НАУЧНАЯ ДИСКУССИЯ НОРМАТИВНОСТЬ И ФОРМИРОВАНИЕ ПРАВОВЫХ ПОНЯТИЙ

ЛОРЕНЦ КЭЛЕР

Бременский университет
28359, Германия, Бремен, Университетская аллея, д. GW 1
E-mail: lkaehler@uni-bremen.de
ORCID: 0000-0002-3479-8052

DOI: 10.35427/2073-4522-2020-15-3-kahler

ЗНАЧЕНИЕ НОРМАТИВНЫХ ОСНОВАНИЙ ДЛЯ ФОРМИРОВАНИЯ ПРАВОВЫХ ПОНЯТИЙ*

Перевод статьи подготовлен в рамках поддержанного Советом по грантам Президента РФ научного проекта № МД-137.2020.6 «Теория определенности терминов юридического языка: логико-семантический и прагматический аспекты».

Аннотация. Естественный язык не обеспечивает закон точными правовыми понятиями. Поэтому эти понятия должны либо определяться законодателем, либо со временем видоизменяться как в рамках юридической практики, так и в рамках научных дискуссий. Чтобы прояснить такое формирование правовых понятий, надо рассмотреть факторы, которые являются в этом процессе определяющими. Помимо влияния семантических факторов, представляется возможным утверждать, что нормативные основания также могут иметь здесь определенное значение. Это утверждение не выводится из того факта, что сами эти понятия отчасти относятся к нормативным сущностям, таким как моральные условия или моральные принципы. Ибо нужно различать основания, к которым отсылают правовые понятия, и основания, которые являются определяющими для формирования самих этих понятий. Последние могут касаться и других вопросов, таких как простота и точность использования определенных понятий. Все это не означает, что правовые понятия должны иметь определенное содержание.

* *Kähler L. The Influence of Normative Reasons on the Formation of Legal Concepts // Concepts in Law / Ed. by J. Hage, D. von der Pfordten. Springer, 2009. P. 81–97.* Перевод с английского В.В. Оглезнева. Публикуется с разрешения автора.

жение. Напротив, они даже могут потребовать, чтобы идеологические позиции не оказывали влияние на их содержание. В этом случае можно было бы сказать, что нормативное основание не ставить содержание правовых понятий в зависимость от дальнейших нормативных соображений. Кроме того, нормативные основания могут повлечь за собой определенные процессуальные требования, которые должны соблюдаться в процессе формирования понятия. Например, они могут потребовать, чтобы некогда согласованное определение оставалось открытым для пересмотра. С помощью того, что нормативные основания могут по-разному влиять на формирование правовых понятий, нельзя обосновать то, что это формирование полностью детерминировано нормативными или даже политическими соображениями. Есть целый ряд ограничений, которые препятствуют такому непосредственному влиянию. Например, поскольку понятия должны обеспечивать взаимодействие между разными людьми, они должны быть беспристрастными, а не угождать только одной стороне.

Ключевые слова: нормативные основания, нормативная оценка, определение, правовые понятия, норма права

LORENZ KÄHLER

University of Bremen

GW 1, Universitätsallee, Bremen 28359, Germany

E-mail: lkaehler@uni-bremen.de

ORCID: 0000-0002-3479-8052

THE INFLUENCE OF NORMATIVE REASONS ON THE FORMATION OF LEGAL CONCEPTS

The translation of this paper was prepared within the framework of the scientific project No. MD-137.2020.6 "Theory of Determinacy of Legal Terms: Logico-Semantic and Pragmatic Approaches", supported by the Council for Grants of the President of the Russian Federation.

Abstract. Natural language does not provide the law with precise legal concepts. Therefore, these concepts have to be defined by the legislator or have to evolve over time both in legal practice and in scholarly debate. In order to understand this formation of legal concepts, it is necessary to look at the factors that are decisive for it. Besides semantic factors that impact this process, it seems possible that normative reasons can also play a role. This does not follow from the fact that these concepts themselves in part refer to normative entities such as moral reasons or moral principles. For one has to distinguish between the reasons legal concepts refer to and the

reasons that are decisive for the formations of these concepts themselves. The latter reasons could concern other issues such as the ease and accuracy of using certain concepts. All of this does not imply that legal concepts should have a certain content. They could even, on the contrary, demand that ideological positions should not influence the content of legal concepts. In this case, one would have a normative reason not to make the content of legal concepts dependent upon further normative considerations. In addition, normative reasons can entail certain procedural requirements, which should be maintained in the process of concept formation. For instance, they might require to keep a once agreed upon definition open for revision. The fact that normative reasons can influence the formation of legal concepts in various ways does not justify the assumption that this formation is totally determined by normative or even political considerations. There are a number of constraints that prevent such a direct influence. For instance, as concepts should enable communication even between people with differing positions, they should not have a partisan character so that only one side agrees with them.

Keywords: normative reasons, normative evaluation, definition, legal concept, legal rule

1. Введение

Правовые понятия — странные вещи. Помимо того, что они используются в естественном языке, они еще и выступают ключевым элементом закона. Так что при первом приближении сложно понять, имеют ли они юридическую природу или же семантическую, или и то и другое вместе. Но эта природа определенно имеет важное значение для ответа на вопросы, с которыми сталкивается каждая правовая система. Во-первых, какие понятия надо использовать и, во-вторых, как эти понятия определять. Ответом на оба эти вопроса является то, что я называю формированием правовых понятий, которое играет важную роль в понимании их возникновения и развития. В этой статье будет предпринята попытка прояснить, какое значение имеют нормативные основания для формирования правовых понятий. На первый взгляд это значение кажется очевидным, по крайней мере, в выборе и определении правовых понятий. Зачем же еще тогда устанавливать, какие понятия законодатель должен выбирать и как он их будет определять? Например, определение понятия собственности зависит, *inter alia*, от того, какие материальные и нематериальные блага законодатель желает защитить. Однако совсем не очевидно, что здесь нет влияния других факторов. Возможно, здесь следовало бы учитывать правила семантики. Но даже если предположить, что нормативные основания имеют решающее значение для формирования право-

вых понятий, нельзя исключать вопрос, является ли всякое нормативное основание или лишь некоторые из них.

Чтобы понять роль нормативных оснований, сначала надо выяснить, какое значение они имеют для формирования правовых понятий. Важность нормативных оснований можно установить по-разному (разд. 2). И как только их влияние становится отчетливым, возникает вопрос: как долго оно будет сохраняться. Я считаю, что у этого влияния есть свои ограничения, которые имеют важное значение для понимания формирования правовых понятий. Например, законодатель, вводя в оборот новые понятия, должен учитывать возможный риск их непонимания. И хотя его выбор ничем не ограничен, кроме его политических взглядов, тем не менее могут возникнуть основания их не использовать. Так что, пожалуй, не всякое нормативное основание может детерминировать выбор и определение правовых понятий (разд. 3).

Прежде чем перейти к этим вопросам, надо сделать несколько терминологических замечаний. Я говорю о «формировании понятий», нежели о «конструировании понятий». «Конструирование понятий» предполагает сознательный процесс, тогда как процесс, в котором устанавливаются правовые понятия, не обязательно является сознательным. Законодатель может использовать определенные понятия, не осознавая, почему они предпочтительнее других. Подобно понятиям, используемым в повседневном языке¹, правовые понятия могут формироваться постепенно и бессознательно. Поэтому для описания как сознательных, так и бессознательных процессов здесь используется термин «формирование понятия».

Далее, я использую термин «нормативное основание» в широком смысле, как включающий любое основание, способное предписать действие или дать ему оценку². Например, если люди не могут отличить одно понятие от другого и постоянно их смешивают, то это может оказаться условием их не использовать. Но нормативные основания не могут ограничиваться «моральными» или «этическими» основаниями. Есть чрезвычайно важные нормативные основания — основания

¹ Об эволюции бессознательного языка см.: *Heringer H.J. Sprache, Sprachkritik — und Ethik // Autonomie durch Verantwortung / Ed. by J. Berendes. Paderborn, 2007. S. 442; Orrigi G., Sperber D. Evolution, Communication, and the Proper Function of Language // Evolution and the Human Mind / Ed. by P. Carruthers, A. Chamberlain. Cambridge, 2000. P. 140.*

² Подробнее о нормативных основаниях см.: *Halbig C. Praktische Gründe und die Realität der Moral. Frankfurt, 2007. S. 6, 113; Raz J. Explaining Normativity: On Rationality and the Justification of Reason // Normativity / Ed. by J. Dancy. Oxford, 2000. P. 34.*

господствующей морали, которые так же могут быть теоретически обоснованы³. Кроме того, есть и другие нормативные основания, например эстетическое восприятие гармонии системы понятий.

