

Нейтральность и теория права (обзор международной конференции)

20–22 мая 2010 г. в Жироне (Испания) состоялась международная философско-правовая конференция под названием «Нейтральность и теория права» (*Neutrality and Theory of Law*), организованная Жиронским университетом и университетом Пампеу Фарба (Барселона) под эгидой издательства *Marcial Pons*. Состав этого научного симпозиума оказался очень солидным — среди участников (около 400) были практически все ведущие испаноязычные специалисты по философии права, многие известные мыслители из США и Канады, ключевые итальянские теоретики права, а также ученые из большинства европейских стран. Эта конференция оказалась наиболее представительной по составу участников за последние несколько лет. Работа конференции была организована в формате пленарных заседаний (рабочим языком которых был английский), где были представлены доклады наиболее известных ее участников: Хуана Карлоса Байона (Испания), Фредерика Шауера (США), Евгения Викторовича Булыгина (Аргентина), Роберта Алекси (Германия), Джульза Кольмана (США), Хорхе Родригеса (Аргентина), Риккардо Гуастини (Италия), Брайана Лайтера (США), Бруно Челано (Италия), Скотта Шапиро (США), Уилфрида Вэйлючоу (Канада), Брайана Бикса (США). Ниже приводятся основные тезисы пленарных докладов.¹

* *

Конференция открылась докладом «Недоопределенная сфера теории права»² (*The Province of Jurisprudence Underdetermined*) профессора Мадридского автономного университета (Испания) Хуана Карлоса Байона (*Juan Carlos Bayon*), одного из ведущих европейских представителей инклюзивного позитивизма. Беря в качестве названия парафраза известной работы Джона Остина «*The Province of Jurisprudence Determined*», испанский ученый указал на некорректность деления позитивистских теорий права на аналитические

¹ Настоящий краткий отчет не может претендовать на полноту отражения содержания докладов и ограничен изложением их ключевых положений, а также наиболее интересных фрагментов дискуссий.

² Здесь и далее мы переводим термин «(*general*) *jurisprudence*» не дословно как «юриспруденция», а как «теория права» с учетом его значения в структуре юридических наук англоязычных стран, которое примерно совпадает с предметной областью (общей) теории права в российской правовой науке.

еще не субъекты права. Субъект права в нашем понимании — это сам по себе источник права, всех правовых ролей, абстрактной праводеепособности, всего правопорядка. Субъект права есть правовая индивидуальность, создающая объективное право, творящая так называемую «объективную» правовую материю своею волею, сознанием, деятельностью. Подчеркивая то обстоятельство, что в праве формируется индивидуальность, особые черты личности, важно всегда иметь в виду, что правовая коммуникация создает также и то общее, что цементирует, объединяет субъектов права. На наш взгляд, закон как общая правовая воля может родиться только в правовой коммуникации, только в правовом взаимодействии правовых индивидуальностей. В правовой коммуникации снимаются все крайности индивидуализма, исключаются односторонние «субъективные» оценки, мнения, позиции. Общее (общеправовое) рождается не путем игнорирования одного или другого индивидуального, а посредством установления связи между ними, создания такой правовой формы, где индивидуальность и самый разумный путь созидания общего (общесоциального). В ней личность приобретает свою вторую половину, свое общественное начало, научается соотносить свою индивидуальность с индивидуальностью другого.

Понимание субъекта права как творца всего правового, по нашему мнению, означает также и то, что его цели лежат не только во внешней сфере, в чисто практических отношениях. Для субъекта права как творца не менее важна сфера его внутреннего правового самоопределения. Субъект права созидает и самого себя, свой внутренний правовой мир, свое правописание, отношение к праву, свою правовую индивидуальность. Он не просто исследователь, умозрительно постигающий свой внутренний правовой мир, свое правовое «Я», а именно творец, создатель своей правовой личности. Вступая во внешние юридические отношения, он открывает и созидает для себя свои внутренние правовые качества, свойства. Осуществляя различные правовые роли, он обретает собственную правовую свободу, способность различать то, что соответствует его правовой природе, что составляет его собственную правовую индивидуальность, что образует его особую правовую волю, особую правовую устремленность. Через правовое отношение к другому лицу субъект постигает и создает самого себя. Современная российская юриспруденция только начинает приближаться к пониманию того, что стало почти аксиомой дореволюционной правовой науки, а именно: субъект права, правовая личность есть вовсе не правовая усредненность, некий созданный законодателем шаблон, типовая фигура, а есть индивидуальность, правовая особость, что всякая типизация есть огрубление правовой личности, ибо использование данного приема имеет очень узкие рамки и может служить лишь ориентиром для законодателя. Право вовсе не есть инструмент, средство усреднения личности, каток, посредством которого унифицируются правовые качества, свойства личности, но сфера ее собственного самоопределения, правового самосозидания.

и нормативные. Байон утверждает, что эти подходы являются не взаимоисключающими, а, скорее, взаимодополняющими. Преобладающий в современном позитивизме подход нацелен на установление сущностных признаков права в отдельном обществе и тем самым на формулирование понятия права данного общества («нашего права» в терминологии Джозефа Раза).³ Такой подход, как доказывает испанский мыслитель, не самодостаточен: установление сущностных признаков уже предполагает представление о природе права, а такое знание опять-таки требует знания основных признаков и определения их важности для понятия права. Начиная исследование, обычно ученые полагаются на «предтеоретическую»⁴ интуицию, на метаучное представление о со- держании исследуемого понятия. Но такое представление редко разделяется всеми исследователями, и для разрешения разногласий у них нет надежного источника в общественном правосознании (в нем понятия имеют еще более размытые границы, чем в правосознании профессиональном). Если же искать «среднестатистический остаток», в котором совпадают мнения представителей различных направлений о содержании (основных признаках) права, то получается лишь набор тривиальных истин, а самое важное в конкурирующих представлениях о праве остается в тени.

В связи с этим испанский ученый склоняется к выводу о том, что не существует и не может существовать некоего единого, разделяемого всеми понятия права или общезначимого деления права и морали. Причина этого — в плюрализме, который неизбежно присутствует в любом способе правопонимания и в самой правовой действительности. Идея онтологического и методологического плюрализма лежит в основе вывода Байона о том, что границы предметной сферы теории права с необходимостью остаются размытыми, «неопределенными». Право всегда остается законодательным или политическим «проектом», который предполагает отсылку к ценностям для определения значимых элементов понятия права. Но, как подчеркивает докладчик, это утверждение далеко не тождественно идее о необходимости связи права и морали, поскольку оно не требует оценочных суждений о должном содержании права, оценки его качеств. Такие суждения не будут общезначимыми, поскольку основаны лишь на одном из конкурирующих представлений о праве, а их содержание должно непрерывно корректироваться в дискуссионном пространстве научного сообщества ввиду тех политических и нравственных ценностей, реализации которых ожидают от права.

* *

Эта же проблематика была развита в докладе «Необходимость, значимость и природа права» (*Necessity, Importance, and the Nature of Law*) профессора Виргинского университета (США) Фредерика Шауера (*Frederik Schauer*).

³ См. перевод работы Джозефа Раза «Возможна ли теория права?» в настоящем номере Ежегодника.

⁴ Здесь и далее в кавычках даются цитаты из устных докладов и последовавших за ними пленарных дискуссий. Участникам были розданы письменные проекты текстов докладов, но они далеко не всегда соответствовали содержанию пленарных выступлений докладчиков.

