

Глава II

Аргументация в праве

Антонов М.В.
Санкт-Петербург

Формализм и аргументация в российской судебной практике*

Аннотация. Основным тезисом работы является предположение о том, что вынесение и мотивировка судебных решений по делам упомянутой категории может быть объяснено, — помимо других причин, — различием исходных мировоззренческих установок судей, заданных преобладающими в юридическом образовании и дискурсе подходами. Эти установки не предопределяют полностью решения и их обоснования, поскольку здесь немалое значение принадлежит также и личностным особенностям конкретных судей. В рассуждениях российских судей прослеживаются некоторые общие линии, которые позволяют выявить некоторые общие исходные установки, характерные для каждой из юрисдикций и которые показывают различные подходы к пониманию права, его места и механизма действия в обществе, а также к вопросу о приоритете общественного или индивидуального начал в правовом регулировании. Сходство аксиоматических позиций, из которых исходят судьи в их аргументации, можно также объяснить общими мировоззренческими ориентирами, на которых строится юридическое образование в их стране в определенный промежуток времени. Так, задаваемые в России общей теорией права и государства мировоззренческие посылки в советское время, равно как и в настоящее время характеризовались и характеризуется некоторыми общими чертами. Среди таких черт следует назвать рассмотрение государства как верховной и абсолютной власти, понимание права как проявления воли (команды, приказа) государственной власти и объяснение механизма действия

* Рукопись подготовлена в результате исследования № 18–IP–01, поддержанного НИУ ВШЭ – Санкт-Петербург.

права при помощи отсылки к концепции общественного сознания. Это, в свою очередь, приводит к превалированию социального целого над индивидуумом. В данном аспекте, создаваемое государством право (закон) безусловно превалирует как над индивидуальными субъективными правами, истоки которых некоторые мыслители ищут в природе человека или в некоторых этических принципах, так и над теми гарантиями, которые человеческой свободе дает международное право. С точки зрения этой логики, претензии религиозных меньшинств на то, что их внутренние правила и символы имеют право на автономию от публичного вмешательства и оценки с перспективы общего блага не могут не представляться подозрительными для тех, кто привык видеть в праве выражение господствующей воли государства.

Ключевые слова: теория аргументации, судебный процесс, мотивировочная часть решения, доказывание, обоснование, религиозные свободы, права человека, ограничение прав.

Исторически сложилось, что методологические проблемы юридического образования никогда не были в центре внимания российского правоведения — хотя, конечно, нельзя говорить, что этим проблемам вовсе не уделялось внимания. В позитивистской традиции правового мышления XIX в. общее предположение заключалось в том, что после назначения на должность судья получает способность толковать законы и выявлять в этих законах волю законодателя, оглашая эту волю в силу занимаемой должности и, следовательно, авторитетно выражая в своем суждении смысл, сокрытый в словах законов. Задачи других юристов (прокуроров, адвокатов и проч.) мыслились аналогично. С этой механической точки зрения, задача судьи заключалась в подведении фактических ситуаций под выявленную судьей волю законодателя и, таким образом, к решению дела¹. Эта система идей, заимствованная из немецкого правоведения XIX в., представляла собой основу для развития юридической науки в Российской империи². Впоследствии она была унаследована советской и пост-советской юридической наукой³.

Через призму этого упрощенного позитивистского понимания права, воля законодателя считалась регулирующей все существующее

¹ Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. М.: Юрлитинформ, 2012.

² Ср.: Катков В.Д. К анализу основных понятий юриспруденции. Харьков: Печатня С.П. Яковлева, 1903.

³ Все сказанное в настоящей работе по поводу современной российской правовой науки и судопроизводства по большей части применимо также к другим странам бывшего СССР.

ющие и будущие случаи. Это подразумевало, что законодатель при принятии нормативно-правовых актов уже сделал необходимые ценностные предпочтения, взвесил социальную целесообразность законодательных актов и содержащихся в них норм, определил цели и принципы применения права. Регламентация типовых случаев осуществляется, согласно устоявшейся в российском правоведении формалистской терминологии, через урегулирование общественных отношений (типизированных форм отношений между людьми) нормами права, издаваемыми или санкционируемыми (одобряемыми) государственной властью. Государство в силу своего суверенного характера имеет верховное право регулировать все вопросы, относящиеся к области правовой регламентации. Таким образом, каждое общественное отношение прямо или косвенно урегулировано нормами права⁴, а задачей судьи или другого правоприменителя является категоризация конкретного случая под существующую типологию случаев (например, «споры, вытекающие из ...»), подведение типичных случаев под рамки определенного общественного отношения («общественные отношения, возникающие по поводу ...»), нахождение регулирующей это общественное отношение нормы права и применение этой нормы к конкретному случаю. Такая схема субсумации дает возможность сформировать общие рамки правового регулирования, но она описывает далеко не все аспекты правоприменительной деятельности и не объясняет того, как юрист соотносит общее и особое между нормой и фактическим случаем⁵.

В формалистской перспективе применение законов судьями является лишь технической деятельностью, сводимой к буквальной реконструкции суверенной воли законодателя, основанной на закрепленных в нормативно-правовых актах установлениях. Подобный подход предполагает, что судьи и сотрудники правоприменительных органов должны придерживаться буквального смысла законов, избегая дискуссии о социальных целях, ценностях и значении правового регулирования для общества. В этой связи, в российском юридическом образовании до настоящего времени

⁴ Даже если некое отношение напрямую не урегулировано, в силу общеразрешительного принципа можно полагать, что государство разрешило соответствующие действия в силу того, что оно их эксплицитно не запретило. Смысл этого принципа как раз заключается в предположении всеобъемлющего государственного воздействия на все правовые отношения.

⁵ Ср. удачное описание этой «механистической» методологии, ее проблем и перспектив развития: Kuhn Z. *The Judiciary in Central and Eastern Europe: Mechanical Jurisprudence in Transformation?* Leiden; Boston: Brill, 2011.

