения от стандартов, используемых в этих практиках, критикой (включая самокритику) и требованиями соответствия [14, р. 57]. Эти критики и требования выражаются во внутренних юридических утверждениях, сформулированных в нормативной лексике, например «Вы должны сделать это» или «Это неправильно». Внутренние юридические утверждения выражают принятие соответствия стандартам, но они не описывают это принятие [14, р. 102]. Кроме того, должностное лицо, делающее внутреннее утверждение, предполагает, но не описывает, существование правовых практик как социальных фактов [14, р. 102-103].

Из теории Харта следует, что общество, в котором должностные лица всегда обосновывали свои решения, описывая правовые практики как социальные факты (а также описывая другие соответствующие социальные факты) и затем оправдывали соответствие морально, не будет иметь права [27]. Это связано с тем, что должностные лица хотя и принимают соответствие правовым практикам, не обосновывают соответствие через внутренние юридические утверждения. Они не принимают внутреннюю точку зрения, как понимает ее Харт.

Коэн и Кук, напротив, понимали утверждения о праве — включая такие заявления, сделанные должностными лицами, участвующими в правовых практиках — как сводимые к описаниям социальных фактов о правовых практиках [25, р. 839; 12, р. 29–33; 18, р. 393–397, 409–416; 17, р. 1967–1998]. Они отказываются от внутренней точки зрения. Это является важной причиной, по которой Харт отверг теорию предсказания реалистов [14, р. 136-137].

Действительно, Коэн и Кук не просто верили, что право может существовать, когда должностные лица принимают внешнюю точку зрения; они утверждали, что принятие внешней точки зрения является идеальным. Судья, рассматривающий дело, должен сначала описать право в терминах социальных фактов о правовых практиках, а затем морально оценить, является ли соответствие этим практикам уместным. Если он так сделает, он будет описывать право более точно, поскольку не будет путать право с тем, каким право должно быть в моральном смысле [25, р. 838; 12]. Кроме того, его моральная критика права будет более точной, поскольку он не будет предполагать, что существование права обязательно подразумевает оправданные моральные причины для соответствия. Только в свете моральных норм можно рекомендовать соответствие правовым практикам [25, р. 828–829, 840].

Поскольку реалисты отрицали, что существование права обязательно подразумевает оправданные моральные причины для соответствия, они были философскими анархистами. Философские анархисты обычно подчеркивают, что *граждане* не имеют общей моральной обязанности подчиняться закону [28]. Реалисты были необычны в том, что они распространяли философский анархизм на судей, решающих дела.

С теорией предсказания реалистов и философским анархизмом на столе мы можем предложить еще одно объяснение их отказа от силлогистического рассуждения в праве. Давайте вернемся к нашему юридическому силлогизму:

(4) Большая посылка: Все устные соглашения о продаже земли являются необязательными.

(5) Малая посылка: Соглашение между Смитом и Джонсом является устным соглашением о продаже земли.

(6) Вывод: Соглашение между Смитом и Джонсом является необязательным.

Согласно теории предсказания, большая посылка сводится к описанию официальных практик — а именно, что все устные соглашения о продаже земли обычно не будут исполняться должностными лицами. Если мы понимаем вывод аналогично описанию официальных практик, то он действительно следует дедуктивному рассуждению.

Большая посылка: Все устные соглашения о продаже земли обычно не будут исполняться должностными лицами.

Малая посылка: Соглашение между Смитом и Джонсом является устным соглашением о продаже земли.

Вывод: Соглашение между Смитом и Джонсом обычно не будет исполняться должностными лицами.

Но вывод также может быть понят как нормативное утверждение о том, что судья не должен исполнять соглашение между Смитом и Джонсом.

Большая посылка: Все устные соглашения о продаже земли обычно не будут исполняться должностными лицами.

Малая посылка: Соглашение между Смитом и Джонсом является устным соглашением о продаже земли.

Вывод: Судья не должен исполнять соглашение между Смитом и Джонсом.

Таким образом понятый вывод не следует из посылок. Моральные причины для действий могут рекомендовать судье не соответствовать правовым практикам. При таком толковании реалисты критиковали традиционалистов за ошибочное предположение, что то, как суд морально должен рассматривать дело, может быть выведено из описательных посылок и логики в одиночку [29, р. 159-161; 30, р. 307-308; 31, р. 43].

«Опасность состоит в том, что мы продолжаем обманывать себя, убеждаясь, что мы просто «применяем» старое правило или принцип к «новому делу» исключительно дедуктивным рассуждением, заключается в том, что при этом реальный мыслительный процесс становится неясным, и мы не осознаем, что наш выбор действительно руководствуется соображениями социальной и экономической политики или этики, и поэтому не учитываем все соответствующие факты жизни, необходимые для принятия мудрого решения» [31, р. 44-45].