Известный американский ученый подвергает критике объективизм распространенных представлений о праве и задается вопросом о том, допустимо ли строить рассуждения о природе права через установление его отдельных признаков, — вопросом, ответ на который ученый попытался сформулировать в недавно вышедшей книге.⁵ Положения доклада Шауера во многом повторяют основные положения упомянутой выше работы в выводах, касающихся концептуальной необходимости отдельных признаков права для определения предметной сферы теории права. Прежде всего мыслитель оговаривает, что речь может идти либо о признаках, которые необходимы для понятия права в любой правовой культуре; либо о признаках, которые не только необходимы, но и важны для определения права; либо о тех признаках, которые могут не быть необходимыми в теоретическом плане, но наиболее часто встречаются в феномене, называемом нами правом. Именно к последнему варианту и склоняется Шауер, критикуя эссенциализм других подходов и утверждая, что при определении своего предмета теория права должна изучать не то, что должно присутствовать в любом праве, а то, что фактически наиболее часто встречается в праве данного общества (или культуры). Мыслитель соглашается с тем, что такой подход может показаться ущербным в плане чистоты теории, но выражает уверенность в «малочисленности», непрагматичности дискуссий о свойствах и признаках, которые не всегда фактически встречаются в праве, но присутствуют в общепринятых (в той или иной правовой культуре) дефинициях права.

В целом для концепции Шауера характерен скептицизм по отношению к изучению права в рамках сугубо концептуального анализа.⁶ При этом американский ученый отмечает, что он выступает не против концептуального анализа в теории права, а против догматического сужения области теории права. Концептуальный анализ, во-первых, не является необходимой вводной частью исследования права и, во-вторых, даже являясь важной частью процесса познания права, не играет в этом познании главенствующей роли — в терминологии ученого вопрос о том, «что есть право?» (*what law is?*), не менее важен для теории права, чем вопрос о том, «на что похоже право?» (*what law is like?*). Здесь Шауер настаивает на отделении предмета исследования от исследования отдельных свойств, качеств, признаков этого предмета — исследование в первом аспекте предполагает претензию на универсальность и общезначимость, тогда как второй аспект всегда контекстуализирован привязкой к положению предмета среди других предметов того же класса и, следовательно, на общезначимость не претендует. Понятие права, по мнению Шауера, относится к понятиям второго аспекта — наше правосознание всегда контекстуализировано положением права среди нормативных регуляторов нашего общества в определенный период, хотя это не исключает (как полагает Р. Дворкин) возможности применения такого понятия для анализа права в других культурах и цивилизациях. Это понятие формируется теоретиками применительно к правовым устоям своего общества путем отбора «наиболее важных истин» об этих устоях.

⁵ Schauer F. Thinking as a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning. Cambridge (Mass.), 2009.

⁶ См. также: Шауер Ф. Существует ли понятие права? // Ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 511–526.

Здесь мыслитель использует достаточно свободную терминологию, которая имеет мало общего с понятием истины (истинности) в классической логике. Как утверждает Шауер, нет нужды предполагать необходимый характер истин о праве — они могут иметь значение применительно к отдельным системам права в определенный промежуток времени, но не иметь такого значения для других систем права или при других обстоятельствах.⁷ Наибольшим значением для социальных наук обладают, как правило, не некие банальные истины о необходимых свойствах и существенных признаках вещей, а выводы о наличии в изучаемых явлениях «высокой концентрации» репрезентативных признаков и свойств, которые характером необходимости с точки зрения классической логики не обладают. В качестве примера Шауер приводит такой признак права, как его принудительный характер. Логически принудительность необходимого свойством права не является, поскольку легко предположить условия, при которых будет существовать система права, на принуждение не опирающаяся. Но на практике принуждение почти всегда сопровождает право и тем самым важно как элемент определения понятия «право». Поэтому Шауер задает риторический вопрос: даже если согласиться с Хартум в логической несостоятельности теорий, видящих в принуждении необходимое свойство права, то следует ли из этого, что при формировании понятия «право» мы вправе пренебречь такой важной и столь часто встречающейся чертой права, как принудительность? Интерес к необходимым и существенным признакам права в ущерб изучению тех репрезентативных свойств права, которые не являются концептуально необходимыми, американский ученый считает одной из основных ошибок теории права.

Вокруг выступления Шауера возникла полемика между сторонниками и противниками концептуального подхода к праву. Роберт Алексис выступил с развернутой критикой тезиса о факультативном характере связи понятия права с ценностями. Джудиз Кольман не согласилась с идеей своего соотечественника использовать критерий «уровня концентрации» для определения фактического содержания того или иного понятия, не без основания указав на неизбежный «метафизический» остаток в любом понятии, который во многом определяет действительный смысл понятия, и на различие между «правом как оно существует, и правом, каким оно кажется». Брайан Бикс также выразил мнение, что социологическая повторяемость либо доминирование в профессиональном или обывательском сознании не являются надежными критериями для проверки правильности понятий из-за их содержания и различий, которые существуют между понятиями в силу таких сугубо эпистемологических условий, как уровень развития науки, доступный терминологический аппарат и т. п. Ответы Шауера на реплики строились вокруг соображений научного прагматизма в вопросах построения понятий и теорий — по мнению американского ученого,

⁷ Для пояснения своего утверждения Шауер приводит пример понятия «птица». Обычно люди определяют птиц как существ, способных летать. Это качество (способность летать) будет ключевым элементом этого понятия, наиболее значимым в прагматическом аспекте (использование языка для взаимного общения). Хотя логически такое понятие будет ущербным, поскольку некоторые млекопитающие (летучие мыши и т. п.) также могут летать, а ряд птиц (пингвины, страусы и т. п.) летать не способны. Критерием адекватности понятия, таким образом, будет его прагматическая ценность для описания класса предметов, но не истинность по отношению ко всем предметам, входящим в данный класс.

упрощенное, размытое, синкретичное, но широко распространенное на практике понимание того или иного понятия будет ценнее для правовой науки, чем утонченная академическая формулировка, непонятная большинству правоприменителей.

* * *

Запоминающимся событием конференции стало продолжение дискуссии между Евгением Викторовичем Булыгиным (*Eugenio Bulugin*, университет Буэнос-Айреса, Аргентина) и Робертом Алексисом (*Robert Alexy*, Кильский университет, Германия). Одна из центральных проблемных областей современной теории права — необходимость связи права и морали — обсуждается двумя учеными уже на протяжении более 20 лет. В многочисленных полемических статьях на эту тему Булыгин защищает тезис о возможности определения понятия права вне связи с моралью, тогда как Алексис занимает противоположную позицию и утверждает, что между правом и моралью существует необходимая связь, без которой нельзя прийти к правильному определению понятия права. В рамках конференции Булыгин и Алексис вернулись к отдельным аспектам этого спора,⁸ изложив свои новые аргументы соответственно в докладах «Алексис между позитивизмом и непозитивизмом» (*Alexy Between Positivism and Non-Positivism*) и «Между позитивизмом и непозитивизмом? Третий ответ Евгению Булыгину» (*Between Positivism and Non-Positivism? A Third Reply to Eugenio Bulugin*). Этот диспут свелся к выдвинутому Булыгиным дополнительных возражений против тезисов Алексиса и попыткам последнего опровергнуть данные возражения.