Но не всякое основание для выбора или определения правового понятия является нормативным. Потому что не все основания способны предписать действие или оценку. Есть «соблазняющие основания», как их называет Дж. Дэнси, — основания для веселья, смеха или радости. Они являются основаниями для действия, а не принуждением к его совершению⁴. Даже если кому-то просто нравится некое понятие, то этого недостаточно, чтобы установить, что люди должны его использовать. Из этого следует важная закономерность: если выбор и определение правовых понятий зависят, по крайней мере отчасти, от нормативных оснований, то это не вопрос удобства, как иногда считается⁵. Кроме того, бывают ситуации разумного несогласия с выбором и определением понятий. У разных людей могут быть разные ценности и установки, которые влияют на то, какие нормативные основания они считают для себя более значимыми. Напротив, понятия естественных видов, такие как «вода» или «тигр», определяются благодаря фактам, не зависящим от ценностей и отношения к ним людей. Следовательно, такое несогласие может состоять только в том, как эти факты установить. Но ни одно нормативное основание не оказывает влияние на определение этих понятий, и в этом отношении оно является нейтральным. Но если определение правовых понятий подвержено влиянию нормативных оснований, тогда оно не может быть таким описательным предприятием. Недостаточно лишь сослаться на какой-то естественный факт и заявить, что он является определяющим свойством понятия.

Наконец, под правовыми понятиями здесь понимаются все понятия, которые используются в правовых нормах для формулирования либо их условий, либо их следствий и содержание которых задается этими нормами⁶. К таким понятиям, например, относятся понятия равенства, свободы слова, собственности или владения. Вопрос о том,

³ См.: *Hart H.L.A. Law, Liberty, and Morality*. Oxford, 1968. P. 20.

⁴ См.: *Dancy J. Nonnaturalism* // *Oxford Handbook of Ethical Theory* / Ed. by D. Copp. Oxford, 2005. P. 135.

⁵ См., например: *Röhl K. Allgemeine Rechtslehre*. Köln, 2001. S. 35; *Lindahl L. Deduction and Justification in the Law. The Role of Legal Terms and Concepts* // *Ratio Juris*. 2004. Vol. 17. P. 186.

⁶ Дворкин понимает «понятия права» гораздо шире, как «понятия, которые люди используют, когда говорят о праве». См.: *Dworkin R. Justice of Robes*. Cambridge, 2006. P. 223.

могут ли нормативные основания влиять на формирование понятий, хотя и связан, но полностью не сводится к обсуждению нормативности языка, которое состоит в том, существует ли правильное употребление слов и в чем оно заключается⁷. Я же рассматриваю, на каких основаниях вводятся и определяются понятия, а не то, что означает употребление слов, с помощью которых они правильно выражены.

2. Как нормативные основания влияют на формирование правовых понятий

Законодатель может использовать правовые понятия тремя разными способами. Он может воспользоваться уже имеющимися понятиями, может внести в них необходимые изменения или же разработать новые. Если имеющиеся понятия обладают четким значением и используются при известных обстоятельствах, то выбор в их пользу будет более предпочтительным. Не имеет особого смысла вводить новое понятие, например, для водительского удостоверения, если использование имеющегося понятия не вызывает затруднений. Напротив, изменение старых понятий или введение новых является частым явлением в таких развивающихся сферах, как, например, Интернет. Так, для описания прав и обязанностей владельцев доменных имен законодатель может воспользоваться имеющимся понятием собственности. Также он может разработать и ввести новое понятие — «владение доменным именем», тем самым отграничив его от владения собственностью. Но ни естественный язык, ни существующий закон, кроме, пожалуй, конституционного правила ясности используемых понятий, не навязывает этот выбор⁸. При этом ни в том, ни в другом случае не исключается введение новых понятий или внесение изменений в уже имеющиеся.

Но если есть несколько вариантов использования понятий, могут ли нормативные основания детерминировать выбор в пользу одного из них. Если таких оснований нет, то этот выбор будет либо произвольным, когда вообще нет ни одного основания для выбора, либо нейтральным, когда эти основания имеют дескриптивный характер. Этот выбор никак не зависит от моральных или эстетических сообра-

⁷ См.: *Brandom R. Making It Explicit*. Cambridge, 1994. P. 30; *Horwich P. Meaning*. Oxford, 2004. P. 184.

⁸ К такому выводу пришел Конституционный суд Германии. См.: *Neue Juristische Wochenschrift*. 1967. S. 619.

жений. Утверждать, что правовые понятия не зависят от нормативных оснований и в этом смысле нейтральны, можно по крайней мере четырьмя разными способами.

1. Нормативные основания не выводятся из правовых понятий (*тезис о нейтральных последствиях*).

2. Нормативные основания не детерминируют выбор правовых понятий (*тезис о нейтральном выборе*).

3. Нормативные основания не задают содержание правовых понятий (*тезис о нейтральном содержании*).

4. Нормативные основания не детерминируют процесс определения правовых понятий (*тезис о нейтральном процессе*).

Согласно первому утверждению понятия сами по себе не предписывают действий, а значит, не могут иметь нормативных последствий. Юридические последствия возникают только из норм, в которых такие понятия содержатся. Поэтому, чтобы получить какой-либо нормативный вывод, недостаточно лишь того, чтобы понятие просто использовалось в суждении. Например, само по себе понятие собственности не влечет прав или обязанностей владельца. Правовая система может предоставить владельцу определенные права, как это имеет место в странах с рыночной экономикой, или может в случае отсутствия этих прав установить более высокие налоги, как это было в социалистических странах. Из того, что мы знаем, какие правовые понятия используются в правовой системе, не следует, какие действия эта норма строго запрещает или разрешает⁹. В общем, нормативный характер правовых норм не влечет того, что используемые в них понятия были выбраны или определены согласно конкретным нормативным основаниям. Это верно даже для таких деонтических понятий, как «долг» или «субъективное право». Хотя в отдельных случаях их применение и должно нормативно обосновываться, ни один нормативный вывод не следует из того простого факта, что они используются в законе. Например, закон может их использовать для установления какой-либо обязанности или для сообщения о том, что в данном случае обязанности не возникает. Все это, следовательно, говорит в пользу первого утверждения.

⁹ Сравни с «Применение базовых понятий практически не влияет на закон» (Brouwer B., Hage J. Basic Concepts of European Private Law // European Review of Private Law. 2007. Vol. 15. P. 6); Füßler K. Farewell to “Legal Positivism”: The Separation Thesis Unravelling // The Autonomy of Law / Ed. by R. George. Oxford, 1996. P. 142, где обсуждается аргумент, что правовые понятия не создают обязательств. О независимости понятий и действий см.: Körner S. On Some Moral and Other Concepts // Philosophy and Phenomenological Research. 1950. Vol. 11. P. 184.

Первое утверждение подкрепляется еще и тем, что в законе часто используются понятия с неопределенной оценкой, которые могут как допускать, так и отвергать ситуацию или действие. Без нормативной оценки понятие не способно ни предписать действие, ни дать ему оценку. Например, понятие владения не предполагает суждения, что контроль над объектом владения является юридическим или неюридическим, моральным или неморальным. Но закон все равно ссылается на это понятие как на владение. Аналогичным образом, то, что определенная организация считается государством, практически ничего не говорит нам о характере этой организации. Она может быть как демократией, так и диктатурой, может быть как членом ООН, так и государством-изгоем, может как уважать права человека, так и не уважать. Хотя эти признаки и влияют на нормативную оценку государства, они не входят в содержание этого понятия. Значит, такие понятия являются понятиями с неопределенной оценкой. А поскольку с их помощью мы не можем оценить сущность, которую они обозначают, мы не можем оценить и предписываемое ими действие. На этом основании закон не может потребовать совершения некоего действия без его предварительного одобрения¹⁰. Но это ничего не говорит о том, являются ли понятия вроде государства или собственности нейтральными с моральной точки зрения. Морально нейтральные понятия следует отличать от понятий с неопределенной оценкой. Это различие позволяет установить, что юридические последствия не возникают из правовых понятий и что между правовым понятием и юридической или моральной оценкой ситуации, к которой оно применяется, нет необходимой связи. С помощью этого можно было бы объяснить, почему в разных правовых системах, несмотря на существенные политические, экономические и идеологические различия, используются эквивалентные понятия¹¹.