Вышеуказанную цитату можно рассматривать как утверждение о правовой неопределенности. Старое правило не обосновывает юридически решение. Судья должен поэтому полагаться на внеправовые — особенно моральные — соображения, чтобы заполнить правовой пробел. Однако реалисты считали, что моральные соображения играют роль во всех судебных разбирательствах, даже когда право рационально определено:

«[Судья] должен определить, следует ли подогнать конкретное дело под условия каких-либо старых правил (либо потому, что они работают хорошо, либо потому, что люди действовали в зависимости от них и он считает защиту такой зависимости социально ценной) или «законодательно» изменить и скорректировать существующие правила с учетом обстоятельств текущего спора» [7, р. 130, 142-143].

Франк не описывает ситуации, когда старые правила неопределены. Общественная зависимость от применения старых правил к текущему спору была бы невозможна, если бы это было так. Кроме того, говоря об изменении и корректировке существующих правил, Франк предполагает, что содержание правил *меняется*, а не то, что пробелы заполняются. Он утверждает, что *даже когда право рационально определено*, судья должен использовать моральные рассуждения, чтобы решить, нужно ли ему следовать закону вообще.

Конечно, как признали реалисты, есть много очень хороших моральных причин для судебного решения в соответствии с правовыми практиками, например, потому что это защитит «человеческие ожидания, основанные на прошлых решениях, стабильность экономических транзакций и [] поддержание порядка и простоты в нашей правовой системе» [25, р. 840]. Однако остается тот факт, что это моральные аргументы, которые не могут быть ответом за счет описательных посылок и логики.

Философский анархизм стоит в основе использования Франком психоанализа в работе «Право и современный разум» [9, р. 280; 18, р. 398-399]. Франк опирается на Фрейда, чтобы объяснить,

почему судьи неправильно полагают, что существование закона подразумевает обязанность подчиняться — их «самообман» в том, что они «просто применяют команды, данные им некоторой внешней властью» [7, р. 130]. Они пытаются избежать того факта, что судебное решение является автономным моральным решением. Они «еще не отказались от детской потребности в авторитетном отце и бессознательно пытались найти в законе замену тем качествам твердости, уверенности, определенности и непогрешимости, которые приписываются в детстве отцу» [7, р. 21].

VIII. Заключение

Критика реалистами силлогистического рассуждения в праве не означала, что они были юридическими иррационалистами. Их целью не была логика, а другие ошибки, реальные или воображаемые. Иногда это была ошибочная вера традиционалистов в рациональную определенность права. А иногда приверженность традиционалистов категорическим правовым правилам, когда юридическое рассуждение было на самом деле вопросом контекстуального балансирования. Иногда это была вера традиционалистов в правовые ограничения на судей при решении дел, несмотря на верховенство судебной власти. А иногда — вера традиционалистов в правовые ограничения для судей при решении фактов дела. И еще — что самое главное — это было направлено против ошибочной теории традиционалистов о политической обязанности: их убеждения, что существование права обязательно подразумевает обоснованные причины для подчинения.

Примечания и список литературы

1. Holmes, Oliver Wendell, Jr. 1881. *The Common Law*. Boston: Little, Brown, and Co.
2. Термин «механическая юриспруденция» был введен в обиход его основателем Роско Паундом. Следует отметить, что Паунд также был критиком движения. Pound, Roscoe. 1908. "Mechanical Jurisprudence." *Columbia Law Review* 8: 605–23.
3. Pound, Roscoe. 1931. "The Call for a Realist Jurisprudence." *Harvard Law Review* 44: 697–711.
4. Иногда термин «силлогизм» используется для обозначения категорических силлогизмов, описанных Аристотелем. В категорическом силлогизме две посылки и заключение являются категорическими пропозициями (то есть пропозициями, которые утверждают или отрицают, что все или некоторые члены одной категории включены в другую категорию). Мой пример — это то, что можно было бы назвать сингулярным силлогизмом, в котором главной посылкой является категорическое предложение, а второстепенной посылкой и заключением являются сингулярные предложения, то есть предложения, в которых говорится, что названный элемент существует и относится к категории. См. Aristotle. ca. 350 B.C.E. *Prior Analytics*. Trans. H. P. Cooke & Hugh Tredennick, 1938. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
5. Конечно, вполне вероятно, что в возможном мире только в соответствии с законодательством конкретной юрисдикции было бы справедливо, что все устные соглашения о продаже земли не имеют законной силы. Мы можем проигнорировать эту проблему.
6. Yntema, Hessel E. 1928. "The Hornbook Method and the Conflict of Laws." *Yale Law Journal* 37: 468–83.
7. Frank, Jerome. 1930. *Law and the Modern Mind*. Reprint Gloucester, Mass.: Peter Smid
8. Frank, Jerome. 1948. "Say It with Music," *Harvard Law Review* 61: 921–57.
9. Описательное утверждение о том, что судьи игнорируют то, как решение дедуктивно вытекает из правовых норм и фактов дела — из-за иррациональности, нечестности или некомпетентности, само по себе является темой для обсуждения реалистами, в частности Джеромом Франком. См. Leiter, Brian. 2007. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
10. Harris, Rufus C. 1935. "Idealism Emergent in Jurisprudence." *Tulane Law Review* 10: 169–87.
11. Fuller, Lon L. 1934. "American Legal Realism." *University of Pennsylvania Law Review* 82: 429–62.
12. Cook, Walter Wheeler. 1935. *Oliver Wendell Holmes: Scientist*. American Bar Association Journal 21: 211–13.
13. Hutcheson, Joseph C., Jr. 1938. *Judgment Intuitive*. Chicago: Foundation Press.