В качестве первого из возражений Булыгин указывает на сомнительность идеи Алексиса о нормативной необходимости связи права и морали, позволяющей судам признавать утратившими силу формально действительные, но аморальные нормы права. По мнению Булыгина, подмена понятия «обязательность» понятием «нормативная необходимость» ничего не дает в плане обоснования тезиса Алексиса о необходимой связи права и морали, поскольку остается непонятным, кто устанавливает такую «нормативную необходимость». На это возражение Алексис отвечает утверждениями о дуальной природе права,⁹ которая сводится к реальному (властность, социальная действительность) и идеальному (связь со справедливостью) измерениям права. Именно связь этих двух измерений создает нормативную необходимость включать элементы морали в понятие права; данная необходимость вытекает не из приказа властного органа, а из самой природы права.

Другой аспект спора касается попыток Алексиса обосновать свой тезис через противопоставление (предложенное еще Хартум) перспектив наблюдателя и участника правовой системы. По Алексису, нормативная необходимость связи

⁸ См. подведение итогов предыдущего этапа спора между двумя учеными в публикуемых в этом выпуске Ежегодника статьи: Булыгин Е. В. Тезис Алексиса о необходимой связи между правом и моралью; Алексис Р. По поводу тезиса о необходимой связи между правом и моралью: критика со стороны Булыгина.

⁹ См. публикуемую в настоящем выпуске Ежегодника статью: Алексис Р. Дуальная природа права.

права с моралью значима только для участника и распространяется только на правовую систему в целом, не будучи истинной для отдельно взятых правовых норм. Свое выражение эта необходимость находит в претензии на правильность, выдвигаемой каждой системой, которую можно называть правовой. На это Булыгин возражает, что правовая система состоит именно из норм права, поэтому вывести общезначимую связь права с моралью невозможно, не установив такой связи между отдельными правовыми нормами и моральными предписаниями. А деление между участниками и наблюдателями чрезвычайно условно и редко подтверждается на практике. Далее аргентинский ученый подвергает критическому разбору идею Алекси о необходимой претензии права на правильность. Применительно к приведенным немецким мыслителям критериям Булыгин доказывает, что претензия на правильность аморальных правил, установленных группой бандитов, ничем не отличается эти правила от тех, что установлены без выживания такой претензии; скорее, наоборот, она делит первые правила морально более предосудительными (как лицемерные), чем вторые.

Ответы Алекси основаны на обыгрывании терминологических тонкостей: он указывает, что речь идет именно о двух перспективах (наблюдателя и участника), которые формируют ключевые вопросы теории права: какие нормы существуют в этой системе и какие из них являются правильными. В рамках первой (описательной) перспективы связь права и морали не является значимой, но она является таковой во второй (материальной) перспективе. Алекси соглашается, что нормы права иногда могут быть морально более предосудительными, чем обычные нормы поведения. Претензия на правильность для норм права — классифицирующий признак, отличающий их от других норм; но эта претензия не предполагает того, что она обязательно будет реализована на практике. Поэтому в действительности могут существовать крайне аморальные правовые системы, которые при этом являются правовыми, поскольку хоть и лицемерно, но выдвигают претензию на правильность. Такое лицемерие ставит под угрозу легитимность данной системы права, но не влияет на деление между правом и неправом.

Далее Булыгин переводит полемику в сторону проблемы пробелов в праве и судебного правотворчества. По сути, как доказывает Булыгин, Алекси ставит вопросы, касающиеся практического применения права (какую норму судья может изменить, какую отказаться применять и т. п.), но эти вопросы не относятся к концептуальной проблеме определения понятия права. Поэтому непозитивистские аргументы о связи права и морали не имеют под собой теоретического основания и фактически являются лишь «риторическими приемами», прикрывающими реальную практику судебного правотворчества, которая не совпадает с таким формальным основанием современной правовой системы, как теория разделения властей.¹⁰ Немецкий ученый соглашается с Булыгиным в том, что создание новых норм судья не влияет на понятие права, но указывает, что именно претензия на правильность обосновывает такую судебную практику и поэтому имеет решающее значение. Речь здесь идет не о субъективном

усмотрении судьи, а об онтологических характеристиках права, которые формируют систему права в целом. Как утверждает Алекси, если бы Булыгин был прав и если бы вопрос о справедливости решался каждым судьей на свое усмотрение, то формально правильные, но несправедливые судебные решения нельзя было бы пересматривать в вышестоящих инстанциях. Но практика верховных и конституционных судов свидетельствует как раз об обратном.

Далее Булыгин поднимает вопрос о той идеальной морали, которой должно соответствовать право согласно теории Алекси. Мало кто из позитивистов будет спорить с тем, что в праве иногда присутствуют те или иные элементы морали; фактически спор идет о том, существует ли некая универсальная мораль, применимая к любым системам права, и есть ли некое единственно правильное толкование положений этой морали, которое могло бы служить верным критерием различения права и неправы. Как доказывает Булыгин, в концепции Алекси на эти ключевые вопросы ответа не содержится. Отвечая на эти возражения, Алекси сослался на доктрину прав человека, которая является «дискурсивно необходимой» и содержит в себе искомые моральные критерии, а также упомянул разработанную им теорию рациональной практической аргументации, которая гарантирует правильность процедур толкования. Именно в этих двух аспектах (материальном и процессуальном), по мнению Алекси, и заключается «идеальное измерение» права.

Подводя итоги дискуссии, Булыгин утверждает, что занимаемая Алекси позиция свидетельствует об отсутствии реальных предпосылок для построения некоей непозитивистской теории права, предполагаемой позитивизму. Позиция Алекси по всем ключевым направлениям совпадает с основными тезисами позитивизма: признание власти и социальной действенности существующими признаками права; система права может быть аморальной, при этом по-прежнему называясь правовой; правовые нормы можно установить без отсылки к моральным ценностям; правоприменитель может использовать моральные ценности для оценки действующего права, может в определенных ситуациях действовать *contra legem*: отказывая применить существующую норму, либо придавая ей обратный смысл, либо создавая новую норму. Упоминания об идеальном измерении права и о необходимой связи права и морали являются, по мнению Булыгина, лишь метафорами, вербальными конструкциями, не влияющими на понимание сущности характеристик права. Алекси решительно не соглашается с возможностью сведения позитивизма и непозитивизма к одному знаменателю, утверждая, что хотя в его теории и допускаются многие ключевые элементы позитивистского правопонимания, но это «реальное» измерение права выступает как вторичное по отношению к измерению идеального — именно последнее имеет решающее значение для определения понятия права.

В дискуссии, последовавшей за докладами, Булыгин оспорил последнее утверждение Алекси, указав, что многие нормативные предписания также выдвигают претензии на правильность, но от этого их сущность не меняется — здесь следует говорить не об идеальном измерении права, а попросту о правовой идеологии. Кольман присоединился к критике, считая тезисы Алекси преувеличенными. Он привел пример судьи, который лишь применяет право, не выдвигая при этом претензий на то, что его устами говорит справедливость,

¹⁰ См. подробнее публикуемую в данном выпуске Ежегодника статью: Булыгин Е. В. Основана ли философия права (ее часть) на ошибке?