преобладает понимание права как «системы норм, установленных или санкционированных государством...» — определение, которое со времени Первого совещания по вопросам советского государства и права под председательством А.Я. Вышинского (1938 г.) остается практически неизменным концептуальным ориентиром для многих отечественных правоведов⁶.

В XX в. подобное позитивистское убеждение о праве было разрушено в западной правовой науке, были сформированы новые, более тонкие, подходы, в том числе новая позитивистская традиция (Ганс Кельзен, Герберт Харт и другие⁷). Эти подходы актуализировали необходимость выявления и понимания социальных практик и идеалов, которые могут, при некоторых условиях, дать судьям инструменты для выхода за буквальный смысл правовых норм, чтобы сбалансировать противоречивые толкования и неоднозначность правовых текстов, урегулировать возможные конфликты между частными и общественными интересами, между волеустановленным правом и такими принципами, как разумность и справедливость, согласовать разные ценности и принципы при их возможном конфликте, выбрать наиболее эффективный для восстановления нарушенной правовой коммуникации способ защиты и т.п.⁸ К этому добавился комплекс

⁶ Это определение с некоторыми модификациями можно найти практически в каждом российском учебнике по теории права (и государства), хотя отдельные авторы могут украшать его разными дополнениями. Так, авторитетные представители российского теоретического правоведения дают следующее определение: «Право есть совокупность исходящих от государства общеобязательных, формально определенных норм, выражающих идеи свободы, справедливости, гуманизма, нравственности, прав человека и призванных регулировать поведение людей и их коллективов в целях стабильного функционирования и развития общества» (Матузов Н.Н., Малько А.В. Теория государства и права. М.: Юрист, 2004. С. 70). Очевидно, что в этой и многих схожих дефинициях приписывание отдельным нормам того, что они выражают (или не выражают) некоторые идеи и преследуют (или не преследуют) некоторые ценности, не имеет никакого значения для описания и определения права (лично я не знаю ни одной позитивной нормы права, которая бы отвечала всем этим признакам), а выражают авторские предпочтения касательно тех целей, к достижению которых должно стремиться правовое регулирование. Если очистить дефиницию от субъективных ценностных предпочтений касательно целей и идеалов права, в сухом остатке остаются «исходящие от государства нормы».

⁷ Ср.: Варламова Н.В. Нормативность права: проблемы интерпретации // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2013. № 4. С. 76–116; Касаткин С.Н. Критика дедуктивной модели судебного решения в работах Герберта Харта 1949 и 1958 гг. // Журнал Сибирского федерального университета. Гуманитарные науки. 2017. Т. 10. № 4. С. 467–473.

⁸ Поляков А.В. Современная теория права. Ответ критикам // Поляков А.В. Коммуникативное правопонимание: избр. тр. СПб.: Алеф-Пресс, 2014. С. 394–439.

проблем, связанных с ростом значения международного и транснационального права, правами человека и иными надзаконными стандартами действительности (юридической силы) норм национальных правопорядков, проблемы условной действительности предполагаемо неконституционных законов, возможности отмены (признания недействующими) правовых норм в судах, и так далее⁹.

В этой связи на протяжении XX в. в западной правовой науке были разработаны различные теории, бросающие вызов формалистическим интерпретациям в той степени, в которой они претендуют на получение статуса объективной правовой истины. Развитые сегодня в западной юриспруденции риторические и герменевтические теории толкования права основаны на утверждении о том, что результаты интерпретации всегда зависимы от пределов толкования, менталитета и образования толкующего¹⁰. Будучи далекими от оправдания судебного нормотворчества и тем более произвола (*gouvernement des juges*), эти подходы помогают выявить неочевидные прагматические, когнитивные или ценностные виды выбора, сделанные судьями и другими толкователями, иногда даже на подсознательном уровне.

Такое развитие событий лишь незначительно повлияло на российскую систему судопроизводства. Эта система была и до сих пор в значительной степени остается основанной на заповедях «первого позитивизма» (в стиле идей английского правоведа XIX в. Джона Остина, которые опираются на этатистское понимание права), рассматривавшего судью лишь в качестве глашатая суверенной воли государства («судья — это уста, произносящие слова закона», как однажды сказал Монтескье). Эта формалистская логика приводит к выводу, что профессиональная подготовка судей сводится к выполнению двух задач: получение знаний о законодательных актах и изучение того, в чем именно заключалась политическая воля и идеология, стоящие за этими актами. Такой набор знаний позволяет судей освоить навыки работы с текстами и в то же самое время понять, когда нужно отойти от буквального смысла текстов ради наиболее полной реализации воли государства (точнее, воли носителей государственной власти высшего уровня, а возможно и более низких уровней).

⁹ Твайнинг У. Общая теория права // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 232–279.

¹⁰ Ковкель Н.Ф. Семиотические стратегии, методы и модели правовой интерпретации // Е.Н. Тонков, И.Л. Честнов (ред.) Парадигмы юридической герменевтики. СПб: Алетейя, 2017. С. 103–132.

В отличие от формалистского правового мышления, механизм обоснования, который лежит в основе юридической аргументации, допускает неоднозначность слов и различие ценностей, оставляя место для дискуссий и содействуя мирному урегулированию конфликтов в обществе через отсылку к общей рамке смыслов и ценностей, что сплачивает общество¹¹. Заложённая в формалистском юридическом мышлении структура субсумации устанавливает требования к процессу мышления и может быть описана через правила дедуктивной логики, которые допускают выведение только одно истинного заключения из данных посылок, с чем отождествляется допущение о том, в каждом деле существует лишь одно наилучшее решение, имеется только один наилучший правовой порядок, одна наилучшая ценность, изложенная законодателем в законе, и т.п.