Частое использование правовых понятий с неопределенной оценкой не всегда оправданно. В зависимости от того, как понимается действие или ситуация, теоретически в законе можно было бы использовать понятия с определенной оценкой. Например, в отношении законно приобретенных товаров можно использовать понятие собственности, тогда как в отношении незаконно приобретенных — понятие не-собственности. Аналогичным образом можно было бы отка-

¹⁰ Иначе может возникнуть перформативное противоречие. См.: Alexy R. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main, 1983. S. 428.

¹¹ См.: Sarcevic S. *New Approach to Legal Translation*. London; Boston, 1997. P. 234.

заться от понятия государства и вместо него рассуждать о демократиях или диктатурах. Аристотель подобным образом различал монархию и тиранию, аристократию и олигархию, демократию и тимократию¹². Каждая пара представляет собой дихотомию, где одна форма является идеальной, а другая — ее противоположностью. В схожей манере политические понятия часто маркируют людей или ситуации в зависимости от нормативных обстоятельств. Так, «террорист» отличается от «борца за свободу» тем, что действия первого осуждаются, в то время как действия последнего одобряются независимо от того, что действия обоих могут иметь совершенно одинаковый (например, взрывоопасный) характер. Никак не отличить хороший терроризм от плохого, кроме как использовать понятия с неопределенной оценкой. Использование понятий с определенной оценкой означало бы осуждение подобного рода действий. И такая оценка очевидна. Однако если она изменится, то потребуются использовать другое понятие.

Напротив, правовые понятия вроде «собственности» или «владения» не имеют положительной или отрицательной оценки. Они практически не поддаются аристотелевской технике определения. Так, известность того, что определенный объект является чьей-то собственностью, не обуславливает наличие у собственника разрешения или полномочий на его использование. Хотя собственник и может быть законным владельцем, он также может быть обязан предоставить этот объект в пользование кого-то другого. Но одного лишь этого знания недостаточно, чтобы дать ситуации оценку: осудить или одобрить. Следовательно, применение таких понятий не зависит от нормативных условий ситуации, в которой они применяются. Это не исключает, что теории, формирующие правовые понятия, могут в то же время влиять и на нормы, в которых они содержатся¹³. Но тогда теории, а не их понятия имеют нормативные последствия. Отдельно взятые правовые понятия не могут выступать ни условием, каким образом оценивать ситуацию, ни условием, каким образом совершать действия. Поэтому тезис о нейтральных последствиях кажется верным.

Но достоверность первого утверждения автоматически не влечет достоверности второго, согласно которому нормативные основания не детерминируют выбор правовых понятий. Хотя нормативные основания и не выводятся из правовых понятий, они все же могут вли-

¹² См.: *Aristotle. Nicomachishe Ethik* / Ed. by G. Bien. Hamburg, 1985. 1160a—1161a; *Politik* / Ed. by G. Bien. Hamburg, 1990. 1279a.

¹³ Сравни с *Sartor G. Legal Reasoning*. Dordrecht, 2005. P. 563.

ять на их выбор. Ибо не все правовые понятия одинаково подходят для предписывания поведения с помощью правовых норм. Если все заинтересованные лица понимают понятия *A*, *B* и *C* в соответствии с принципами естественного языка или повседневной практики, то их использование будет более предпочтительным по сравнению с абстрактным понятием *D*, которое все эти понятия содержит¹⁴. Точно так же, если понятие *E* широко известно и имеет ясное значение, его использование может быть более предпочтительным, чем введение нового понятия *F*, которое, хотя и является более ясным, чем *E*, может привести к неправильному пониманию и нежелательным интерпретациям. Таким образом, понятия могут различаться в зависимости от их пригодности для использования в правовых нормах, целью которых является приведение к определенным юридическим последствиям. Следовательно, условия таких последствий могут оказывать скрытое влияние на выбор понятия. Ибо если требуется, чтобы при определенных обстоятельствах обязательно наступали определенные юридические последствия, и если отдельные правовые понятия наиболее приспособлены для формулирования такой нормы, тогда на этом основании их использование может быть оправдано. А значит, они могут выступать наилучшим средством для достижения цели.

Более того, даже если определенные понятия хорошо вписываются в правовые нормы и в последствия, к которым они приводят, могут возникнуть нормативные основания, ограничивающие их использование ввиду их идеологической или политической окраски¹⁵. Например, понятие «европейское гражданство» явно предпочтительнее понятия «европейская раса», поскольку первое не предполагает существования чего-то вроде биологически различимой «европейской расы», на которой основан Европейский союз. Тем не менее это понятие может использоваться вместо «европейского гражданства» без какого-либо изменения обстоятельств, при которых наступают юридические последствия. Следовательно, нормативные основания могут детерминировать выбор среди понятий, одинаково пригодных для использования в определенной правовой норме. Значит, анализ послед-

¹⁴ Более того, общее понятие будет менее точным; о противоречии между точностью и абстрактностью см.: *Sartori G. Concept Misformation in Comparative Politics // American Political Science Review. 1970. Vol. 64. P. 1033.*

¹⁵ О том, как изменение понятий сказывается на исторических изменениях, см.: *Richter M. Conceptualizing the Contestable: "Begriffsgeschichte" and Political Concepts // Die Interdisziplinarität der Begriffsgeschichte / Ed. by G. Scholz. Hamburg, 2000. S. 141.*

ствий, к которым должны приводить правовые нормы, не обуславливает этот выбор. Конечно, последствия важны для закона, но они не являются единственным его свойством.

Аналогичная ситуация возникает тогда, когда надо решить, как определить правовые понятия. Если бы это решение было лишено нормативных оснований, то третье утверждение о нейтральном содержании было бы верным. Но этот вывод не следует ни из второго утверждения о нейтральном выборе, ни из демонстрации его ложности. Поскольку можно сказать, что понятия, выбранные в соответствии с нормативными принципами, должны определяться без ссылки на какое-либо нормативное основание. В этом случае их определение будет зависеть лишь от дескриптивных суждений. Значит, второе утверждение будет неверным, в то время как третье — верным. Это положение дел хотя и логически возможно, но маловероятно. Оба утверждения тесно связаны. Вместо того чтобы использовать новое понятие, закон может дать новое определение уже имеющемуся понятию. В обоих случаях решающее значение будет иметь то, способны ли понятия задать условия, при которых должны наступить требуемые юридические последствия. Таким образом, решить, какое определение следует дать понятию, похоже на то, как подобрать подходящее определение. Если второе утверждение неверно, тогда вряд ли верным можно считать третье. Так, например, если по нормативным основаниям вместо понятия «имущество» требуется использовать более узкое понятие «недвижимое имущество», то по этим же основаниям исключается, чтобы «недвижимое имущество» определялось столь же широким образом, как и «имущество».

Напротив, если бы нормативные основания не могли влиять на определение правовых понятий, то не имело бы никакого значения, было ли определение кратким и лаконичными или длинным и подробным. То, что предпочтение отдается кратким и лаконичным определениям, само по себе является нормативным. Если не принимать во внимание это соображение, то можно было бы использовать вообще любое определение. Но это противоречит тому, что именно такие определения больше всего подходят для достижения целей закона. Точно так же, легче воспользоваться понятиями, составляющими последовательные и непротиворечивые концептуальные схемы, чем классификациями, созданными для частных случаев и частично дублирующими друг друга¹⁶. Значит, есть нормативные основания, которые влияют на то, как

¹⁶ Сравни с *Stavropoulos N. Objectivity in Law*. Oxford, 1996. P. 197.

правовые понятия должны определяться. Потому что на разработку определений правовых понятий было затрачено так много сил.

Наконец, как и в случае с выбором правовых понятий, могут возникнуть нормативные основания, согласно которым не следует использовать отдельные определения из-за их неочевидной ценности или идеологического содержания¹⁷. В большинстве случаев такие определения являются непригодными, поскольку у норм, которые их используют, не будет необходимых условий применения, а значит, не будет и необходимых последствий. Например, применение дискриминационного понятия может привести к весьма ограниченным результатам, поскольку оно не способно охватить все случаи, когда такие последствия должны наступить. Например, определение гражданина как человека старше 40 лет подорвало бы процедуры демократических выборов, которые должны быть свободны от возрастной дискриминации. Но даже если определение понятия успешно приводит к необходимым последствиям, вполне можно допустить, что есть нормативные основания его не использовать. Такие основания могут быть направлены против подразумеваемых ценностей этих понятий и их идеологического содержания. Ведь понятие может предполагать описание, отличное от общего восприятия или морали.