и заметил, что вынесенное решение будет безусловно правильным в данной системе права, где оно может быть пересмотрено вышестоящими судами. Шапиро усомнился в эвристической ценности деления между позитивизмом и не-позитивизмом, приведя примеры правовых учений, где принципы позитивизма вполне уживаются с претензией на правильность и с допущением элементов морали в определение права (например, доктрина Дж. Раза). В своих ответах Алексис частично повторил положения прочитанного им доклада, еще раз подчеркнув, что претензия на правильность задана самой онтологической структурой права, корректность которой недопустимо опровергать аргументами, касающимися методологических делений между идеями и направлениями.

* *

Один из лидеров современного инклюзивного позитивизма профессор Йельской школы права (США) Джулз Кольман (*Jules Coleman*) в докладе «Архитектура теории права: часть первая» (*Architecture of Jurisprudence: Part 1*) изложил основные положения своего проекта реструктуризации проблемных областей теории права за счет переосмысления традиционных делений и понятий, принятых в качестве «конвенциональной мудрости» (*conventional wisdom*) о праве. В качестве первого шага Кольман избрал проблему взаимной преемственности (*continuity*) права, морали и иных социальных практик. Американский ученый подверг критике основную ракурсу анализа данной проблематики в доминирующей теории права — разделительный тезис, согласно которому не существует необходимой связи между правом и моралью. Как убедительно показал Кольман, этот тезис не имеет четкой и бесспорной формулировки, не разделяется рядом теоретиков и не может служить для точного обозначения позиций юснатуралистов и юспозитивистов. Резюмируя воззрения сторонников естественного права, Кольман полагает, что их характеризует идея о том, что право регулирует поведение человека через обращение к совести, и положение, согласно которому право лучше изучать через правильные, удачные правовые нормы и практики, а не брать в качестве исходного пункта все без исключения нормы и практики, из разнообразия которых нельзя вывести ничего определенного. Поэтому отрицание юснатуралистами характера права за «плохими» нормами закона означает не отрицание самих исторических фактов «плохого права», а нежелание рассматривать эти факты как парадигматические для построения понятия права. Такое «плохое право» преимущественно опирается не на совесть, а на механизмы внешнего принуждения и в связи с этим не представляет собой репрезентативного примера права как такового. Кольман считает, что позитивисты вполне могут принять подобный подход и признать наличие в праве определенных этических элементов, которые присущи любой форме социального регулирования, — легитимность власти, свобода субъектов и т. п. Это позволяет расширить аналитическое изучение права за счет исследования «центрального примера», «удачного проекта» права, рассматривая «плохое право» как периферийный пример, при этом не пренебрегая им при определении понятия права. В этом смысле американский ученый привел несколько показательных примеров, когда практически любые аксиомы «внутренней морали» права вполне могут служить целям создания «плохого» права, что,

по мнению Кольмана, еще раз доказывает искусственность классификаций двух основных направлений философии права через разделительный тезис.

Далее докладчик подверг критике другой устоявшийся стереотип, согласно которому деление между позитивизмом и юснатурализмом может быть проведено в зависимости от преобладающих методов: описательных и аналитических у позитивистов и содержательных, оценочных у юснатуралистов. На ряде примеров, самый показательный из которых — сравнительный анализ концепций Р. Дворкина и Дж. Раза, Кольман показал искусственность и этого деления, поскольку различие в исходных методологических посылках далеко не всегда влияет на возможность обращения к моральной аргументации при определении понятия права. В этом аспекте докладчик еще раз возвращается к своей полемике с одним из лидеров эксклюзивного правового позитивизма Джозефом Разом, утверждая, что позиция его оппонента, по сути, сводится к признанию моральной подосновы тех причин действия, которыми (по концепции Раза) руководствуются участники правового общения и которые, по мнению Кольмана, свойственны не только правовому, но и любому другому виду социального общения. А понятия власти и легитимности, в конечном счете, все равно замыкаются на определенных моральных принципах, что подрывает позицию эксклюзивного правового позитивизма. Тем самым доклад Кольмана свелся к традиционному для этого ученого отстаиванию идей инклюзивного позитивизма в противопоставлении другим научным подходам.

В целом доклад был прочитан очень экспрессивно, автор мало следовал письменному тексту, излагая свои мысли в форме свободного рассуждения. Неудивительно, что выступление было оживленно воспринято слушателями. Свидетельством чего стала последовавшая за ним длительная полемика. Включую аргументированно возразил докладчику, что в рамках столь широкого понимания права исчезают границы юридической ответственности, которая лишена поддержки как в виде государственного принуждения, так и в виде естественно-правовых принципов — инклюзивная теория Кольмана, отвергая «крайности» юснатурализма и юспозитивизма, оказывается не в состоянии предложить внятного объяснения механизма действия права, в том числе и источника его принудительной силы. Алексис упрекнул Кольмана в подмене понятий («взаимная преемственность» вместо «необходимой связи»), которая все равно не помогает преодолеть различие исходных позиций позитивизма и непозитивизма по отношению к включению морали в определение права. Булыгин раскритиковал попытку отрицать отдельные юридические факты (в частности «плохого права») и полагать их меньшую силу (валидность) из-за того, что они не имеют достаточной моральной основы. Бикс, Челано, Коммандуччи и другие участники дискуссии выразили сомнения в ценности теории, отрицающей базовое деление философии права на позитивистскую и естественно-правовую. Ответы Кольмана строились вокруг понятия взаимной преемственности юридических, моральных и иных социальных фактов. Избегая упреков в методологическом синкретизме, ученый подчеркивал, что научные классификации всегда конвенциональны, вторичны перед фактами социального опыта, и поэтому в его концепции речь идет не о некоем едином методологическом подходе, а лишь о попытке интегративного видения права в разнообразных формах и фактах социальной жизни.

Вслед за Е. В. Булыгиным проблематику логических исследований в праве продолжил исследовать его соотечественник Хорхе Родригес (*Jorge Rodríguez*), профессор университета Мар-дель-Платы (Аргентина), выступивший с докладом «Нормы, истина и правовые утверждения» (*Norms, Truth and Legal Statements*). Предметом доклада стала категория истины (истинности) в праве. Родригес подошел к этой проблематике в ракурсе конкретных юридических коллизий, возникших в правоприменительной практике его страны. В качестве основного примера ученым был взят ряд постановлений Конституционного суда Аргентины, которые очевидным образом противоречили друг другу в интерпретации нормы Уголовного кодекса, устанавливавшей ответственность за хранение наркотиков. В одних постановлениях Конституционный суд высказался за распространение действия этой нормы на лиц, которые хранили наркотики для личного пользования, в других — занял диаметрально противоположную позицию. В этом плане Родригес задался вопросом о том, какие постановления считать истинными (правильными актами толкования), а какие нет, и в чем в подобных случаях заключаются критерии истинности. Докладчик поставил под сомнение универсальную значимость положения о том, что критерием истинности акта толкования может быть степень соответствия действительному содержанию правовой нормы — ведь каждый акт претендует на правильное раскрытие содержания нормы, а любое суждение о соответствии акта толкования истинному содержанию нормы само по себе также является интерпретативным актом, истинность которого нуждается в проверке. Родригес в связи с этим успешно демонстрирует, насколько вопрос об истинности актов толкования права зависит от того или иного подхода к основным проблемам теории права.