Благодаря исторической традиции советского периода, обучение в юридических вузах сосредоточено на передаче знаний о приемах законодательного регулирования, юридической технике, государственной идеологии (в разных видах) и, в лучшем случае, на авторитетных толкованиях, данных высшими судебными инстанциями¹². Превратно понимаемый принцип разделения властей иногда приводит правоведов к выводу, что судьи не могут облекать свою волю в форму общезначимых правил (таков, например, запрет, сформулированный в ст. 5 ГК Франции), поскольку судьи чаще всего не избираются напрямую народом и поэтому не имеют суверенной власти (т.н. доктрина «суверенитета парламента» в английской юриспруденции) на создание правовых норм. Но если в Англии, Франции и других западных странах эти соображения уже не воспринимаются как препятствие к судебному правотворчеству (так, Государственный Совет во Франции своей практикой сформировал административное право как отрасль, а кодексы и другие законы издаются Минюстом уже с официальной подборкой судебной практики по каждой статье), в отечественной юриспруденции они вызывают оживленные дебаты среди правоведов¹³, по большей части касающиеся несущественных терминологических разногласий.

¹¹ Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс // Российский ежегодник теории права, 2008. № 1. С. 446–456.

¹² Левитан К.М. Дидактические проблемы современного юридического образования // Российский юридический журнал. 2013. № 6. С. 164–173.

¹³ Ср. краткий анализ: Васильева Т.А. Судебное правотворчество в Российской Федерации // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. 2008. № 70. С. 45–60. См. также: Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судейское право. М.: Проспект, 2011; Барак А. Судейское усмотрение. М.: Норма, 1999.

Такой подход упускает основную цель изучения на юридических факультетах судебной практики, которая сводится к формированию стиля обоснования на основе техники определения значимых обстоятельств дела, аргументации, базирующейся на фактах и принципах, на приемах юридической аналогии. Это позволяет решать схожим образом схожие дела (таков основной принцип английского права «*similibus ad similia*»¹⁴) и за счет этого обеспечивать устойчивость и предсказуемость социальных отношений. Стоит заметить, что, начиная с середины XX в., подобное понимание важности использования судебной практики в образовании одерживает верх в юридическом образовании и в правовой доктрине ведущих стран романо-германского права, где они сочетаются с теориями справедливого процесса и концепциями прав человека¹⁵. Такое понимание отнюдь не предполагает необходимости обращения к непозитивистским теориям права и отказа от нормативной юриспруденции¹⁶.

Традиционное понимание правового государства и верховенства права в российской правовой науке исторически связано с теорией режима законности, который должен служить основной для деятельности всех государственных органов¹⁷ и, согласно некоторым интерпретациям, также и всех физических и юридических лиц¹⁸. Такой подход предполагает, что право представляет собой совокупность самодовлеющих директив, не оставляющих места для свободных интерпретаций. Другими словами, может быть только одно правильное толкование правовой нормы — то, которое открывает истинную волю суверена, императивно устанавливающего эту волю в законах и других правовых документах. Предполагается, что эта воля будет

¹⁴ Postema G.J. *A Similibus ad Similia: Analogical Thinking in Law* // Edlin D. (ed.). *Common Law Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. P. 102–133; Langenbucher K. *Argument by Analogy in European Law* // *Cambridge Law Journal*. 1998. N 57(3). P. 481–521 (URL: https://krasn.pravo.ru//store/doc/doc/KATJA_LANGENBUCHER_ARGUMENT_BY_ANALOGY_IN_EUROPEAN_LAW.pdf).

¹⁵ Caenegem W., Hiscock M. (eds.) *The Internationalization of Legal Education: The Future. Practice of Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014; Давыдова М.Л. Обучение юридической профессии в России и США: к вопросу об универсальных основаниях // *Право и современные государства*. 2012. № 3. С. 3–12.

¹⁶ См. дискуссию: Siltala R. *A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

¹⁷ Ср.: Братусь С.Н. *Юридическая ответственность и законность*. М.: Юрид. лит., 1976.

¹⁸ Согласно одному из определений «законность есть правовой режим общественной жизни, заключающийся в неуклонном соблюдении юридических норм всеми ее правоспособными участниками» (Спиридонов Л.И. *Теория государства и права*. М.: Проспект, 1996. С. 247).

контролировать все общественные отношения, так что последовательность, убедительность и другие аргументативные характеристики правоприменительных актов не имеют значения для оценки правильности интерпретации этой воли. Для реализации режима законности достаточно, чтобы судья или иной правоприменитель установил волю законодателя и, основываясь на ней, разрешил дело¹⁹, выступая в качестве своего рода оракулом воли суверена. Это означает, что законность правоприменительного акта оказывается независимой от того, какое обоснование правоприменитель дает этому акту, и от того, насколько последовательной является его аргументация о выбранном им варианте решения случая.

Неудивительно, что одним из решающих аргументов в случае разногласий о правильности актов толкования становится вездесущая апелляция к суверенитету как неограниченному праву создавать, толковать и применять право²⁰. Таков, к примеру, основной аргумент Конституционного Суда РФ в многолетней полемике с Европейским судом по правам человека касательно «пределов уступчивости»²¹. Суверенитет, как это прослеживается в решениях Конституционного Суда, в нарративах политических лидеров и высших судей, рассматривается в качестве основания российской правовой системы (своего рода «основной нормой», если воспользоваться терминологией Кельзена), которое обосновывает и определяет юридическую силу всех остальных норм правопорядка, включая и саму Конституцию. Поэтому отсылка к этому суверенитету сама по себе позволяет легитимировать любое по содержанию решение и истолкование²². Ведь «волю многонационального народа» невозможно установить или проверить эмпирически — это всего лишь мысленный образ, обращение к которому должно придать силу любому акту толкования, исходящему от обладателя суверенитета. Хотя использование такой отсылки к «носителю» или «обладате-

¹⁹ Ср. рассуждения одного современного автора о «Законности и правопорядке как состоянии, цели и результате государственно-правового регулирования общественных отношений»: Гавриков В.П. Теория государственно-правового регулирования. М.: Проспект, 2015 (название главы 5 этого опуса).