В качестве примера можно привести определение понятия «вещи» (материальные объекты) в немецком гражданском праве (*Sachen*). Более 90 лет гражданский кодекс Германии (BGB) считал животных вещами. Животные были включены в неявное определение вещи, и к ним непосредственно применялись нормы вещного права. В 1990 г. законодатели изменили это определение и постановили, что «Животные — это не вещи»¹⁸. Но эта корректировка не предполагала изменения условий, при наличии которых наступают юридические последствия, и, как и прежде, одни и те же нормы продолжили применяться как к животным, так и к вещам. Право собственности на животное передается так же, как и право собственности на движимое имущество. Законодатели просто хотели обойти стороной тот момент, что животное — это не что иное, как материальный объект. Сейчас не важно, является ли правильным этот акт символического законотворчества. Важно лишь то, что есть определенное норматив-

¹⁷ О коннотациях слов см.: Löbner S. Semantik. Berlin, 2003. S. 48.

¹⁸ См.: § 90a Гражданского кодекса Германии, а также Mühle G. Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht // Neue Juristische Wochenschrift. 1990. S. 2238–2239.

ное основание против конкретного определения, а именно против восприятия животных в качестве вещей, и что это основание не является результатом действия правовых норм, использующих это понятие. Что лишний раз подтверждает ложность третьего утверждения.

Правильность третьего утверждения зависит в конечном счете от того, как устанавливается содержание правовых понятий, т.е. как они определяются. Законодатель, как правило, может воспользоваться лексическими, стипулятивными¹⁹ или реальными определениями²⁰. При помощи лексического определения он обращается к сложившейся в определенном лингвистическом сообществе практике словоупотребления²¹. Или же он может определить понятие при помощи сформулированного им самим стипулятивного определения²². И тогда не будет необходимости обращаться к конвенциям или к природным и социальным фактам²³. Такое определение не будет неправильным. Наконец, в случае реального определения решающим становится естественный признак, который не зависит от чьего-либо мнения или установленных конвенций²⁴. Этот признак задает границы как объема, так и содержания понятия. Например, если понятие «тигр» задается неким набором ДНК, то каждое животное, имеющее такую же ДНК, будет тигром. Даже животное, которое ранее считалось кошкой, может оказаться тигром. И неважно, что люди просто привыкли по-разному выделять этот класс животных²⁵. Все, что имеет значение, так это реальные признаки.

¹⁹ Ввиду того, что в русскоязычной литературе данный вид определений не получил достаточного развития, далее будет использоваться калька с английского языка. — *Прим. пер.*

²⁰ Другие же предлагают различать реальные и номинальные определения. См.: *Hempel C.G. Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science*. Chicago, 1952. P. 2, где говорится, что условные, а также лексические определения включаются в класс номинальных определений. Подробнее о видах определений см.: *Sager J. Practical Course in Terminology Processing*. Amsterdam, Philadelphia, 1990. P. 42.

²¹ См.: *Hanna P., Harrison B. Word World*. Cambridge, 2004. P. 58, 213; *Robinson R. Definition*. Oxford, 1950. P. 35.

²² См.: *Robinson R. Definition*. Oxford, 1950. P. 59.

²³ См.: *Searle J. The Construction of Social Reality*. New York, 1995. P. 31, 59.

²⁴ См.: *Robinson R. Definition*. Oxford, 1950. P. 149; *Hempel C.G. Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science*. Chicago, 1952. P. 6; *Pawlowski T. Concept Formation in the Humanities and Social Sciences*. Dordrecht, 1980. P. 48.

²⁵ В качестве критики см.: *Patterson D. Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts // Oxford Journal of Legal Studies*. 2006. Vol. 26. P. 552, где утверждается, что значение понятия не может быть функцией незримых сущностей.

Можно ли определить правовые понятия схожим образом? Существуют ли реальные определения правовых и политических понятий? Согласно Дворкину, у таких понятий и естественных видов есть, как минимум, «поучительное сходство»²⁶. Основные политические и правовые понятия, вроде равенства, определяются средствами политической философии²⁷. Они похожи на естественные виды тем, что ни их существование, ни их природа не зависят от чьих-либо убеждений или решений. И те, и другие обладают глубинной структурой, которая объясняет их «конкретные проявления»²⁸. Но если бы это было верно в отношении правовых понятий, то объективный признак задавал бы их содержание. Определение таких понятий было бы дескриптивным, поскольку содержание понятия уже зафиксировано «глубинной структурой», как ее называет Дворкин, так же как понятие тигра зафиксировано при помощи его ДНК. Поэтому ученый, изучающий природу тигра, по мнению Дворкина, практически не отличается от политического философа, пытающегося раскрыть природу свободы²⁹.

Однако точка зрения Дворкина не исключает того, что нормативные основания имеют решающее значение для определения правовых понятий. По его мнению, «на примере модели научного исследования естественных видов нельзя показать, что политические понятия должны быть дескриптивными»³⁰. Они являются интерпретативными и по-

²⁶ См.: *Dworkin R. Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy* // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2004. Vol. 24. P. 12. В качестве критики см.: *Patterson D. Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts*. P. 546.

²⁷ По мнению Дворкина, нет особой разницы между основными правовыми и политическими понятиями, поскольку для него юриспруденция — это «занятие настоящей политической этикой». См.: *Dworkin R. Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*. P. 31.

²⁸ См.: *Dworkin R. Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*. P. 12. Другую точку зрения на то, что правовые понятия являются реальными видами, см.: *Brink D. Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review* // *Philosophy and Public Affairs*. 1988. Vol. 17. P. 105. См. также: *Stavropoulos N. Objectivity in Law*. P. 46, 89, где вместо «глубинной структуры» используется термин «семантическая глубина». В качестве критики см.: *Bix B. Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy* // *Ratio Juris*. 2003. Vol. 18. P. 281, где утверждается, что такие теории игнорируют власть закона. См. также: *Patterson D. Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts*. P. 545.

²⁹ См.: *Dworkin R. Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*. P. 13.

³⁰ *Ibid.* P. 11. Он даже критикует позитивистское утверждение, что у права есть сущностная структура. См.: *Dworkin R. Justice of Robes*. P. 215; *Dworkin R. Hart and the Concept of Law* // *Harvard Law Review Forum*. 2006. Vol. 119. P. 98, где говорится, что в правовые системы включаются социальные виды.

этому, по крайней мере отчасти, зависят от интерпретатора или интерпретирующего сообщества³¹. Следовательно, его теория вряд ли может исключить, что нормативные основания задают содержание правовых понятий. Ибо решение о том, какая интерпретация основных правовых и политических понятий является правильной, может быть принято только на нормативном основании, которое показывает, какие практики сообщество признает наилучшими.

Более того, даже если правовые понятия обладают «объективной структурой», как утверждает Дворкин, нормативные основания все равно могут влиять на формирование их содержания, потому что сама эта структура может состоять из нормативных оснований или, как полагает Дворкин³², из ценностей, которые к этим основаниям приводят. Но ни основания, ни их реальная эмпирическая ценность не изменяют при описании своего нормативного статуса. Если, например, равенство требует, как считает Дворкин³³, чтобы к каждому относились с одинаковым уважением, то «глубинная структура» равенства должна, следовательно, подтверждать основания, одобряющие это требование. В противном случае требование одинакового уважения не будет гарантировано. Даже если утверждение Дворкина относительно объективной глубинной структуры основных правовых и политических понятий верно, нормативные основания все равно могут задавать их содержание. Таким образом, его утверждение не противоречит тому, что нормативные основания задают содержание правовых понятий, хотя и противоречит тому, что они зависят исключительно от интерпретации³⁴.