Мыслитель считает, что разделение правовых норм и утверждений о том, что эти нормы требуют, зависит от принятого понимания природы правовых норм. Он выделяет синтаксический (где норма понимается как языковая конструкция), семантический (где норма понимается как носитель смысла, заключенного в языковом выражении), прагматический (где норма понимается как результат прескриптивного использования модальных языковых конструкций) уровни понимания. Из этого деления Родригес выводит существование двух теоретических позиций касательно природы правовых утверждений. Согласно одной позиции нормативные предложения не являются чисто описательными конструкциями, неся в себе юридическую оценку нормы. Эта оценка заключается в приписывании норме некоего значения, обязательного для субъектов права, а также в имплицитном утверждении о валидности нормы с точки зрения легитимности ее создания и соответствия ее другим вышестоящим нормам. Такие оценочные высказывания Родригес вслед за Г. Хартом называет правовыми утверждениями, к которым неприменимы какие-либо критерии истинности. В то же время докладчик выделяет (следуя за Ф. Шауером) правовые конструкции, которые содержат в себе условное описание должной модели поведения, действенное при условии принятия субъектом гипотезы о правильности этой модели (о том, что следование ей приведет к желаемому нормативному результату). В качестве примера приводится консультация юриста

своему клиенту. Такие инструкции являются не оценочными, а описательными, и поэтому, по мнению Родригеса, к ним применим такой критерий истинности, как соответствие содержанию описываемых норм.

Исходя из выявленного различия, докладчик выдвинул идею о том, что могут существовать как описательные, так и оценочные правовые утверждения. В первом случае будет идти речь об идеальном измерении нормативно-лингвистического пространства, которое независимо от мира фактов (и поэтому к нему неприменим критерий истинности как соответствия фактическому), тогда как во втором случае вполне можно установить логическое соответствие между использованием модальных конструкций и сформированными в результате этого использования нормами. Непримиримого противоречия между двумя позициями нет, поскольку нормативное измерение права предполагает неизбежный выход за пределы «дескриптивного дискурса» — «анализ предписаний права требует, по меньшей мере в некоторых случаях, принимать во внимание не только содержание норм в том виде, как они эксплицитно приняты законодателем, но и некоторые их логические следствия». В своем докладе Родригес показывает, что на практике юристы фактически осуществляют толкование норм в свете их логических (нормативных) следствий и связей с другими нормами, а не исходя из сугубо формального содержания каждой конкретной нормы. Этим и объясняется выявленная коллизия двух противоположных подходов Конституционного суда в вопросе ответственности за хранение наркотиков с целью их личного потребления. Данная коллизия связана с изменяющимися структурой и содержанием всего того логического множества, в которое входила в разные периоды времени спорная норма Уголовного кодекса.

* *

Логический анализ права стал центральной темой и следующего доклада «Право юристов. Изобретая права, обязательства и полномочия» (*Juristenrecht. Inventing Rights, Obligations and Powers*) профессора Генуэзского университета (Италия) Риккардо Гуастини (*Riccardo Guastini*). Итальянский исследователь предложил весьма интересный взгляд на правовую доктрину как на «нормативную модель права», через которую юристы формируют образ права. Этот образ не следует законодательным текстам, как обычно считается (традиция, идущая от Кельзена, Остина, Бентама), а, наоборот, в значительной степени предопределяет смысл этих текстов. Итальянский мыслитель подвергает удачной критике разделение языка права на первичный (правовые нормы) и вторичный (толкование этих норм в рамках правовой доктрины), утверждая, что между двумя указанными видами правового языка невозможно провести четкой границы. В качестве примеров Гуастини приводит, с одной стороны, доктрину приоритета европейского права над национальным правом в странах Европейского союза, доктрину прямого действия норм международного права, получившие широкое распространение во многих странах ЕС, а с другой — противоположные доктрины, которые приняты, например, Конституционным судом Италии и которые предопределяют существенное отличие итальянского права в некоторых сферах от общеевропейского права. Чтобы выделить две разные функции правовой доктрины, мыслитель разделяет науку о праве (*legal science*) как

аксиологически нейтральное описание действующего права и учение о праве (*legal scholarship*) как реконструкцию тех нормативных текстов, которые обычно рассматриваются в качестве источников права. Задачей последнего (учения о праве) является интерпретация права.¹¹

Гуастини предлагает различать три вида интерпретации: а) когнитивная — установление всех значений данного правового текста; результатом такой интерпретации являются нормативные предложения как акты описания действующего права; б) юрисдикционная — выбор одного из установленных значений; результатом такой интерпретации являются юрисдикционные утверждения как акты приписывания значения текстам правовых норм; в) креативная — введение нового значения, изначально отсутствующего в интерпретируемом правовом тексте. Креативная интерпретация правовых текстов обычно проводится под лозунгом выведения имплицитного смысла из подлежащей толкованию нормы на основе заранее имплицитного смысла из подлежащей толкованию интерпретации Гуастини привел: практику Европейского Суда правосудия, изменяющего нормы Маастрихтского договора непосредственно к правоотношениям между государствами-участниками и их гражданами (при отсутствии в этом договоре и в национальных законодательствах каких-либо к этому оснований); доктрину прямого действия Конституции США, разработанную Верховным судом в отсутствие нормы Конституции, позволившей бы такой вывод; практику Конституционного суда Италии, который пересматривает законы, не исходя из буквального содержания норм Конституции, а руководствуясь «высшими принципами» права, которые позволяют суду проверять конституционность (в смысле соответствия этим высшим принципам) поправок к Конституции. Такие широкие возможности правовой доктрины объясняются итальянским исследователем через теорию «невыраженных правил» (*unexpressed rules*), содержание которых не может быть приписано какому-либо конкретному правовому тексту. Эти правила образуются в процессе аргументации, где в качестве посылок используются правовые нормы, многозначность которых приводит к заключению, расширяющим смысловое содержание норм. Гуастини обращает внимание на то, что далеко не все посылки являются нормами в строгом смысле слова; это, скорее, юридические теории по поводу указанных норм, а сам процесс юридической аргументации далеко не всегда подчиняется правилам логики. Гуастини выделяет три типа аргументации: а) логически корректная аргументация, где в качестве посылок используются нормы права; б) логически некорректная (построенная на неправильных аналогиях, делениях, классификациях) аргументация, где в качестве посылок также используются нормы права; в) аргументация, где в качестве посылок выступают теоретические положения и общеправовые принципы, которые могут опираться или не опираться на конкретные нормы права. При этом ученый привел множество примеров каждого из видов аргументации из практики Конституционного суда Италии.

¹¹ Гуастини различает англоязычные термины «*construction*» и «*interpretation*», первый из которых означает эксплицитное дополнение незавершенных законодателем нормативных текстов, заполнение пробелов в праве через формулирование новых норм, а второй — собственно лингвистические операции с текстами, эксплицитное расширение смысла текстов. Здесь мы переводим первый термин как «толкование», второй — как «интерпретация».

За докладом итальянского исследователя последовало оживленное обсуждение выдвинутых им тезисов. Из наиболее интересных дискуссий можно упомянуть спор о пределах толкования между Гуастини и Булыгиним, который критиковал ограничение юридического толкования только нормами действующего права; спор Гуастини с Алеки, утверждающим невозможность произвольного толкования права, поскольку такое толкование вышло бы за пределы собственно права и толковало бы не нормы права, а иные языковые единства; а также дискуссию с Мишеллем Тропером (Франция), который отметил, что судьи обычно не имеют намерения создавать новые юридические правила через акты толкования права, и поэтому приписывание такой нормотворческой функции актам толкования спорно.