²⁰ Antonov M. Conservatism in Russia and Sovereignty in Human Rights // Review of Central and East European Law. 2014. N 39 (1). P. 1–40.

²¹ Ср.: Зорькин В.Д. Диалог Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека в контексте конституционного правопорядка // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 1. С. 105–111.

²² Антонов М.В. Методы теоретического правоведения в контексте глобализации // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2017. № 4. С. 35–57.

лю» суверенитета как способа аргументации скорее всего окажется неубедительным в свете неустранимой многозначности способов установления воли суверена²³.

С точки зрения преобладающей формалистской концепции разделения власти, судьи должны быть ограничены и контролируемы в их интерпретации юридических текстов, что исключает наличие нормотворческой компетенции у суда²⁴. Другими словами, судьи должны воздерживаться от любой критики законодательных норм или от замены их своими собственными правилами, что могло бы подорвать верховенство права. Именно такая логика заложена, в частности, в обоснование разработанной Конституционным Судом РФ доктрины «прямого действия Конституции», которая по сути отрицает это прямое действие, поскольку запрещает обычным (неконституционным) судьям применять Конституцию напрямую при установлении коллизии между законом и Конституцией (что означало бы отказ от применения противоречащих Конституции законов), а предписывает обращаться за авторитетными разъяснениями в Конституционный Суд²⁵. Эта доктрина, несомненно, имеет под собой значимые политические и социальные цели — теоретическую проблему составляет не выбор между этими целями и стоящими за ними ценностями (предсказуемости, стабильности, единообразия применения права и т.п.), а избранный КС РФ формалистский путь обоснования²⁶, который, помимо всего прочего, плохо стыкуется с

²³ Токарев В.А. Критика понятия «обладатель суверенитета» в современной английской и французской юридической науке // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2016. № 4. С. 129–149.

²⁴ Алешкова И.А., Власова Т.В. Судебная власть в системе разделения властей: современное понимание // Российский судья. 2012. № 8. С. 5–8. Это связано с опасениями того, что «активизация идеи судебного прецедента в России может пошатнуть единство государственной власти, созданное в России на основе доктрины разделения властей с целью защиты и охраны конституционных ценностей» (Там же. С. 5). Эта позиция понятна в ракурсе рассматриваемого формализма и этатизма, хотя «современным пониманием» ее называть не стоило.

²⁵ Постановление Конституционного Суда от 16.06.1998 г. № 19-П «По делу о толковании отдельных положений статей 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации» // СЗ РФ. 1998. № 25. Ст. 3004.

²⁶ Рассуждения КС РФ в п. 5 упомянутого Постановления: «Отказ от применения в конкретном деле закона, неконституционного с точки зрения суда, без обращения в связи с этим в Конституционный Суд Российской Федерации противоречил бы и конституционным положениям, согласно которым законы действуют единообразно на всей территории Российской Федерации, и в то же время ставил бы под сомнение верховенство Конституции Российской Федерации, так как оно не может быть реализовано, если допускается разноречивое толкование различными судами конституционных норм» явно основаны на постулатах «первого

активизмом самого этого Суда при «эволюционном» толковании Конституции, в том числе и вопреки ее буквальному смыслу²⁷.

Этот подход к пониманию правового государства (государства законности), некогда имевший большое влияние и в Западной Европе до первых десятилетий XX в., в настоящее время выглядит скорее как анахронизм²⁸. Общеизвестно, что смысл языка законодательного акта может меняться с течением времени и что отдельные судьи и другие правоприменители могут не согласиться со смыслом слов, используемых в законе, так что выявление смысла правовой нормы нередко требует обращения к некоторым надзаконным ценностям и аргументам²⁹. Как бы ни была хороша идея контроля за тем, как судьи используют свое усмотрение (или даже идея запретить любое усмотрение), тем не менее она не может замаскировать реалии судебного разбирательства, где судьи часто сталкиваются с молчанием или неоднозначностью законов и, следовательно, должны принять решение самостоятельно и обосновать свой выбор, сделав его понятным для той аудитории, для которой предназначаются их судебные акты.

Действительно, на практике довольно часто разрешение дела по существу предполагает, что судья делает выбор между различными конфликтующими нормами, принципами, их интерпретациями или значениями, противоположными ценностями и так далее. Из-за многочисленных концепций блага, существующих в каждом обществе, и из-за существования моральных разногласий правильный (удовлетворительный) ответ не может быть выведен судьей из только одной системы ценностей или смыслов, замкнутой в себе — даже если это «традиционные ценности» или иные оценочные приоритеты, разделяемые правящей элитой. Такой вывод требует соблюдения рациональных правил обоснования, которые делают правовое обоснование убедительным и приемлемым для его целевой аудито-

позитивизма», описанных выше. См. особые мнения Н.В. Витрука и Г.А. Гаджиева по этому делу. Логическое суждение о противоречии одного нормативного предложения другому никак не может рассматриваться как прерогатива лишь отдельной категории судей: это дедуктивное суждение, несомненно, имеет иную природу, чем нормативное суждение о неконституционности некоего нормативного предложения, что влечет запрет применять это предложение.

²⁷ Краснов М.А. Толкования Конституции как ее фактические поправки // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 1. С. 77–91.

²⁸ Антонов М.В. Об определении понятия «правовое государство» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2012. Т. 3. С. 128–143.

²⁹ Тропер М. Свобода толкования у конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2011. Т. 4. С. 184–195.

