

**МОСКОВСКАЯ ВЫСШАЯ ШКОЛА
СОЦИАЛЬНЫХ И ЭКОНОМИЧЕСКИХ НАУК**

**ПРОБЛЕМЫ ПОСТСОВЕТСКОЙ
ТЕОРИИ И ФИЛОСОФИИ ПРАВА:
ПЕРСПЕКТИВЫ СВОБОДНОГО ОБЩЕСТВА**

Сборник статей

**Издательство «Юрлитинформ»
Москва
2018**

Антонов М.В.,
доцент кафедры теории и истории права и государства
юридического факультета Санкт-Петербургского филиала
Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики», кандидат юридических наук

РАЗМЫШЛЕНИЯ О ПРЕПОДАВАНИИ ТЕОРЕТИЧЕСКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ В ПОСТСОВЕТСКОЙ РОССИИ

Аннотация: В настоящей статье автор рассматривает некоторые актуальные вопросы состояния юридического образования в России. В качестве основных проблемных аспектов автор выделяет слабое теоретическое развитие российской правовой доктрины, что затрудняет привитие студентам культуры критического мышления и основных навыков юридической работы. Ретроградная правовая теория, основанная на формалистическом подходе, отрицает возможность выбора между разными вариантами истолкования норм и тем самым приходит к отрицанию значимости анализа таких вариантов и необходимости обоснования выбора между ними. Передавая студентам знание правовых текстов и системы их организации в правовом порядке, существующая система юридического образования не дает студентам знания того, как принимать правовые решения в ситуациях отсутствия применимой нормы, ее неоднозначности или ее моральных, логических или иных дефектов. Традиционные рассуждения об аналогии (права или закона) не позволяют развить адекватные методологические средства для решения подобных ситуаций.

Ключевые слова: юридическое образование, теория права, правовое обоснование, критическое мышление, аналогия в праве, нормативность права.

Mikhail V. Antonov,
Associate Professor of the Chair for Theory and History of Law
and State of Law Department at Sankt-Petersburg Branch
of National Research University «Higher School of Economics»,
candidate of legal sciences

CONSIDERATIONS ON TEACHING THEORETICAL JURISPRUDENCE IN POST-SOVIET RUSSIA

Abstract: In this article the author considers some urgent issues of current legal education in Russia. The main problematic aspects as identified by the author are weak theoretical development of Russian legal doctrine that makes difficult to familiarize students with culture of critical thinking and basic skills of legal profession. Retrograde legal theory based upon formalistic approach rejects opportunity to choose between different alternatives of interpretation of norms and hence results in rejection of any importance of analysis of such alternatives and necessity to substantiate a choice between them. By transferring to students the knowledge of legal texts and system of their

organization in the positive law, the existing system of legal education does not give students any knowledge regarding adoption of legal decisions in situations of absence of an applicable norm, its ambiguity or its moral, logical or other defects. Traditional discourse of analogy (of law or of statute) does not help to develop adequate methodological means for such situations.

Keywords: legal education, theory of law, legal reasoning, critical reasoning, analogy in law, legal normativity.

К написанию данной работы автора подтолкнули, с одной стороны, занятия юридической практикой и, с другой, преподавательская работа в юридическом вузе¹. Наблюдение за стилем мышления судей, их подходами к принятию и написанию решений, с одной стороны, и преобладающими методами обучения студентов во многих юридических вузах России и ближнего зарубежья, с другой, дало автору повод поразмышлять над некоторыми общими моментами в юридическом образовании, которые формируют правовую ментальность судей и других участников юридического сообщества, и предположить наличие связи между теми аксиоматическими представлениями о праве, которые студенты получают на юрфаках, и тем, как уже после окончания обучения они толкуют и применяют право.

Такая взаимосвязь не является, конечно, чем-то неожиданным. Юридическое образование опирается на определенные аксиоматические положения и на этой основе формирует у будущих юристов основные понятийные схемы, через которые они на практике воспринимают правовые нормы, интерпретируют и применяют их. Вместе с тем эти аксиоматические положения (о сущности права, правоотношении, толковании, применении права и проч.) остаются без существенных изменений в последние 80 лет, хотя терминологический аппарат, используемый правоведами для описания права, и связанные с юридическими терминами идеологические предпочтения претерпели за последние три десятилетия серьезные трансформации, не говоря уже о масштабных социально-экономических и иных изменениях в российском обществе.