* * *

Основной темой своего доклада «Проблема разграничения в теории права: новый повод для скептицизма» (*The Demarcation Problem in Jurisprudence*) а New Case for Scepticism) профессор Чикагского университета (США) Брайан Лайтер (*Brian Leiter*) сделал вопрос о причинах традиционного противопоставления права и морали. Этот вопрос на протяжении десятилетий считался одним из основных для теории права, от ответа на него во многом зависело решение других вопросов юридической методологии. Но каково практическое и теоретическое значение этого спора, способны ли такие дискуссии помочь в решении действительных проблем юридической теории и практики?

Лайтер, ведущий современный представитель американского правового реализма, считает саму постановку вопроса о разделении права и морали излишней, основанной на философски несостоятельных метафизических идеях. Он упрекает теорию и философию права в отставании от тенденций в общей философии и в философии науки: «Правоведы практически никогда не были новаторами в философии», их делом был перенос сформировавшихся философских идей в теорию права. А это происходит, как правило, со значительным запозданием — методология кельзеновской теории права была во многом основана на безнадежно устаревшей уже в 1920-е гг. неокантианской философии, современная теория права в дискуссиях о сущностных и необходимых признаках права следует отжившей свой век философии тождества. С учетом современных разработок в философии науки Лайтер скептически относится даже к самой возможности нахождения истинных критериев для проведения границы между правом и моралью. По его мнению, как современной науке уже не интересны неудачные попытки Поппера, Карнапа и других философов найти критерии деления науки от псевдонаучного знания, так и теория права должна оставить в стороне эссенциалистские споры о границах и содержании права.

Право для Лайтера — искусственное понятие (*artifact concept*), которому в действительности не соответствует ни одно явление. Поэтому споры о его содержании и границах в принципе лишены смысла, ведь такие границы полностью конвенциональны, а сам акт проведения границ, как правило, служит звеном построения очередной метафизической концепции о сущности и значении права. Практически эти споры ведутся вокруг другого вопроса: определяется или не определяется человеческое поведение преимущественно

нравственными соображениями? Очевидно, что первый подход выводит на естественно-правовую проблематику влияния моральных ценностей на нормативное регулирование, а второй приводит к позитивизму как к вере в то, что регулирование основано на социальных фактах, различных к моральным ценностям. Лайтер склоняется к позитивизму, который он считает «наиболее сильным и удачным подходом к пониманию права», хотя и подчеркивает важность в нормативно-правовом регулировании психологических переживаний, связанных с представлениями о ценностях. Таким образом, вопрос о разделении права и морали принимает другой оборот: те или иные правильные или неправильные идеи о разделении права и морали могут быть теоретически совершенно бесплодными, но могут достаточно сильно влиять на выбор людьми тех или иных моделей поведения, на их лояльность по отношению к действующим нормам и правилам. Именно в этом докладчик видит причину возникновения и продолжения дискуссии о разделении права и морали, суть которой состоит в споре о мотивах человеческого поведения, выборе поведенческих стратегий и мотивации.¹²

* *

Доклад профессора университета Палермо (Италия) Бруно Челано (*Bruno Celano*), озаглавленный «Нормативный правовой позитивизм, нейтральность и правовое государство» (*Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law*), был посвящен изучению понятия «нейтральность» применительно к современным философско-правовым дискуссиям. Итальянский ученый предложил рассматривать нейтральность не как тезис об автономности права по отношению к морали, а как «этико-политический идеал» развития права. В качестве основного ракурса своего исследования Челано избрал нормативный правовой позитивизм, основанный (в интерпретации итальянского ученого) на тезисе о «наличии четких и непротиворечивых социальных источников права». Именно это направление философии права, как полагает Челано, наиболее подходит для раскрытия присущего западноевропейской правовой культуре идеала нейтральности права.

Эффективность правового регулирования, по мнению ученого, зависит от того, достаточно ли разграничены между собой социальные источники, поскольку их смешение может привести к размыванию границ права и внесению в правовое регулирование дискреционных элементов. Здесь докладчик обращается к проблематике правового государства (*Rule of Law*), которое понимается им как «институциональная черта права, связанная со стабильностью взаимных ожиданий» участников правового общения. Такая стабильность зависит как от присущих праву внутренних свойств (определенности норм, эффективности и беспристрастности юрисдикционных органов и т. п.), так и от существующих в том или ином обществе представлений о правовых идеалах. В частности, для современной западноевропейской культуры характерна «просвещенческая» доктрина правового государства, которая исходит из идеи «внутренней

¹² См. публикуемую в настоящем выпуске Ежегодника статью: Лайтер Б. За пределами спора Харта — Дворкина: методологическая проблема в юриспруденции.

нейтральности» правовых предписаний. Челано критикует лежащее в основе этой доктрины воззрение на право как на творение общей воли, на форму социального консенсуса, поскольку в действительности никакого совпадения воли при принятии законов не происходит. Но объединяет людей в их отношении к законам именно признание за правовыми нормами морально нейтрального характера в том смысле, что соблюдение этих норм не ставится в зависимость от нравственных убеждений лиц. Это делает право «нейтральным механизмом социального взаимодействия», создающим «общий ракурс для относительно стабильных взаимных ожиданий» и тем самым формальную модель справедливости, не зависящую от соответствия права тем или иным моральным ценностям. В «просвещенческой» доктрине правового государства такая модель опирается на две базовые презумпции: способность субъектов осуществлять рациональный выбор поведения и возможность достигать согласия. Это приводит к возникновению правового регулирования, в самой структуре которого заложено равное уважение к субъектам права со стороны власти, характерное для западноевропейской правовой культуры. Не утверждая, что такое правовое состояние отношений власти и личности характерно для любой системы права, Челано называет его «идеалом либеральной нейтральности», в котором проявляется основная идея права — нейтральное политическое регулирование социальных отношений.

* *

Известный американский исследователь, профессор Йельского университета (США) Скотт Шапиро (*Scott Shapiro*) представил доклад «Что есть право (и почему нам об этом следует беспокоиться)?» (*What is Law (and Why Should We Care?)*). Ученый не соглашается со скептическим отношением к рассуждениям о природе права и утверждает, что в праве есть ряд практических вопросов, решение которых требует широкого подхода к ключевым проблемам теории права на высоком теоретическом уровне. Одной из таких проблем является проблема определения права. Здесь Шапиро выделяет два основных проблемных блока: вопрос тождественности и вопрос о следствиях (*Identity and Implication Questions*). Первый вопрос касается определения предметной области права в окружающей действительности (что делает то или иное явление правом?), второй — тех логических следствий (каковы необходимые признаки права?), которые с необходимостью следуют (или не следуют) из ответа на первый вопрос.¹³

В поиске ответа на первый вопрос Шапиро предлагает использование оригинальной методологии, где понятие формируется через суммирование трюистических мнений о нем. Иными словами, то, что юристы считают самоочевидным, образует для теоретика основу для определения понятия права.¹⁴ Список таких трюизмов может быть бесконечным («право состоит из норм», «судьи

¹³ Шапиро использует игру слов и перефразирует эти вопросы соответственно как «What is the law?» и «What is law?».

¹⁴ Речь идет не о мнениях всех людей, а только о мнениях юристов (адвокатов, судей, правоведов и иных связанных с областью права лиц) — хотя при этом американский ученый не дает четких критериев для установления границ этого круга юристов.