рии. Любому юристу очевидно, что право не является полным и согласованным набором правил и принципов, так что даже в хорошо технически развитых правовых системах в юридической практике встречаются пробелы в праве или коллизии между правовыми нормами³⁰. Более того, толкование норм права как реконструкция их смысла применительно к обстоятельствам конкретного дела предполагает невыводимость решения дела из текста нормы. Поэтому нельзя предопределить, что будет правильным решением того или иного казуса — можно лишь установить, насколько последовательной и приемлемой в его интерпретационном сообществе было решение судьи³¹.

Основанный на догматах первого позитивизма³², формализм преобладающей в российском правопорядке юридической техники характеризуется таким способом составления судебного акта, когда судья перечисляет все, что было заявлено сторонами (либо стороной, в чью пользу вынесено решение), описывает доказательства, представленные сторонами, цитирует пункты законов, при необходимости интерпретируя их, и в резолютивной части императивно провозглашает решение. Парадоксально, что решение дела по существу не зависит от интерпретаций закона или оценки представленных доказательства. Схема рассуждений «закон гласит А есть А, доказательства подтверждают, что А есть А, на основании изложенного и руководствуясь нормами процессуального кодекса, суд решил, что А есть Б» хоть и представляет собой логический дефект, но не обязательно является правовой ошибкой. Так, если вышестоящий суд найдет, что А есть Б (для этого может быть множество нормативных и фактических оснований), он оставит решение нижестоящего суда в силе, несмотря на противоречие между мотивировочной и резолютивной частями решения. Тем более это касается ситуаций, когда такую непоследовательность допускает высший в иерархии суд, для решений которого уже нет вышестоящей инстанции для обжалования.

Эта схема обнаруживает свою ограниченность там, где спор между сторонами касается оценки фактических обстоятельств, определения релевантных для дела фактов и выбора подлежащей при-

³⁰ Булыгин Е.В. Нормы и нормативные предложения: различие между ними и опасность их смешения // Известия вузов. Правоведение. 2008. № 2. С. 147–153.

³¹ Ср.: Дворкин Р. О правах всерьез. М.: РОССПЭН, 2005.

³² Юдин А.В. Исторические причины неэффективности современного гражданского судопроизводства // Арбитражный и гражданский процесс. 2007. № 12. С. 12–14.

менению нормы права. Данные аспекты действительно лишаются смысла в ракурсе доктрины, согласно которой законодатель прямо (через нормы) или косвенно (через принципы или идеологию) заранее предусмотрел решения для всех возможных случаев, исключив тем самым судебское усмотрение при выборе подлежащих применению норм — судье остается лишь механическое применение норм права. Конечно, судьи и другие правоприменители могут опустить из представленных аргументов или доказательств то, что они считают неважным, не останавливаясь на излишних или не имеющих отношения к делу основаниях, предоставленных тяжущимися, но это останется второстепенным, если судебное решение (его резолютивная часть) не выводится из изложенных в мотивировочной части посылок. Использование некоторых привычных для российского судопроизводства общих формулировок (например, «Заслушав и обсудив все доводы сторон, оценив представленные доказательства, суд решил ...» или «Суд критически оценивает аргументы защиты как направленные на избежание ответственности ...») не изменяет существенного недостатка этого типа правового суждения — отсутствия рассуждения об основании искового требования, предмете судебного спора, предоставленных доказательствах и аргументах и применимых правилах или принципах и, возможно, также о столкновениях между нормами и принципами.

Такой формалистский стиль написания судебных решений может привести к росту отчуждения между судами и обществом, подорвать доверие людей и уважение юридического сообщества по отношению к своей судебной системе и тем самым нанести ущерб принципу верховенства права. В некоторой степени отголоски этой проблемы можно увидеть в низких рейтингах России по мировым рейтингам (например, World Justice Project³³) и неизменно низком доверии населения к правовой системе и судам, что подтверждается многолетними социологическими измерениями (ВЦИОМ³⁴, Левада³⁵).

³³ В 2017 г. Россия заняла 89 место из 113 стран по этому рейтингу, уступая даже соседним странам: Казахстану (64 место), Белоруссии (65 место), Украине (77 место), где при поддержке международных организаций предпринимаются хоть какие-то меры к заимствованию западного опыта в обучении судей написанию мотивированных решений.

³⁴ Суды оказываются одними из тех государственных органов, которым граждане доверяют меньше всего (URL: https://wciom.ru/database/open_projects/otsenka_deyatelnosti_sudov_v_rossii/).

³⁵ Суды являются аутсайдерами среди органов власти по уровню доверия граждан (URL: <http://pravosud34.ru/левада-центр-констатировал-снижение>).

Если обратиться к трехзвенной классификации видов юридического мышления по Карлу Шмитту (мышление о законе, мышление о решении и мышление о порядке и форме)³⁶, то рассматриваемый тип формализма охватывает преимущественно первый и третий виды, оставляя практически без внимания мышление о решении, то есть демонстрацию того, почему судья в конкретной ситуации принимает то, а не иное решение о распределении прав и обязанностей между сторонами применительно к обстоятельствам дела (аргументами с отсылками к закону или к процедуре эту задачу решить невозможно). В юридической аргументации обоснование через доводы о рациональности принимаемого решения необходимо для того, чтобы при субсумации определить корректность посылок, имеющих значение для правильного разрешения дела. Правила юридической аргументации также могут служить в качестве руководства для применения правовых принципов путем балансирования, или более широко, путем использования принципа пропорциональности, определяя саму структуру этого принципа и установление пределов соразмерности. Кроме того, использование крепких, последовательных и согласованных цепей посылок и аргументов позволяет избежать неправильных результатов в применении права³⁷.

В принципе, проверка пропорциональности является средством построения иерархии приоритетности аргументов и рационализации дискуссии о результатах конкретного дела в свете широкого социального контекста, в котором существуют применимые правовые нормы (принцип пропорциональности в основном значим в области публичного права, особенно в административном праве). По сути, обращение к пропорциональности (взвешивание и балансирование ценностей и правовых принципов) позволяет сдерживать дискреционные полномочия лиц, наделенных властью, путем довольно эффективных ограничений, налагаемых правилами рационального дискурса³⁸. В некоторой степени, оно способно обеспечить

³⁶ Шмитт К. Государство: право и политика. М.: Территория будущего, 2013. С. 307–357.