14. Hart, H.L.A. 1994. *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.
15. Llewellyn, Karl N. 1950. "Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes Are to Be Construed." *Vanderbilt Law Review* 3: 395–406.
16. Schauer, Frederick. 2013. "Legal Realism Untamed." *Texas Law Review* 91: 749–80
17. Такой подход к определению содержания права расходится с теорией Харта, согласно которой предпочтение отдается тому, что чиновники говорят, а не тому, что они делают. Подробнее об этом см. Green, Michael S. 2005. "Legal Realism as Theory of Law." *William and Mary Law Review* 46: 1915–2000.
18. Лейтер утверждает, что реалисты в первую очередь ограничивали свои претензии на юридическую неопределенность теми делами, которые достигли "стадии апелляционного пересмотра". Аргумент о том, что это слишком узкое определение, см. Green, Michael S. 2011. "Leiter on the Legal Realists." *Law and Philosophy* 30: 381–418.
19. Ross, W.D. 1930. *The Right and the Good*. Oxford: Oxford University Press. Я сосредоточусь здесь на слабом моральном партикуляризме. Сильный моральный партикуляризм отвергает не просто моральные правила, но и моральные принципы любого рода. Для приверженца строгой морали нет ничего общего в том, как аспект, общий для ряда действий, влияет на их моральную значимость.
20. Dancy, Jonathan. 2004. *Ethics without Principles*. Oxford: Clarendon Press.
21. Хотя и это было тематикой их работ.
22. Frank, Jerome. 1948. "Legal Thinking in Three Dimensions," *Syracuse Law Review* 1: 9–25.
23. Frank, Jerome. 1932. "What Courts Do in Fact." *Illinois Law Review* 26: 645–66.
24. Соответствующее бремя убеждения может привести к тому, что решение относительно фактов будет рационально определено, даже если доказательства, представленные обеими сторонами, оставляют под вопросом вопрос о том, что произошло на самом деле. Например, если это бремя лежит на истце, а доказательств недостаточно для подтверждения фактических утверждений истца, суд по закону должен принять решение в пользу ответчика относительно фактов.
25. Coleman, Jules L. and Leiter, Brian. 1996. "Legal Positivism." In: *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. Dennis Patterson, 241–60. Oxford: Oxford University Press.
26. Cook, Walter Wheeler. 1942. *The Logical and Legal Bases of the Conflicts of Laws*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
27. Edmundson, William A. 2004. "State of the Art: The Duty to Obey the Law." *Legal Theory* 10: 215–259.
28. Green, Michael S. 2017. "A Puzzle about Hart's Theory of Internal Legal Statements." In *Pragmatics and Law*, eds. Francesca Poggi & Alessandro Capone, 195–221. Dordrecht: Springer Verlag.
29. Oliphant, Herman. 1928. "A Return to Stare Decisis." *American Bar Association Journal* 14: 71–158.
30. Cohen, Felix S. 1933. *Ethical Systems and Legal Ideals: An Essay on the Foundations of Legal Criticism*. Westport, Conn.: Greenwood Press.
31. Cohen, Felix S. 1934. "Modern Ethics and the Law." *Brooklyn Law Review* 4: 33–50.
32. Cohen, Felix S. 1935. "Transcendental Nonsense and the Functional Approach." *Columbia Law Review* 35: 809–49.
33. Green, Michael S. 2013. "On Hart's Category Mistake." *Legal Theory* 19: 347–69.
34. Toh, Kevin. 2005. "Hart's Expressivism and his Benthamite Project." *Legal Theory* 11: 75–123.

Для цитирования и библиографии: Грин М. Логика и правовой реализм // Право и государство. № 1(106), 2025. – С. 109-118. DOI: 10.51634/2307-5201_2025_1_109

Материал поступил в редакцию 11.03.2024