применяют право», «право установлено властью» и т. п.), и теоретику важно не упускать из вида ни одного доступного для установления триумфа. Труд такого теоретика Шапиро уподобляет работе следователя, который собирает улики по делу, еще не зная, было ли вообще совершено преступление. При этом как несколько следователей могут расходиться между собой в оценке улик, их доказательственной силы и значения, их допустимости, так и теоретики могут не соглашаться друг с другом по вопросам значимости тех или иных свойств права, их важности для формирования понятия права. Но и следователи, и правоведы схожи, по убеждению Шапиро, в используемой индуктивной методологии исследования, а расхождения в выводах не свидетельствуют о неправомерности выбранного пути или о невозможности нахождения правильного ответа. Вместе с тем для исследователя важна объективность в формировании суждений, что означает необходимость принимать во внимание все установленные триумфы. Например, известное высказывание реалистов (право есть предсказание того, что будут делать судьи) может вступить в противоречие с другими триумфами о праве (что судьи могут допускать ошибки, что для исправления судебных ошибок существуют вышестоящие суды, что судьи применяют, а не творят право и т. п.). Поэтому правоведам нужно остерегаться принятия лишь одного этого триумфа в качестве основы для определения права. И, разумеется, использование триумфистических мнений о праве в качестве рабочего материала для построения понятий не предполагает того, что теоретические выводы и образованные понятия также будут триумфами.

Сформулированное понятие права задает правоведам область для дальнейших выводов и решения конкретных практических проблем. Здесь Шапиро возвращается к основной проблематике своего доклада — значению абстрактных постулатов теории права для юридической практики. Он подчеркивает, что при размышлении любой практической ситуации юрист сталкивается как минимум с тремя прикладными задачами: решить, что есть применимая к данному случаю норма; издана ли эта норма правомочным органом; как правильно истолковать содержание этой нормы — задачи, которые сводятся к одному общему вопросу о том, какие социальные факты, в конечном счете, определяют правовые нормы и их содержание.

Эта ситуация связана с тем, что право, как социальная наука, имеет дело с относительными, а не абсолютными фактами. Если, например, физик может исходить в своих теоремах из аксиом, чья истинность предполагается заданной, то правоведам такой возможности не имеет, поскольку установление юридических фактов всегда зависит от мировоззренческих представлений, обуславливающих юридическое мышление в той или иной правовой культуре. Вопросы об истинности таких юридических фактов замыкаются на теоретических представлениях о том, что определяет валидность правовых норм, границы компетенции правотворческого органа, корректность используемых приемов толкования юридических текстов и т. п. Для Шапиро очевидно, что предметная область теории права не ограничена «навешиванием ярлыков» (*labeling*), т. е. спорами о применении термина «право» к тем или иным явлениям и фактам (а именно к этой категории он относит споры о разграничении морали и права). Задачей теоретиков права в первую очередь является разработка методов определения содержания права, которые применяются юристами на практике

при решении конкретных задач, и формулирование тех принципов, которые структурируют правовое общение в социальном мире. А отрицание за теорией права практической и эвристической ценности основано преимущественно на ложном представлении об этой дисциплине, которую зачастую ошибочно ассоциируют с терминологическими спорами.

Изложенная Шапиро позиция вызвала шквал критики (со стороны Р. Алекси, П. Коммандучи, Е. В. Булыгина, У. Вэйлшоу и других участников), которая сводилась к констатации неоднозначности термина «триумф», к отсутствию четких критериев для формирования понятий через коллекционирование триумфов, к неизбежному субъективизму оценок, а также к необходимости учитывать социальный, культурный и иные контексты, в которых эти триумфы формулируются. В своих ответах Шапиро соглашался с необходимостью учета нюансов, контекста формирования триумфистических высказываний, а также разработки вопроса о критериях истинности таких высказываний, но настаивал на потенциальной ценности своего метода, позволяющего вычленивать прагматически важные признаки понятий.

* * *

В своем докладе «О нейтральности аргументации в делах о проверке конституционности» (*On the Neutrality of Charter Reasoning*) Уилфрид Вэйлшоу (*Wilfrid Waluchow*), профессор университета Макмастер (Канада), поставил задачу найти теоретическое обоснование процедуре пересмотра основных законов конституционными (уставными) судами.¹⁵ С одной стороны, такая процедура вступает в противоречие с принципом разделения властей, где предполагается независимость законодательной власти, ее прямой мандат от избирателей и неподконтрольность иным властям. Но это противоречие лишь видимое. Вэйлшоу считает, что различия в исходных идейных, нравственных, религиозных установках людей создают в демократических обществах обстановку правового плюрализма, в рамках которой невозможно априорно утверждать однозначный смысл той или иной правовой нормы. Но как тогда вывести право судей устанавливать этот смысл, если законодатели сформулировали его неясно либо в противоречии со смыслом других норм?

Канадский ученый конструирует модель, в рамках которой предполагает, что судья находит свои решения в «конституционной морали общества» (*community's constitutional morality*, сокращенно «CCM»). Под этим термином канадский исследователь понимает «позитивную мораль, состоящую из базовых моральных норм и убеждений, которым на самом деле верно общество и которые так или иначе получили определенное формальное правовое признание». Подобная «конституционная мораль» укоренена в социальных практиках создания и применения права и представляет собой «юридически признанную мораль», вводящую стандарты и критерии правового мышления членов данного общества. Эта мораль может закрепляться в нормах конституций, деклараций,

¹⁵ По сути, изложенные в докладе идеи схематично повторяют основные тезисы книги докладчика: *Waluchow W. A Common Law Theory of Judicial Review*. The Living Tree. Cambridge, 2007.

биллей о правах и иных писаных актов, но закрепление в писменной форме отнюдь не является обязательным условием ее существования. В этой перспективе судья, разрешая спор о конституционности нормативно-правового акта, призван установить ту ССМ, которую должен был иметь в виду законодатель, когда принимал оспариваемый акт. Как считает Вэйлючу, судья в этом случае будет руководствоваться не «платоновскими идеями» о добре и справедливости, а «обязательными юридическими стандартами», принятыми в данном правовом сообществе.

Попутно Вэйлючу отвечает на критику своей концепции, которая прозвучала после выхода в свет его книги в 2007 г. Основной пункт критики — это невозможность достичь полного согласия в обществе по вопросу точного содержания норм морали (конституционной или какой-либо еще), в связи с чем судья все равно вынужден осуществлять субъективный выбор между конкурирующими моральными воззрениями. Возражения Вэйлючу связаны с выдвигаемой им моделью «рефлексивного равновесия», в рамках которой предполагается, что согласие людей по отдельным политическим вопросам имплицитно предполагает принятие ими и множества других подспудных правовых принципов, которые должны быть выявлены судьей. А если такие принципы и положения сразу выявить невозможно, то судебная доктрина призвана установить их путем толкования в последующих решениях. Даже в случае неправильного (не согласующегося с принципами ССМ) решения остается возможность оспаривания его легитимности в едином правовом поле данного социума либо преодоления такого решения в последующих решениях судов (прецедентах).¹⁶

Вэйлючу предпочитает говорить о своей теории конституционной морали в форме логических допущений. Он исходит из трех таких допущений: 1) судьи при разрешении конституционных споров руководствуются не дискреционными полномочиями, а связаны имплицитно или эксплицитно выраженными нормами конституционной (политической) морали; 2) содержание этих норм может быть установлено с достаточной полнотой; 3) судьи лучше других членов общества способны установить содержание данных норм. В то же время канадский ученый остерегается дать чрезмерно широкий простор свободе судьи выбирать и формулировать нормы конституционной морали — судья в теории Вэйлючу связан всеми существующими в обществе правовыми актами (законами, решениями и иными легитимными источниками права), в которых ранее уже были выявлены такие нормы (их содержание, смысл, сфера применения и т. п.). Обойти проблему культурного плюрализма (расхождение во мнениях по вопросам морали, во многом зависящее от той социальной среды, к которой принадлежит человек) Вэйлючу пытается через введение параллельной концепции плюрализма рационального, который, по сути, означает толерантность к чуждому мнению и доверие существующим в обществе процедурам легитимации законов и судебных решений, с одной стороны, и осознание членами общества относительности (неабсолютного характера) их суждений в силу той «нормативной неопределенности», которая присуща процессу

¹⁶ Вэйлючу осознает, что такая модель применима только к системе общего права, и поэтому изначально оговаривает, что она не распространяется на страны континентального права.