³⁷ Павлов В.И. Аргументация в вынесении правоприменительного решения в контексте антропологического подхода к праву // Ежегодник Нижегородской академии МИД России «Юридическая техника». 2013. № 7. Ч. 1. С. 238–245; Вайпан Г.В. Принцип пропорциональности и аргументация в сфере ограничений прав человека: от Р. Алекси к Р. Дворкину и обратно // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 3. С. 37–54.

³⁸ О перспективах и проблемах этого подхода см.: Тимошина Е.В. Краевский А.А., Салмин Д.Н. Методология судебного толкования: инструменты взвешивания в ситуации конкуренции прав человека // Вестник СПбГУ. Серия 14. Право. 2015. № 3.

гражданам средства правовой защиты в случаях, когда их интересы затрагиваются правовыми нормами, которые не могут служить оправданием никакого разумного соотношения между целью, которая должна была быть достигнутой при помощи этих норм, и средствами, используемыми для достижения этой цели, или там, где наказания несоразмерны соответствующим проступкам, хотя формально укладываются в пределы, установленные законом.

Достижению этого результата может концептуально препятствовать упомянутое выше формалистское понимание режима законности³⁹, согласно которому все акты государственных служащих и частных лиц регламентированы законами, требующими, чтобы в своих действиях эти должностные и частные лица строго соблюдали суверенную волю, выраженную в этих законах. С точки зрения его конвенционального понимания, режим законности не предполагает возможности балансирования принципов или пропорциональности при применении норм права: предположение о том, что судья может уклоняться от строгого применения закона ради соображений справедливости, защиты индивидуальных прав, или что он в зависимости от обстоятельств дела может давать приоритет тому или иному закреплённому в законе принципу, резко контрастировало бы основному пониманию режима социалистической законности⁴⁰, превалирующему до настоящего времени.

Понятая таким образом, идея законности подразумевает, что правовая аргументация судей и других субъектов правовой системы не имеет большого значения для обеспечения соответствия судебных решений закону, что является основным процессуальным требованием к таким решениям. Ведь резолютивная часть решения суда суть воля суверена касательно распределения прав и обязанно-

С. 4–34; Белов С.А. Способен ли рациональный дискурс обосновать ценностный выбор в праве // Известия вузов. Правоведение. 2014. № 5. С. 224–237.

³⁹ О разных подходах к пониманию режима законности см.: Нижник Н.С. Законность: плюрализм подходов к рассмотрению социоюридического феномена в современной юридической науке // Вестник Кыргызско-Российского славянского университета. 2014. Т. 14. № 12. С. 30–34.

⁴⁰ Такое понимание предполагает рассмотрение режима законности как метода государственного руководства обществом, состоящий в организации общественных отношений посредством издания и неуклонного осуществления законов и других правовых актов (Лукашева Е.А. Социалистическое правосознание и законность. М.: Юрид. лит., 1973. С. 27). Разумеется, С.С. Алексеев, В.С. Нерсянц и другие непозитивистские правоведы высказывали иные интерпретации законности («правозаконности»), но они не оказали существенного влияния на изменение доктринальных установок отечественной юриспруденции.

стей между сторонами процесса, которая не зависит от умозаключений судьи в мотивировочной части — если вышестоящая инстанция сочтет, что выраженная в решении воля не соответствует «истинной» воле суверена (законодателя), то это будет служить основанием для отмены или изменения решения.

Ориентация большинства российских судей на формальное понимание верховенства права (нередко этот концепт приравнивается к развитой в советской юриспруденции концепции режима законности) имеет две основные причины.

С одной стороны, она объясняется практическими соображениями: формально, судья может быть наказан за неприменение правовых норм, даже если это было бы морально и логически оправданным, но нет никакой ответственности для судьи, который неумолимо, но правильно применяет правовую норму, даже если это приводит к несправедливым результатам. Далее, в российском правовом порядке принято оценивать качество правоприменительных актов не с точки зрения убедительности рассуждений судьи, а скорее рассматривая его на фоне достижения явных или неявных политических целей законодательного регулирования⁴¹. Юриспруденция Конституционного Суда России отчасти представляет исключение из этого правила, поскольку именно этому Суду в правовом порядке отводится функция проверки норм права на их содержательное соответствие правовым принципам. Но не всегда эта функция реализуется удовлетворительно — если Суд не объясняет свой аксиологический выбор (например, между коллективными и индивидуальными интересами, и т.п.), это неизбежно создает впечатление произвольности принимаемых решений.

С другой стороны, речь идет об описанных выше формалистских представлениях о режиме законности и лежащей в их основании интеллектуальной базе российского юридического образования, которые отчасти вступают с основополагающим требованием принципа верховенства права о том, что процедуры, в рамках которых применяются законы, должны быть беспристрастными, так, чтобы

⁴¹ Основными критериями качества являются такие формальные показатели как количество отмен, соблюдение процессуальных сроков и т.п. (Поздняков М.Л. Критерии оценки качества работы судей и дисциплинарная ответственность. СПб.: ИПП ЕУ СПб, 2014); такой формализм контрастирует европейскому подходу, согласно которому в качестве таких показателей рассматриваются аргументированность и мотивированность судебных актов и другие содержательные критерии (см. Заключение № 11 Консультативного совета европейских судей «О качестве судебных решений» (CCJE(2008)5) // URL: <http://zakoniros.ru/?p=17171>).