Помимо этого, нормативные основания могут влиять и на способ определения правовых понятий. Процедурные условия могут потребовать, чтобы определение было открытым для обсуждения и изменения. Эти условия являются нормативными по своему характеру, поскольку требуют, чтобы участники юридического дискурса вели себя определенным образом. Поэтому четвертое утверждение кажется неверным независимо от верности третьего утверждения. Третье являет-

³¹ См.: *Dworkin R. Justice of Robes. P. 225–227. См. также: Dworkin R. Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy. P. 25; Dworkin R. Law's Empire. Cambridge, 1986. P. 45.*

³² См.: *Dworkin R. Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy. P. 13.*

³³ См.: *Dworkin R. Taking Rights Seriously. London, 1977. P. 272.*

³⁴ См.: *Patterson D. Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts. P. 556, где утверждается, что в теории Дворкина интерпретативный аспект «соответствия» (согласно его первоначальному использованию) утрачивает свое значение.*

ся онтологическим утверждением и касается природы правовых понятий, в то время как четвертое касается методологии их определения. Это различие можно легко упустить из виду, поскольку слово «определение» может означать как суть, так и процесс определения³⁵. Но даже если содержание понятий установлено объективно, нормативные основания все еще могут влиять на процедуру их определения. Это очень важно по причине отсутствия общепринятой методологии исследования и определения правовых понятий³⁶. И особенно там, где нормативные принципы управляют этим процессом³⁷. Например, они могут потребовать, чтобы ни одно определение не формулировалось без учета традиций, исследований основополагающих принципов и их вероятных эмпирических последствий или чтобы сформулированные определения регулярно обновлялись³⁸. Эти требования не предписывают и не исключают какого-либо содержания, но детерминируют сам процесс. И они имеют нормативный характер. Поэтому четвертое утверждение, как и второе и третье, является неверным.

3. Ограничения влияния нормативных оснований

Значение нормативных оснований для формирования правовых понятий может быть связано с моральными и политическими обстоятельствами. Поскольку сам процесс формирования является нормативным, то при первом приближении трудно понять, почему эти обстоятельства следует *a priori* отбросить. А ведь они тоже нормативны. Но чем подкрепляется утверждение, что правовые понятия должны определяться беспристрастно или нейтрально?

Чтобы ответить на этот вопрос, важно понимать, что опровержение второго, третьего и четвертого утверждений не доказывает ни того, что нормативные основания всегда управляют формировани-

³⁵ См.: Alexy R. Begriff und Geltung des Rechts. Freiburg, 1994. P. 40; Füßer K. Farewell to "Legal Positivism": The Separation Thesis Unravelling. P. 133.

³⁶ См.: Patterson D. Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts. P. 553.

³⁷ Эти принципы могут, но не должны согласовываться с инференциалистским подходом к понятию. См.: Canale D., Tuzet G. On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic Content in Legal Interpretation // Ratio Juris. 2007. Vol. 20. P. 32, 40; Lindahl L. Deduction and Justification in the Law. The Role of Legal Terms and Concepts. P. 193. В качестве критики см.: Fodor J. Concepts; A Potboiler // Philosophical Issues. 1995. Vol. 6. P. 10, 22.

³⁸ См.: Arntz R., Picht H., Mayer F. Einführung in die Terminologiearbeit, 4th edition. Hildesheim, 2002. S. 69.

ем понятий³⁹, ни того, что все нормативные основания могут влиять на это формирование. Напротив, формирование правовых понятий может быть ограничено. Под ограничениями я понимаю всевозможные факторы, в силу которых нормативные основания либо не имеют решающего значения в формировании правовых понятий, либо играют лишь незначительную роль. Эти факторы не могут полностью ограничить влияние нормативных оснований. Достаточно лишь того, что они создают им помехи. Среди множества ограничений следует выделить четыре группы: лингвистические, операциональные, функциональные и ограничения полезности.

3.1. Лингвистические ограничения

Правовые понятия должны выражаться в словах, потому что в противном случае они не играли бы в праве никакой роли или, возможно, даже не существовали бы⁴⁰. И хотя это очевидная мысль, она имеет важные следствия для правовых понятий. Ввиду того, что понятия надо формулировать в словах, ограничения, накладываемые на формирование слов, могут, в свою очередь, влиять и на формирование понятий. Это следует вкратце рассмотреть.

Чтобы слова были понятными, должны соблюдаться фонологические, семантические и синтаксические правила естественного языка. Например, они не могут состоять из новых морфем, не приводя при этом к путанице⁴¹. В противном случае люди просто не смогли бы их прочесть или понять. Точно так же слова не должны нарушать установленные синтаксические, семантические и прагматические правила естественного языка. Следовательно, количество слов, в которых могут быть выражены правовые понятия, ограничено⁴². Значит, надо либо выражать разные понятия с помощью одних и тех же слов, и тог-

³⁹ См.: *Brouwer B., Hage J.* Basic Concepts of European Private Law. P. 3.

⁴⁰ По крайней мере Д. Дэвидсон утверждает, что «только существо, способное интерпретировать речь, может иметь понятие мышления» (*Davidson D.* Inquiries into Truth and Interpretation. Oxford, 2001. P. 170). По мнению М. Даммита, понимание слова является прототипическим или даже необходимым случаем схватывания понятия. См.: *Dummett M.* The Seas of Language. Oxford, 1993. P. 97.

⁴¹ Сравни с требованиями, предъявляемыми к образованию терминологии: *Stambuk A.* The Norm and the Language of Science // TKE '99 Terminology and Knowledge Engineering / Ed. by P. Sandrini. Vienna, 1999. P. 105.

⁴² Конечно, это справедливо в отношении образования слов в целом. См.: *Ackema P., Neeleman A.* Beyond Morphology. Oxford, 2002. P. 2, 48, где утверждается, что помимо морфологических ограничений есть еще и синтаксические и фонологические.

да слова будут многозначными (или полисемичными⁴³), либо ограничить количество используемых понятий.

Даже если возможно ввести новое слово для нового понятия, его применение может оказаться затруднительным. Новые слова, как правило, длиннее существующих. Они вынуждены опираться на сложные комбинации существующих морфем, а это существенно затрудняет их понимание и запоминание⁴⁴. Судьям и другим юристам потребовалось бы больше времени и усилий для их использования, ибо они не могут обратиться к прошлому опыту или к их единообразному пониманию. Вместо этого им надо разбираться со значением новой терминологии. Непонимание — это лишь один из результатов.

Схожие трудности возникают и с новыми комбинациями уже существующих слов. Из-за семантических и синтаксических правил их возможности ограничены. Если, например, соединить два существующих слова так, чтобы образовалось новое, то одно из них, как правило, будет уточнять другое. «Деликтное требование» будет означать требование, возникающее из деликта. Теоретически закон может определить это слово по-другому, например как требование, возникающее без деликта. Но такое неправильное использование приведет к всеобщей неразберихе, а потому не будет способствовать достижению целей закона⁴⁵. Следовательно, терминологические ограничения так же ограничивают выбор правовых понятий. Поскольку, если нельзя подобрать подходящее слово для выражения конкретного понятия, тогда понятие не найдет общего понимания и в итоге не сможет использоваться.

Такое ограничение может выступать одним из условий, почему новые понятия так редко встречаются в праве. Количество существующих слов ограничено, а создание новых затруднительно. Даже если используются новые слова, трудно предсказать, будут ли они понятны и правильно истолкованы юридическим сообществом. Поэтому для расширения значения существующих слов их проще изменить, нежели, разрабатывать новые⁴⁶. Неудивительно, что среди огромного коли-

⁴³ См.: Löbner S. Semantik. P. 60.

⁴⁴ См.: Gerring J. What Makes a Concept Good? A Criterial Framework for Understanding Concept Formation in the Social Sciences. Published under www.highbeam.com (дата обращения: 25.07.2007).

⁴⁵ Об объединении понятий см.: Murphy G. The Big Book of Concepts. Cambridge, 2004. P. 465.

⁴⁶ См.: Murphy G. The Big Book of Concepts. Cambridge, 2004. P. 406; растяжение понятий также встречается и в социальных науках. См.: Gerring J. What Makes a Concept Good?; Sartori G. Concept Misformation in Comparative Politics. P. 1033.

чества правовых понятий есть совсем немного тех, которые не имеют аналогов в естественном языке⁴⁷. Это говорит о том, что лингвистические ограничения могут влиять на выбор понятий⁴⁸ и в то же время препятствовать влиянию нормативных оснований. Поскольку если бы обычный язык был бы богаче и содержал бы больше вербальных возможностей для выражения и передачи мыслей, то разнообразие правовых понятий возросло бы соответственно.

3.2. Операциональные ограничения

Влияние нормативных оснований может быть ограничено и проблемами, возникающими при применении правовых понятий. Как мы видели⁴⁹, нет таких оснований, по которым понятия не должны содержать четкой оценки фактов, к которым они отсылают. Однако применять такие понятия не так просто. Нормативная оценка объектов, действий и ситуаций обычно зависит от множества факторов, таких как намерение актора, его ранее принятые обязательства, последствия его действий и т.д., поэтому использование понятия, основанного на нормативной оценке, становится весьма проблематичным. Например, если бы понятие собственности зависело бы от человека, который больше всех заслуживает определенный объект, то было бы крайне сложно и проблематично объяснить, кто является его законным владельцем. Следовало бы сначала установить интересы всех сторон, а затем решать, кому этот объект принадлежит.