Различие стилей юридического мышления нередко закладывается компаративистами в качестве критериев для отграничения различных правовых семей (кругов, традиций и т.п.) друг от друга. Принятый в Рос-

¹ В настоящей статье автор излагает свое собственное видение проблематики, основанное на опыте преподавания и ведения юридической (адвокатской) практики, и не претендует на общезначимость своих выводов. По этой причине автор не считает нужным цитировать произведения других авторов для подтверждения своих рассуждений. Если читатель сочтет мнение автора последовательным и убедительным, прислушается к нему, то задача данной статьи будет выполнена; если нет, то данный недостаток не сможет восполнить «поминальник» чужих цитат и мнений.

сии и других странах бывшего СССР стиль мышления характеризуется удивительной смесью теоретически несовместимых элементов – формализма и децизионизма. Первый освобождает от сложных методологических вопросов и представляет до крайности упрощенную картину правовой действительности, где законы содержат готовые решения для юридических ситуаций, а децизионизм может объяснять невнимание российских судей к обоснованию их решений. Смесь этих двух элементов в судебном процессе означает, что судья сначала принимает волевое решение о распределении прав и обязанностей и уже затем пишет для этого волевого решения мотивировку, которая включается в состав решения как формальность, без цели убедить в правильности своего решения стороны процесса, вышестоящий суд или общественность.

Такая ситуация, разумеется, характерна в некоторой степени и для других стран континентального права (например, стиль судебных решений во Франции), но в России и других постсоветских странах эта ситуация усугубляется отсутствием адекватного методологического инструментария для ее анализа и для выработки способов ограничения судейского децизионизма, с одной стороны, и политического (или иного) вмешательства в судопроизводство, с другой. Согласно господствующей в России механистической теории права (ее иногда называют «позитивистской», «легистской» и проч.), которая излагается в большинстве учебников по теории права, право/закон предстает как активное начало, устанавливающее правила поведения и санкции за их нарушение. В этой антропоморфической перспективе понимания права вопрос об ограничении усмотрения или вмешательства не возникает, поскольку право действует само по себе, только используя личность судьи. Усмотрение, с этой точки зрения, считается не совместимым с должностью судьи, который воспринимается в качестве «уст, которые произносят слова закона» (Ш.-Л. Монтескье), а внешнее вмешательство со стороны политического суверена не противоречит самой этой теории, которая сущность права видит в реализации воли суверена.

В ракурсе этой механистической теории судья призван решать дела исключительно на основании закона (унаследованное из советской юриспруденции учение о принципе/режиме законности). В то же время советский судья всегда должен был быть готов сделать исключения из юридических норм ввиду достижения высших ценностей и реализации первоочередных партийных и государственных задач, что, в частности, обусловило существование такого явления, как «телефонное право». В некоторой степени это положение дел остается актуальным и для российских судей.

Социалистическая идеология в правовой теории была постепенно замещена традиционализмом и консерватизмом, которые основаны на схожих коммуитаристских и патерналистских предпочтениях. Терминологически «интересы коммунистического строительства», «классовый интерес» и иные подобные децизионистские формулировки были заменены «конституционной идентичностью», «традиционными ценностями» и прочими вербальными конструкциями. Но сама противоречивая методологическая конструкция, заложенная еще в годы построения А.Я. Вышинским общей советской теории права (вторая половина 1930-х годов), остается той же — все дела должны быть разрешены согласно нормам закона, кроме тех дел, которые затрагивают «классовый интерес», «интересы государства и общества» или иные высшие начала.

Конечно, шмиттеанская проблематика правила и исключения из правила значима и для западных правопорядков. Но если там разрабатываются методологические приемы для установления «исключительных случаев» и правила их разрешения за пределами норм права, то отечественная юриспруденция преимущественно продолжает уповать на гармоничное сочетание правила и исключения в праве, которое за счет своей «системности» или иных приписываемых ему «закономерностей» будет способно провести такую гармонизацию. Упование на «закономерности права» и верность принципу законности, несомненно, удобны в плане освобождения правовой теории от ответственности за разработку проблематики правила и исключения в праве (а судей — от ответственности за разумность и этическое содержание принимаемых ими решений), но игнорирование теоретиками этой проблематики оставляет практикующих юристов без методологического инструментария в случаях, когда логика спорной ситуации требует от судьи или другого правоприменителя выхода за пределы нормы или отказа от ее применения в конкретном случае. Такая теоретическая беспомощность очевидна, например, в фактическом запрете в 1998 году Конституционным Судом РФ прямого действия Конституции¹.