люди не подвергались произволу государственной власти. Преобладающее понимание функции судьи в современной мировой юридической науке сводится к тому, что от судей, в первую очередь, ожидается разрешение индивидуальных социальных конфликтов и нахождение решений, которые будут соответствовать как общему чувству справедливости (или «правовому сознанию») сторон спора и сообщества в целом, как и потребностям утверждения правопорядка. Вот почему вынесение судебного решения требует от судьи способности изучать не только текст и буквальный смысл применяемых правовых норм, но и цели их принятия, их роль и функции для установления справедливости, законности и порядка в обществе и другие важные социальные и моральные аспекты, связанные с рассматриваемым делом и правовой нормой, подлежащей применению в данном деле.

Конечно, можно возразить, что для юриста из стран романо-германской правовой семьи, прежде всего, важно решение, правильное с точки зрения описанной выше правильности акта волеизъявления о распределении прав и обязанностей, а его обоснование представляет собой второстепенный момент. Примерно так и относятся отечественные судьи к случаям упоминания принципов права, правовых позиций Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) — используя их скорее как риторические декорации, а не как решающие или убеждающие аргументы, реально значимые для сделанного судьями выбора⁴². Однако, если взглянуть на право не с позиции участника (по терминологии Г.Л.А. Харта), а с позиции наблюдателя, трудно будет согласиться с тем, что даже правильное с точки зрения юридической логики, но лишённое аргументов и обоснования решение будет удовлетворительным.

В этой связи у России уже был ряд негативных прецедентов при рассмотрении дел в Европейском суде по правам человека, когда выносились решения о нарушении статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека (ЕКПЧ), дающей право на справедливый суд по причине вынесения немотивированных или недостаточно мотивированных решений⁴³. Так, в деле Татишвили ЕСПЧ обра-

⁴² Бурков А.Л. Конвенция о защите прав человека в судах России. М.: Волтерс Клувер, 2010.

⁴³ Напр., Постановление ЕСПЧ от 5 октября 2006 г. по делу Марченко против Российской Федерации (жалоба № 29510/04); Постановление ЕСПЧ от 11 января 2007 г. по делу Кузнецова и других против Российской Федерации (жалоба № 184/02). Постановление ЕСПЧ от 04 декабря 2007 г. по делу Волкова против Российской Федерации (жалоба № 64056/00); Постановление ЕСПЧ от

тил внимание на то, заявительница обжаловала в кассации решение районного суда в связи с отсутствием мотивировки и аргументации этого решения, на что кассационный суд также ограничился отпиской о том, что оснований для отмены решения суда не усматривает. В деле Волкова ЕСПЧ нашел «краткость доводов российского суда достойной сожаления», а в целом ряде дел ЕСПЧ обоснованно указал на системную проблему российского уголовного процесса, когда при заключении под стражу суды не оценивают доводы сторон и не приводят никаких содержательных аргументов, практически безоговорочно соглашаясь с позицией следствия (в частности, по цитированному делу Макарова).

Как может показаться на первый взгляд, формалистское понимание законности концептуально несовместимо с идеей судейского усмотрения. В перспективе описанного выше юридического формализма (отождествление права с законом как приказом суверена), судьям не может быть предоставлена свобода выбора между правовыми нормами, не говоря уже о свободе отказаться от применения некоторых норм, которые, возможно, противоречат высшим правовым принципам (проблематика неконституционности законов) — это противоречие ярко высветилось в ходе спора в 1990-х между КС РФ и ВС РФ касательно прямого действия Конституции и, в частности, в цитированном выше Постановлении № 19-П. Такого рода самостоятельность судей в принятии решений, согласно этой логике, внесла бы несправедливость (или, по меньшей мере, непоследовательность) в правовую систему. Элементы такого отношения прослеживаются в общей организации профессиональной подготовки юристов, которая направлена преимущественно на разъяснение будущим правоведам, что подразумевается в законах и иных нормативно-правовых актах (какова заложенная в них «воля законодателя»), и как их следует применять; все это вместо того, чтобы развивать понимание общих правил и алгоритмов юридического мышления, стратегий и тактик обоснования, вокруг которых необходимо организовать изложение правоприменительных актов.

Если толкование права понимать как установление того, что законодатель хотел сказать фактом принятия той или иной правовой нормы, и разъяснение намерения этого законодателя другим лицам, то правовая система представляется преимущественно в виде детер-

22 февраля 2007 г. по делу Татишвили против Российской Федерации (жалоба № 1509/02); Постановление ЕСПЧ от 12 марта 2009 г. по делу Макарова против Российской Федерации (жалоба № 15217/07).

минированной системы, которая может быть использоваться механически. Такой подход дает слишком упрощенное видение того, что правоприменители делают на самом деле, когда они подводят определенные фактические ситуации под описание абстрактных условий и фактов в правовых нормах и выводят решения для этих ситуаций из этих норм. Исходя из этого представления, для выполнения своих обязанностей судье не нужно развивать понимание моральных или социальных целей правового регулирования, которые формально не будут иметь значения для решения судебных дел. Правоприменители и, в частности, судьи должны решать дела способами, которые согласуются с буквальным значением применимых законодательных положений, и должны воздерживаться от любого нормотворчества, ограничиваясь лишь следованием закону (той предполагаемой «воле суверена», которая стоит за законом).

Непризнание того, что в некоторых делах может возникнуть необходимость найти оптимальный баланс между различными принципами, нормами, ценностями, причинами, движущими судьей при разрешении каждого конкретного дела, чтобы прийти к справедливому и разумному решению, может сделать безрезультатными любые дальнейшие усилия по обеспечению режима верховенства права в его «западном» понимании. Отсюда и бесконечные трения между Россией и Европейским Союзом по вопросам демократии, прав человека и верховенства права, и в частности недопонимание между Конституционным Судом России и ЕСПЧ касательно «цивилизационных особенностей» и «культурной обусловленности» прав человека. Одним из важнейших положений современной философии права является то, что правовые тексты могут скрывать разные и, возможно, даже противоречивые смыслы, так что установление правильного (обоснованного, справедливого, разумного и т.д.) смысла требует обращения к языковым конвенциям, дискурсивным практикам и прагматическим ориентирам различных групп, входящих в общество. Противный подход — рассуждения от имени «общества» и с точки зрения «общества» неизбежно вырождается в метафизические рассуждения.