Более того, когда используются понятия с определенной оценкой, часто приходится использовать одно понятие для фактов, а другое для формулировки права, поскольку применение таких понятий часто зависит от текущий, а не от фактически сложившейся ситуации. В этом случае понятия могли бы утратить свою способность описывать факты, к которым право должно применяться. Например, если бы законодатель определил государство в качестве суверенной организации, соблюдающей все права человека, тогда для обозначения существующих государств ему пришлось бы использовать другое понятие. Поскольку все когда-либо существовавшие государства так или иначе

⁴⁷ См.: *Lindahl L.* Deduction and Justification in the Law. P. 195. См. также: *Gerring J., Barresi P.* Putting Ordinary Language to Work // *Journal of Theoretical Politics*. 2003. Vol. 15. P. 222: «Почти все термины социальных наук заимствованы из естественного языка»; *Löbner S.* Semantik. P. 60.

⁴⁸ См.: «*Vice versa*, формирование слов и терминов может быть ограничено систематизацией понятий» (*Sager J.* Practical Course in Terminology Processing. P. 14).

⁴⁹ См. разд. 2.

нарушали права человека. Следовательно, применять понятия на основании нормативной оценки достаточно сложно и проблематично. Проще иметь дело с понятиями, которые не подпадают под нормативную оценку, хотя с точки зрения логики это не обязательно.

Схожим образом объясняется использование уже существующих понятий независимо от возможных нормативных оснований для введения новых понятий. Люди, привыкшие к старым понятиям, сталкиваются с большими трудностями при использовании новых или измененных понятий, а это часто приводит к ошибкам в их применении. Если, например, в законе сказано, что автомобиль — это средство передвижения на двух или более колесах, то судья с высокой степенью вероятности не станет применять это понятие к велосипедам. И если вдруг велосипеды и стали бы подпадать под новое определение автомобиля, все же принято считать, что они автомобилями не являются. Так или иначе, интерпретация понятия становится более сложной тогда, когда нужно либо привыкать к новому понятию, либо перепроверять его определение в процессе применения.

И наоборот, существующие понятия более понятны, чем вновь вводимые. Благодаря сложившейся практике они не нуждаются в явных определениях. А потому их легче приспособить к непредвиденным обстоятельствам. Судья при возникновении таких обстоятельств может установить, что понятие стало уже или шире по сравнению с его изначальным состоянием, и найти аналогии с его предыдущим применением. Но если бы судье пришлось бы применить только что определенное понятие, ему следовало бы придерживаться этого нового определения. Если это понятие не предполагает исключений, его вряд ли можно приспособить к непредвиденным ситуациям. Поэтому законодателю приходится часто воздерживаться от определения новых понятий, а использовать существующие понятия, которые можно изменить в процессе правоприменения. В этом смысле показательным является утверждение, что количество законодательных определений в разных правовых системах относительно невелико⁵⁰. Формирование исчерпывающего определения по этой причине — это весьма трудоемкий и порой контрпродуктивный процесс.

Кроме того, введение новых понятий и переопределение существующих может создать помехи для устоявшейся классификации и тем самым привести к путанице. Нормативные соображения, влияющие на определение правовых понятий, не обязательно совпадают

⁵⁰ См.: *Sarcevic S. New Approach to Legal Translation*. P. 240.

с онтологическими критериями, с помощью которых разрабатываются существующие классификации. Это связано с тем, что нормативные основания не должны быть частью онтологических и эпистемологических оснований, задающих классификации понятий⁵¹. Например, основание, согласно которому все моторизованные средства передвижения называются автомобилями, необходимо не связано с вопросом, на каких автомобилях разрешается ездить по автомобильным дорогам. Средствам, передвигающимся со скоростью менее 50 миль в час, может быть запрещен выезд на автомобильную дорогу, но они по-прежнему будут считаться автомобилями, поскольку у них есть двигатель и четыре колеса — столь необходимые признаки автомобиля. Интуиция подсказывает, что для обозначения схожих явлений следовало бы использовать одно и то же понятие, даже если в законе их формулировки отличаются.

Выбор правовых понятий, таким образом, ограничен двумя крайностями. Одна состоит в том, что если законодатель использует существующие понятия, то он должен принять двусмысленность их значения, а также и то, что он не может определить их в соответствии со своей нормативной программой. Другая же крайность в том, что если законодатель вводит новые понятия или изменяет существующие, то он должен пройти сложный и опасный путь их формулирования и переопределения. Чем сильнее отклоняется содержание и объем правовых понятий от понятий естественного языка, тем сложнее становится их применение. Поэтому следует учитывать как достоинства, так и недостатки новых и старых понятий. Компромисс здесь неизбежен. Таким образом, нормативные основания достижения определенных политических и моральных целей не обладают неограниченным влиянием на определение правовых понятий⁵².

3.3. Функциональные ограничения

Функции закона, помимо операциональных ограничений, тоже могут ограничивать влияние нормативных оснований на правовые понятия. На первый взгляд это звучит парадоксально. Как эти функции могут мешать нормативным основаниям, если сами по себе они нормативны? Ответ находится в одной из важнейших функций зако-

⁵¹ См.: *Füßer K.* Farewell to “Legal Positivism”: The Separation Thesis Unravelling. P. 140.

⁵² О компромиссах в формировании понятий см.: *Gerring J.* What Makes a Concept Good?

на, а именно в разрешении политических, экономических и социальных конфликтов⁵³. Поэтому для каждой из этих целей должны быть разработаны особые правовые понятия. Но не все понятия для этого приспособлены. Они должны удовлетворять определенным требованиям.

Прежде всего их использование в коммуникации не должно вызывать затруднений. Недостаточно, чтобы лишь несколько юристов могли их понять и применить, потому что такие правовые нормы, как конституция или гражданский кодекс, регулируют поведение каждого гражданина. Нельзя допустить, чтобы только меньшинство могло понимать правовые понятия и нормы, в которых они содержатся. Поскольку тогда только это меньшинство смогло бы их применять и приводить в соответствие с ними свое поведение. Но если верховенство права состоит в регулировании поведения, правовые понятия должны формулироваться понятным для всех заинтересованных лиц образом⁵⁴. В этом отношении правовые понятия существенно отличаются от научных понятий. Последние помогают «систематизировать данные нашего опыта»⁵⁵. Если этот опыт нельзя описать при помощи других средств, они могут приобрести «эзотерический» характер⁵⁶. Напротив, правовые понятия в основном не выполняют описательную и таксономическую функции. Они, являясь частью норм, должны регулировать поведение и разрешать упомянутые конфликты. Если они приобретут «эзотерический характер», они потеряют эту способность, даже если они наилучшим образом учитывают нормативные соображения, имеющие для закона решающее значение.

Кроме того, чем легче использование правовых понятий, тем больше возможностей для изменения закона. Демократические преобразования более вероятны тогда, когда общество понимает закон и его понятия. В противном случае было бы непонятно, что в законе надо изменить. Если правовые понятия становятся все более техническими, то под угрозой оказывается сам демократический характер закона. Даже если кто-то вдруг пожелает сформулировать правовые поня-

⁵³ См.: *Waldron J. Law and Disagreement*. Oxford, 1998. P. 147; *Besson S. The Morality of Conflict*. Oxford, 2005. P. 205.

⁵⁴ См.: *Bix B. Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy*. P. 290, где утверждается, что значение принципа верховенства права может идти вразрез с намерением законодателя.

⁵⁵ *Hempel C.G. Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science*. P. 21.

⁵⁶ *Ibid.*, где отмечается, что даже эзотерические понятия должны быть связаны с эмпирическими терминами повседневного языка.

тия в соответствии со своими идеологическими воззрениями, то надо, по крайней мере, убедиться в легкости их использования.

Коммуникабельность правовых понятий сказывается не только на их выборе, но и на их определении. У разных людей должна быть одинаковая возможность их применять. Поэтому юридические определения не должны быть чрезмерно сложными. Их основная задача не описать положение дел, но урегулировать поведение людей. Например, юридическое определение искусства, конечно, не предназначено для описания того, что такое искусство. Следовательно, закон не должен ссылаться на философские теории искусства, чтобы установить, что следует считать искусством. Его задача — установить, какие действия надо защитить. А значит, ясное и интуитивно правдоподобное описание искусства, на которое каждый может ориентироваться, лучше, чем сложное определение, основанное на эстетических принципах.