принятия правовых решений, — с другой. Такой рациональный плюрализм означает ситуацию, когда каждый рационально мыслящий член общества должен будет признать принятое в рамках легитимной процедуры, основанное на конституционной морали решение, вытекающее из «добросовестной попытки судей установить разумный баланс ценностей».

Основанная на идеях политической философии Джона Роулза концепция конституционной морали Вэйлючу вызвала многочисленные полемические реплики со стороны участников. Так, Брайан Лайтер небезосновательно указал на смешение канадским ученым критерия демократичности принятого решения с легитимностью такого решения, приведя ряд примеров, когда легитимность не означает демократичности и наоборот. Эрик Лагерспетц упомянул важность учета социального контекста принимаемых решений, который может вынудить судей не следовать нормам сложившейся политической морали, а пересматривать и усовершенствовать их. Джулз Кольман привел несколько примеров, когда демократия оказывается несовместимой с конституционной моралью, диктующей отказ от новаторских демократических принципов в пользу традиционных ценностей, заложенных в этой морали. Хуан Моресо подверг критике использование термина «мораль» в концепции Вэйлючу, где смешаны категории социальной морали как она существует в обществе и абсолютной морали как идеальной цели развития. Скотт Шапиро весьма жестко охарактеризовал позицию Вэйлючу как «попытку оправдать существующие институты», считая, что сугубо рационалистический анализ канадского мыслителя останавливается на полпути и не дает окончательного ответа на вопрос о критериях легитимности. В своих ответах Вэйлючу ссылался на концепцию общества как самореферентной целостности, способной создавать свою автономную мораль и оценивать себя самое с точки зрения этой морали, на необходимость теоретического допущения или недопущения конституционного пересмотра законов в системе существующих демократических ценностей и на прагматическую ценность своей концепции.

* *

Завершал пленарные заседания доклад «Идеалы, практики и понятия в теории права» (*Ideals, Practices, and the Concepts in Legal Theory*) профессора университета штата Миннесота (США) Брайана Бикса (*Brian Bix*). Известный специалист в истории современной правовой мысли остановился на предложенном им ранее переосмыслении противостояния юснатурализма и юспозитивизма и переформулировке основных положений этих двух подходов в зависимости от того, ориентируются ли они на описание и анализ правоприменительной практики либо на описание и анализ правовых целей и идеалов.¹⁷ В своем докладе Бикс дополнил классификацию третьим концептуальным направлением, которое ориентировано на определение границ понятия права. Американский ученый предложил весьма интересный срез доктрин отдельных представителей второго направления (Нигель Симмондз, Марк Гринберг, Роберт Алекси,

¹⁷ См., напр., публикуемую в данном номере Ежегодника статью: Бикс Б. О границе, разделяющей теорию естественного права и юридический позитивизм.

Лон Фуллер, Рональд Дворкин, Джон Финнис), указав на те аспекты, в которых данные доктрины неизбежно соприкасаются с двумя другими направлениями, взаимно дополняя друг друга. Бикс также удачно подметил присутствующий в каждой из этих доктрин дуализм между поиском объективной истины о праве и встраиванием права в рамки некоей системы ценностей в зависимости от приписываемой ему функции.

Доклад американского исследователя стал очередной попыткой обоснования (на примерах нескольких правовых учений) философско-правового кредо самого Бикса, согласно которому право настолько сложно и многоаспектно, что ему невозможно найти какое-либо единое определение и что конкурирующие подходы и определения должны сосуществовать, по-разному объясняя право, очерчивая его границы с разных сторон. Впрочем, данный метод в целом характерен для работ этого талантливого исследователя, который обладает удивительным умением выделять ключевые положения правовых доктрин, указывать на их сильные и слабые стороны, в то же время демонстрируя, что любой подход обречен на односторонность и что задача философии права как науки состоит в одновременном использовании различных ракурсов видения права без попыток синтезировать какую-то всеохватывающую метатеорию.

*
*
*

Трехдневная конференция в Жироне оказалась весьма информативной в плане обозначения основных тенденций современной философии права. Одним из центральных вопросов конференции предполагалось сделать проблему соотношения права и морали — «нейтральности» первого по отношению ко второй. При этом оказалось, что название «Нейтральность и теория права» очень удачно отражает основной замысел организаторов — не навязывая какой-либо доминирующей тематике, создать единое аргументативное пространство, где участники формируют направления дискуссий с точки зрения их субъективных представлений о значимости таких направлений для современной философии права. Без преувеличения можно сказать, что этот замысел удался — в своих докладах и дебатах участники не обсуждали частные теоретические проблемы, а, скорее, нащупывали те оси, вокруг которых могло сформироваться такое аргументативное пространство.

В целом в дискуссиях можно было заметить два соперничающих между собой подхода. С одной стороны, это характерный для американских ученых прагматизм, в русле которого теоретические проблемы формулируются и решаются применительно к конкретной правовой ситуации или к конкретной научному диспуту и где, соответственно, подвергается сомнению научная ценность абстрактных делений, классификаций, схем, за которыми признается лишь относительный, конвенциональный характер. С другой стороны, это свойственное для европейских ученых стремление к осмыслению теоретических проблем через разработку концептуальных схем и терминологического аппарата. В выступлениях отдельных докладчиков это схематичное деление не всегда можно было бесспорно осуществить, но в общей направленности дискуссий и обсуждений недопонимание, связанное с различием исходных способов постановки проблем, было заметно. Однако это никоим образом

не препятствовало плодотворному обмену идеями между учеными, скорее, наоборот, способствовало росту интереса представителей двух научных и правовых традиций к опыту и взглядам друг друга. Эта философско-правовая конференция состоялась вне рамок официальных научно-исследовательских структур, что выгодно отличало ее от проводимых *IUR* конференций, немалая часть которых посвящена сугубо организационным вопросам. По планам инициативной группы данная традиция будет продолжена в формате ежегодных международных конференций. Следующая конференция под названием «Права права: современные перспективы» состоится 13–15 мая 2011 г. в университете Макмастера канадского города Гамильтон; ожидается участие в ней таких известных правоведов, как Марк Мерфи, Скотт Шапиро, Джулия Диксон, Брайан Лайтер и многих других.

Кандидат юридических наук, доцент,
зав. кафедрой теории и истории права и государства

Санкт-Петербургского филиала ГУ — ВШЭ

М. В. Антонов
mantonov@hse.ru