Основанное на этих метафизических рассуждениях о государстве, которое через свои органы выражает интересы общественного развития, формалистское видение права проявляется в том, что судьи решают дела, не задумываясь о социальных последствиях или о целях применяемых ими правовых норм, приходя к парадоксальным, хотя формально правильным решениям (*fiat iustitia pereat*

tundus). Кроме того, отказ от обращения к целям правовых норм, к общей политике, лежащей в основе правового порядка, либо к неюридическим ценностям не означает того, что судья в действительности отбрасывает эти измерения и придерживается строго буквального значения соответствующего юридического текста. В большинстве случаев судьи, следуя этой формалистской стратегии, скрывают свои субъективные мнения или стратегии, усмотрение и выбор толкования под такими общими формулировками, как «закон предусматривает, что ...», «из закона вытекает, что ...» и так далее, без предоставления каких-либо рациональных аргументов, почему судьи видят смысл закона таким образом и не согласны с противоположной интерпретацией, если она озвучена стороной, против которой принято решение.

Преобладающая в российском судопроизводстве стратегия составления судебных актов позволяет игнорировать множество смыслов, которые могут раскрыть слова закона при помощи их герменевтического истолкования, и тем самым обеспечивать своего рода «интеллектуальный комфорт» для правоприменителей, освобождая их от обоснования выявляемого в результате толкования смысла правовых текстов. Эта стратегия приводит к нежеланию признавать, что право заключается не только в словах юридических текстов, но также и в утверждении справедливого и разумного общественного порядка, соответствующего ценностным ожиданиям как управляющих, так и управляемых данным порядком. С формалистической точки зрения, судья ставит перед собой задачу подвести дело под применяемую правовую норму, часто не задумываясь о далеко идущих последствиях. Законность судебных разбирательств обязывает судей строго соблюдать нормы закона, принципы права и, возможно, также «руководящие разъяснения» (которые, по сути, также являются нормами) высших судебных инстанций. Согласно этой логике, закон существует в качестве независимого регулятивного механизма, и если судья обращается к балансированию правовых принципов или к выбору среди конфликтующих вариантов интерпретации правовой нормы, это может быть приравнено к усмотрению и произволу, к путанице между законом и моралью, между «объективностью права» и субъективизмом судебного мнения.

Выбирая смысл правовых норм, который предстает перед ними как очевидный, и отказываясь обращаться к аналитическим процедурам толкования и определения смысла, ориентированные на фор-

мализм судьи часто безосновательно и несправедливо исключают других участников судебного процесса из толкования как совместной деятельности по установлению и обоснованию справедливого и разумного смысла правовых норм. Это может привести к игнорированию основных правовых принципов, продиктованных справедливостью, стабильностью, предсказуемостью, соразмерностью и другими идеальными срезами режима верховенства права. Наоборот, правовые нормы, применяемые судом, должны быть истолкованы так, чтобы соответствовать обстоятельствам конкретного дела и быть справедливыми к участвующим в судебном или ином правовом процессе сторонам, а не представляться как универсальная воля суверена. Правосудие должно осуществляться в режиме, установленном законом и приспособленном к целям, которые должны быть достигнуты, предоставляя сторонам возможность быть услышанными и представить свои возражения в суде, включая их мнения о том, что было бы справедливым и разумным исходом их дела с учетом нескольких вариантов истолкования и применения права.

Понимание более широкого социального контекста правового регулирования позволяет юристам понять, что законы исходят не только из усмотрения суверена и что они также основаны на общественных ожиданиях, закономерностях развития общества и на долгосрочной государственной политике. В современных западных правовых концепциях, такое видение функционирования судебной системы и отправления правосудия является одним из краеугольных камней верховенства права. Верность верховенству права не означает, что судьи должны уважать только текст законов и закрывать глаза на другие, неюридические соображения при применении этих законов.

Antonov, M.V.

Formalism and Argument in Russian Judicial Practice

***Abstract.** The main thesis of the work is the assumption that the making and motivation of court decisions in the cases of the mentioned category can be explained — among other reasons — by the difference of the initial worldview of judges, given the prevailing legal education and discourse approaches. These guidelines do not completely prejudge decisions and their justification, since here considerable importance also belongs to the personal characteristics of specific judges. In the reasoning of the Russian judges there are some common lines that allow to*

identify some common initial attitudes characteristic of each jurisdiction and which show different approaches to understanding the law, its place and mechanism of action in society, as well as to the issue of priority of social or individual principles in legal regulation. The similarity of the axiomatic positions of the judges in their arguments can also be explained by the General worldview on which the legal education in their country is built in a certain period of time. Thus, the ideological assumptions set in Russia by the General theory of law and the state in the Soviet period, as well as at the present time, were characterized and characterized by some common features. Among these features are the consideration of the state as the Supreme and absolute power, understanding of the law as a manifestation of will (command, order) of the state power and explanation of the mechanism of action of the law by referring to the concept of public consciousness. This, in turn, leads to the prevalence of the social whole over the individual. In this aspect, the law (law) created by the state clearly prevails over individual subjective rights, the origins of which some thinkers seek in human nature or in some ethical principles, and over the guarantees that human freedom is given by international law. From this logic, the claims of religious minorities that their internal rules and symbols have the right to autonomy from public intervention and from the perspective of the common good cannot but appear suspicious to those who are accustomed to seeing the rule of law as the expression of the dominant will of the state.

Key words: *theory of argumentation, judicial process, motivational part of the decision, proof, justification, religious freedoms, human rights, restriction of rights.*