Нетрудно заметить в России разрыв между целевой модельной ситуацией (судебной системой, обеспечивающей реализацию всех основных ценностей верховенства права, которые установлены в Конституции и законах) и реальной ситуацией с защитой субъективных прав, где судьи время от времени отстают от такой защиты ради правильно или превратно понимаемых общественных интересов либо ради защиты и расширения своих прерогатив. Провозглашенная в недрах бывшего

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П. См. удачную критику теоретической несостоятельности данного подхода в особом мнении Г.А. Гаджиева.

ВАС РФ «прецедентная революция» или сформировавшаяся в последнее десятилетие политика КС РФ по защите национальной самобытности и суверенитета от ЕСПЧ и других проводников глобализации являются показательными симптомами этой ситуации, но далеко не единственными. При этом самим судьям, несомненно, комфортно пользоваться механистической теорией, которая рисует судей «устаами закона» и тем самым снимает с них ответственность за обоснование решений. Здесь я не касаюсь вопросов коррупции, которые хоть и связаны с данным положением дел в правовой теории, но требуют иного отдельного исследования.

Наряду с объяснением этого положения дел через призму политического анализа, возможно искать причины этого положения также и в содержании юридического образования. Это образование не претерпело сколько-нибудь значительных изменений, сравнимых по масштабу с изменениями в нормативно-правовой основе российского правопорядка. Основные схемы объяснения прав и обязанностей, правового регулирования, толкования, применения права, отраслевого деления по содержанию остаются теми же, что и в советское время. Меняются, и иногда весьма значительно, производные от этих схем понятия и идеи, нормативно-правовой материал, институциональная структура правопорядка, равно как и терминологический аппарат юриспруденции — в немалой степени под влиянием трансплантации институтов и понятий зарубежного права. Но перенесение такого рода понятий и идей на методологически неподготовленную почву приводит российский правопорядок к значительным затруднениям, которые в конечном счете обнаруживают банальную неспособность связать концы с концами в области правовой теории — упомянутые выше антиглобализм КС РФ и прецедентное право ВАС РФ суть тому примеры.

Понятие «развитого правосознания», описывающее в учебных стандартах будущего юриста в качестве лица, наделенного правовой интуицией, основанной на опыте и моральных принципах, широко применяется в российской юридической науке и косвенно создает почву для разработки проблематики исключения из правила. Несомненно, содействие развитию подобного «правового сознания» является важным элементом юридического образования и профессиональной подготовки правоведов во всем мире, но оно должно быть сопряжено и разумно сбалансировано со знанием юридической техники и тренировкой аналитических навыков. С одной стороны, во многих случаях хорошая интуиция и здравый смысл, или «развитое правовое сознание», подводит юристов к результатам, которые они бы в ином случае

могли намного быстрее достичь за счет использования аналитических инструментов юридической науки. С другой стороны, даже основанные на хорошей интуиции догадки чаще приводят юристов к ошибкам и отклонениям от стандартов, чем если бы они руководствовались той или иной четко усвоенной методологией. В противном случае упование на «правосознание» может вылиться в произвол, подобный тому, что характеризовал советское право первых послереволюционных лет (после Декрета № 1 «О суде»). Если при разрешении сложных дел судьи, прокуроры, следователи и другие юристы в большей степени будут полагаться на свои интуитивные догадки по поводу «традиционных ценностей» или *rationes decidendi* постановления вышестоящего суда и не будут давать рационального обоснования своим решениям, это может ослабить уважение и доверие к правовой системе и подорвать стабильность правопорядка.

Описываемое положение дел и актуализация проблемы «правила и исключения» в российском правопорядке не являются случайными. На траектории переходного пути к новым видам социальной и экономической организации Россия сталкивается с проблемами, которые не всегда могут быть немедленно урегулированы законодательством, всегда и везде отстающим от социального развития. Ведь законодательные органы не могут предвидеть всех нюансов развития, и поэтому многое оставляется на усмотрение правоприменителей, тем более в эпохи значительных перемен. Также и эволюция транснациональных связей в современном глобализированном мире не позволяет национальному законодательству своевременно регулировать связанные с транснациональными правоотношениями вопросы, перенося нормирование ряда важных аспектов на уровень индивидуального судейского творчества (в кельзеновском смысле — как динамического раскрытия смысла общих норм в индивидуальных правоприменительных актах).