Наконец, правовые понятия должны иметь по возможности политически беспристрастный характер⁵⁷. Поскольку, если нормы, их использующие, предназначены для разрешения конфликтов, они не должны друг другу противопоставляться. Концептуальные схемы должны быть по возможности непротиворечивыми при условии, что они продолжают соответствовать правовым нормам и их последствиям. Чем сильнее понятия политизированы, тем выше риск, что они отвернут от себя меньшинство, и когда меньшинство в результате социальных, экономических или политических преобразований станет большинством, они необходимо изменятся. Напротив, чем слабее они связаны с конкретной политической программой или идеологией, тем более гибким становится их использование в различных контекстах и тем выше их способность привести политические и этические дискуссии в русло закона. Так, даже если определенное политизированное понятие и подкрепляется политическими основаниями, то возможно было бы лучше использовать понятие более нейтральное.

3.4. Ограничения полезности

Наконец, следует рассмотреть полезность понятий, находящихся под влиянием определенной политической программы или идеологии. Такой пользы не так уж и много, как это может показаться. Вроде бы она обеспечивает соответствие понятий нормативным целям. Но достичь этих целей можно чаще всего при помощи уже имеющихся по-

⁵⁷ Сравни с *Raz J. On the Nature of Rights // Mind. 1984. Vol. 93. P. 194.*

нений⁵⁸. Вряд ли есть такие условия и юридические последствия, которые нельзя описать с помощью существующих понятий.

Более того, понятия, сформированные в соответствии с нормативными принципами, сами по себе не гарантируют, что эти принципы будут соблюдаться. Поскольку, как было показано на примере опровержения первого утверждения⁵⁹, сами по себе понятия не приводят к определенным результатам. С помощью таких операторов, как «нет», «кроме», а также в сочетании с другими понятиями их всегда можно отвергнуть или изменить⁶⁰. Ни одно определение с нормативным влиянием не может избавить понятие от несвойственных ему признаков. Это особенно важно, когда решение основано на принципе сбалансированности. Ибо тогда вряд ли определение используемых понятий может установить вес различных факторов, который надо учитывать. Таким образом, польза от влияния нормативного основания на определение правовых понятий ограничена. По сравнению с соответствующими усилиями и рисками она может оказаться крайне незначительной. Но это не говорит о том, что эту пользу не надо учитывать, напротив, она позволяет объяснить, почему влияние, которое оказывают на выбор и определение правовых понятий политические и идеологические соображения, так на первый взгляд незначительно.

4. Заключение

Нормативные основания могут оказывать существенное влияние как на выбор, так и на определение правовых понятий, несмотря на то что эти понятия, взятые отдельно, не приводят к каким-либо юридическим последствиям. Во-первых, они могут влиять на выбор этих понятий. Этот выбор должен производиться между старыми и новыми понятиями, между теми, которые обладают определенной оценкой, и теми, которые обладают неопределенной оценкой, и между понятиями с разными идеологическими установками. Во-вторых, нормативные основания могут влиять на содержание правовых понятий. И наконец, нормативные основания могут влиять на сам процесс выбора и определения правовых понятий.

⁵⁸ См.: «Неологизм есть результат неспособности адекватно рассмотреть существующую область терминов и определений» (*Gerring J., Barresi P. Putting Ordinary Language to Work. P. 219*).

⁵⁹ См. разд. 2.

⁶⁰ См.: *Sandrini P. Terminology and Knowledge Engineering. P. 131; Löbner S. Semantik. P. 102.*

Несмотря на все это, влияние нормативных оснований некоторым образом ограничено. Правовые понятия должны быть выражены в словах, образованных в соответствии с лингвистическими правилами естественного языка. Следовательно, ограничения формирования слов могут повлиять на формирование самих понятий. Более того, чем сильнее применение понятий зависит от нормативных оценок, тем более затруднительным оно становится. Так происходит потому, что эти оценки основаны на множестве факторов, которые трудно распознать и сопоставить. Наконец, ограничена сама польза новых и переопределенных понятий. Таким образом, при установлении преимуществ нового определения в силу неких нормативных соображений надо учитывать риск непонимания определяемых понятий и более высокие затраты на их применение.

Эти ограничения не могут помешать нормативным основаниям формировать правовые понятия. Нет даже гарантии, что в законе будут использоваться понятия, с которыми все будут согласны. Но эти ограничения создают серьезные препятствия тем, кто хочет выбрать правовые понятия и дать им определение в соответствии с своими политическими и идеологическими взглядами. Это объясняет, почему развитие закона привело к многочисленным понятиям с неопределенной оценкой, таким как собственность, владение или договор, и почему эти понятия использовались различными политическими режимами. Каждая осознанная попытка дать им новое определение должна учитывать потенциальные риски. Это основание тоже имеет нормативный статус. Следовательно, сами нормативные основания могут ограничивать влияние, которое они оказывают на формирование правовых понятий.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Ackema P., Neeleman A. Beyond Morphology: Interface Conditions on Word Formation. Oxford: Oxford University Press, 2002.

Alexy R. Begriff und Geltung des Rechts. Freiburg: Karl Alber Verlag, 1994.

Alexy R. Theorie der juristischen Argumentation. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.

Aristotle. Nicomachische Ethik / Ed. by G. Bien. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1985.

Aristotle. Politik / Ed. by G. Bien. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1990.

Arntz R., Picht H., Mayer F. Einführung in die Terminologearbeit, 4th edition. Hildesheim: Georg Olms Verlag, 2002.

Besson S. The Morality of Conflict. Oxford: Hart Publishing, 2005.

Bix B. Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy? // Ratio Juris. 2003. Vol. 16(3). P. 281–295.

- Brandom R.* Making It Explicit. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1994.
- Brink D.* Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review // Philosophy and Public Affairs. 1988. Vol. 17. P. 105–148.
- Brouwer B., Hage J.* Basic Concepts of European Private Law // European Review of Private Law. 2007. Vol. 15. P. 3–26.
- Canale D., Tuzet G.* On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic Content in Legal Interpretation // Ratio Juris. 2007. Vol. 20(1). P. 32–44.
- Dancy J.* Nonnaturalism // Oxford Handbook of Ethical Theory / Ed. by D. Copp. Oxford: Oxford University Press, 2005. P. 122–145.
- Davidson D.* Inquiries into Truth and Interpretation. Oxford: Clarendon Press, 2001.
- Dummett M.* The Seas of Language. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- Dworkin R.* Hart and the Concept of Law // Harvard Law Review Forum. 2006. Vol. 119. P. 95–104.
- Dworkin R.* Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy // Oxford Journal of Legal Studies. 2004. Vol. 24. P. 1–37.
- Dworkin R.* Law's Empire. Cambridge, MA: Belknap Press, 1986.
- Dworkin R.* Taking Rights Seriously. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.
- Dworkin R.* Justice of Robes. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.
- Fodor J.* Concepts; A Potboiler // Philosophical Issues. 1995. Vol. 6. P. 1–24.
- Füßler K.* Farewell to "Legal Positivism": The Separation Thesis Unravelling // The Autonomy of Law / Ed. by R. George. Oxford: Oxford University Press, 1996. P. 119–162.
- Gerring J., Barresi P.* Putting Ordinary Language to Work // Journal of Theoretical Politics. 2003. Vol. 15(2). P. 201–232.
- Gerring J.* What Makes a Concept Good? A Criterial Framework for Understanding Concept Formation in the Social Sciences. Published under www.highbeam.com (дата обращения: 25.07.2007).
- Halbig C.* Praktische Gründe und die Realität der Moral. Frankfurt: Klostermann, 2007.
- Hanna P., Harrison B.* Word World: Practices and the Foundation of Language. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- Hart H.L.A.* Law, Liberty, and Morality. Oxford: Oxford University Press, 1968.
- Hempel C.G.* Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science. Chicago: University of Chicago Press, 1952.
- Heringer H.J.* Sprache, Sprachkritik — und Ethik // Autonomie durch Verantwortung / Ed. by J. Berendes. Paderborn: Mentis Verlag, 2007. S. 437–456.
- Horwich P.* Meaning. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Körner S.* On Some Moral and Other Concepts // Philosophy and Phenomenological Research. 1950. Vol. 11(2). P. 178–189.
- Lindahl L.* Deduction and Justification in the Law. The Role of Legal Terms and Concepts // Ratio Juris. 2004. Vol. 17(2). P. 182–202.
- Löbner S.* Semantik. Berlin: de Gruyter, 2003.
- Murphy G.* The Big Book of Concepts. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Orrigi G., Sperber D. Evolution, Communication, and the Proper Function of Language // *Evolution and the Human Mind* / Ed. by P. Carruthers, A. Chamberlain. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. P. 140–169.

Patterson D. Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2006. Vol. 26. P. 545–557.

Pawlowski T. Concept Formation in the Humanities and Social Sciences. Dordrecht: D. Reidel, 1980.

Raz J. Explaining Normativity: On Rationality and the Justification of Reason // *Normativity* / Ed. by J. Dancy. Oxford: Blackwell Publishers, 2000. P. 34–59.

Raz J. On the Nature of Rights // *Mind*. 1984. Vol. 93(370). P. 194–214.

Richter M. Conceptualizing the Contestable: "Begriffsgeschichte" and Political Concepts // *Die Interdisziplinarität der Begriffsgeschichte* / Ed. by G. Scholz. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 2000. P. 135–143.

Robinson R. Definition. Oxford: Oxford University Press, 1950.

Röhl K. Allgemeine Rechtslehre. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2001.

Sager J. Practical Course in Terminology Processing. Amsterdam; Philadelphia: John Benjamins Publishing Company, 1990.

Sarcevic S. New Approach to Legal Translation. London, Boston: Kluwer Law International, 1997.

Sartor G. Legal Reasoning. Dordrecht: Springer, 2005.

Sartori G. Concept Misformation in Comparative Politics // *American Political Science Review*. 1970. Vol. 64(4). P. 1033–1053.

Stavropoulos N. Objectivity in Law. Oxford: Oxford University Press, 1996.

Searle J. The Construction of Social Reality. New York: Free Press, 1995.

Stambuk A. The Norm and the Language of Science // *TKE '99 Terminology and Knowledge Engineering* / Ed. by P. Sandrini. Vienna: TermNet, 1999. P. 102–112.

Waldron J. Law and Disagreement. Oxford: Oxford University Press, 1998.

REFERENCES

Ackema, P. and Neeleman, A. (2002). *Beyond Morphology: Interface Conditions on Word Formation*. Oxford: Oxford University Press.

Alexy, R. (1994). *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg: Karl Alber Verlag.

Alexy, R. (1983). *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Aristotle. (1985). *Nicomachische Ethik*. Hamburg: Felix Meiner Verlag.

Aristotle. (1990). *Politik*. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1990.

Arntz, R., Picht, H. and Mayer, F. (2002). *Einführung in die Terminologearbeit*, 4th edition. Hildesheim: Georg Olms Verlag.

Besson, S. (2005). *The Morality of Conflict*. Oxford: Hart Publishing.

Bix, B. (2003). Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy? *Ratio Juris*, 16(3), pp. 281–295.

- Brandom, R. (1994). *Making It Explicit*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Brink, D. (1988). Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review. *Philosophy and Public Affairs*, 17, pp. 105–148.
- Brouwer, B. and Hage, J. (2007). Basic Concepts of European Private Law. *European Review of Private Law*, 15, pp. 3–26.
- Canale, D. and Tuzet, G. (2007). On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic Content in Legal Interpretation. *Ratio Juris*, 20(1), pp. 32–44.
- Dancy, J. (2005). Nonnaturalism. In: D. Copp, ed. *Oxford Handbook of Ethical Theory*. Oxford: Oxford University Press, pp. 122–145.
- Davidson, D. (2001). *Inquiries into Truth and Interpretation*. Oxford: Clarendon Press.
- Dummett, M. (1993). *The Seas of Language*. Oxford: Oxford University Press.
- Dworkin, R. (2006). Hart and the Concept of Law. *Harvard Law Review Forum*, 119, pp. 95–104.
- Dworkin, R. (2004). Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy. *Oxford Journal of Legal Studies*, 24, pp. 1–37.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge, MA: Belknap Press.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2006). *Justice of Robes*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Fodor, J. (1995). Concepts; A Potboiler. *Philosophical Issues*, 6, pp. 1–24.
- Füßer, K. (1996). Farewell to "Legal Positivism": The Separation Thesis Unravelling. In: R. George, ed. *The Autonomy of Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 119–162.
- Gerring, J. and Barresi, P. (2003). Putting Ordinary Language to Work. *Journal of Theoretical Politics*, 15(2), pp. 201–232.
- Gerring, J. *What Makes a Concept Good? A Criterial Framework for Understanding Concept Formation in the Social Sciences*. Published under www.highbeam.com (Дата обращения 25.07.2007).
- Halbig, C. (2007). *Praktische Gründe und die Realität der Moral*. Frankfurt: Klostermann.
- Hanna, P. and Harrison, B. (2004). *Word World: Practices and the Foundation of Language*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hart, H.L.A. (1968). *Law, Liberty, and Morality*. Oxford: Oxford University Press.
- Hempel, C.G. (1952). *Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science*. Chicago: University of Chicago Press.
- Heringer, H.J. (2007). Sprache, Sprachkritik — und Ethik. In: J. Berendes, ed. *Autonomie durch Verantwortung*. Paderborn: Mentis Verlag, pp. 437–456.
- Horwich, P. (2004). *Meaning*. Oxford: Oxford University Press.
- Körner, S. (1950). On Some Moral and Other Concepts. *Philosophy and Phenomenological Research*, 11(2), pp. 178–189.
- Lindahl, L. (2004). Deduction and Justification in the Law. The Role of Legal Terms and Concepts. *Ratio Juris*, 17(2), pp. 182–202.

- Löbner, S. (2003). *Semantik*. Berlin: de Gruyter.
- Murphy, G. (2004). *The Big Book of Concepts*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Orrigi, G. and Sperber, D. (2000). Evolution, Communication, and the Proper Function of Language. In: P. Carruthers, A. Chamberlain, eds. *Evolution and the Human Mind*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 140–169.
- Patterson, D. (2006). Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts. *Oxford Journal of Legal Studies*, 26, pp. 545–557.
- Pawlowski, T. (1980). *Concept Formation in the Humanities and Social Sciences*. Dordrecht: D. Reidel.
- Raz, J. (2000). Explaining Normativity: On Rationality and the Justification of Reason. In: J. Dancy, ed. *Normativity*. Oxford: Blackwell Publishers, pp. 34–59.
- Raz, J. (1984). On the Nature of Rights. *Mind*, 93(370), pp. 194–214.
- Richter, M. (2000). Conceptualizing the Contestable: "Begriffsgeschichte" and Political Concepts. In: G. Scholz, ed. *Die Interdisziplinarität der Begriffsgeschichte*. Hamburg: Felix Meiner Verlag, pp. 135–143.
- Robinson, R. (1950). *Definition*. Oxford: Oxford University Press.
- Röhl, K. (2001). *Allgemeine Rechtslehre*. Köln: Carl Heymanns Verlag.
- Sager, J. (1990). *Practical Course in Terminology Processing*. Amsterdam, Philadelphia: John Benjamins Publishing Company.
- Sarcevic, S. (1997). *New Approach to Legal Translation*. London, Boston: Kluwer Law International.
- Sartor, G. (2005). *Legal Reasoning*. Dordrecht: Springer.
- Sartori, G. (1970). Concept Misformation in Comparative Politics. *American Political Science Review*, 64(4), pp. 1033–1053.
- Stavropoulos, N. (1996). *Objectivity in Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Searle, J. (1995). *The Construction of Social Reality*. New York: Free Press.
- Stambuk, A. (1999). The Norm and the Language of Science. In: P. Sandrini, ed. *TKE '99 Terminology and Knowledge Engineering*. Vienna: TermNet, pp. 102–112.
- Waldron, J. (1998). *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Лоренц Кэлер — доктор права, профессор юридического факультета Бременского университета (Германия).

AUTHOR'S INFO:

Lorenz Kähler — PhD in Law, Professor, Law School, University of Bremen (Germany).

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:

Кэлер Л. Значение нормативных оснований для формирования правовых понятий // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2020. Т. 15. № 3. С. 62–91. DOI: 10.35427/2073-4522-2020-15-3-kahler

FOR CITATION:

Kähler, L. (2020) The Influence of Normative Reasons on the Formation of Legal Concepts. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN* / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS, 15(3), pp. 62–91. DOI: 10.35427/2073-4522-2020-15-3-kahler