Еще одна трудность для правовой доктрины и практики в России связана с наличием определенного зазора между формальными положениями, закрепленными в рамках законодательных актов, и фактическими реалиями, с которыми юристам приходится иметь дело на практике. В начале 1990-х годов в России были приняты конституция западного образца и законы, ориентированные на рыночную экономику, предусматривающие большое количество правовых институтов, которые не были исторически частью российской правовой системы. Реализация таких актов на практике оказалась нелегким делом, что, впрочем, не остановило «инфляцию законодательства» и дальнейшую некритическую трансплантацию иностранных институтов и норм. Адекват-

ное применение новых норм и принципов требует соответствующих изменений в ментальности, образовании, правовой культуре и навыках практической работы юристов. Но соответствующие законодательные изменения и перенос нормативно-правовых массивов из западных правопорядков не сопровождались целенаправленными реформами и изменениями в юридическом образовании, что привело к диссонансу между нормами и практикой их истолкования и применения.

Проблема совместимости между первоначальной («донорской») правовой системой, из которой пересаживаются нормы, и правовой системой, которая является получателем («реципиентом») пересаживаемых норм, хорошо известна в сравнительном правоведении. В качестве неудачного примера часто цитируется случай трансплантации институтов частного права из западных правопорядков в право Японии в конце XIX века. Можно привести множество других примеров. В том числе и пример постсоветской России, как и других бывших стран СССР, в очередной раз продемонстрировал, что любая трансплантация может быть успешной только тогда, когда она является частью более широкой стратегии создания соответствующих культурных и институциональных сред, которые подготавливают постепенное изменение юридической ментальности.

Исторически сложилось, что профессиональное юридическое образование никогда не было в центре внимания основных политических акторов на территориях, которые когда-то входили в состав Российской империи (а позже СССР). В позитивистской традиции правового мышления XIX века (*Rechtswissenschaft*), которое сформировало методологическую парадигму современной отечественной правовой теории, общее представление заключалось в том, что после окончания вуза юрист получает способность толковать законы и выявлять в этих законах волю законодателя, выражая в своем суждении об этой воле смысл, сокрытый в словах законов. С этой механической точки зрения задача юриста заключалась в подведении фактических ситуаций под выявленную волю законодателя и, таким образом, к дедуктивному решению дела.

Эта система идей представляла собой основу для развития юридической науки в Российской империи, впоследствии она была унаследована советской и постсоветской юридической наукой. Хорошо известно, что большая часть теоретических потуг А.Я. Вышинского и его сотоварищей в конце 1930-х заключалась в согласовании энциклопедических статей дореволюционных российских правоведов с постулатами марксизма-ленинизма и в построении на этой основе новой социалисти-

ческой теории права. Как ни парадоксально, эта методика повлекла устранение из теоретической юриспруденции собственно марксистских элементов – таких как диалектика экономического базиса и нормативной надстройки, идеологическая природа права, классовый интерес, выветривание права в социалистическом обществе и проч., – на которых настаивали Е.Б. Пашуканис, П.И. Стучка и другие марксистские теоретики. Через призму этого упрощенного формалистского понимания права, принятого в качестве аксиомы в советской юриспруденции после Вышинского, воля суверена считалась регулирующей все существующие и будущие возможные ситуации. Это подразумевало, что суверен уже сделал необходимые ценностные предпочтения, взвесил социальную целесообразность законодательных актов, определил цели и принципы применения права. Так что применение законов, с одной стороны, мыслилось технической деятельностью, сводимой к буквальной реконструкции этой суверенной воли, основанной на словах законодательных актов. Но, с другой стороны, законодательные органы советского государства не претендовали на всеобъемлющую формулировку суверенной воли (воли господствующего класса), и тут юристам приходилось принимать во внимание иные, иногда гораздо более значимые фактические источники формирования этой воли – партийные указы и программы, неформальные и полуформальные инструкции от субъектов политической власти, и т.п.

С одной стороны, подобный интерпретационный подход предполагал, что юристы должны придерживаться «воли суверена», избегая дискуссии о социальных целях, ценностях и значении правового регулирования для общества. Если юрист и должен был чему-нибудь научиться в вузе, то тому, как понять волю законодателя (суверена) или, другими словами, волю субъектов политической власти. С другой стороны, принцип законности имел свои практические границы, поскольку право и закон в советских реалиях были лишь второстепенными по значимости регуляторами, которые применялись тогда, когда не было отменявших их действие норм или обстоятельств – решений парткома, съезда партии, директив политических лидеров, «кодекса строителя коммунизма» и проч.

Как показано выше, принцип (режим) законности представлял для судьи достаточно безопасную стратегию, что объясняется в том числе практическими соображениями. Формально судья может быть наказан за неприменение правовых норм, даже если это неприменение было бы морально и логически оправданным. Например, применение таких нормативно-правовых актов, как известный сталинский закон

«о трех колосках», который грозил смертной казнь тем, кто спасался от голодной смерти, подбирая неубранные остатки урожая на полях. В российском правовом порядке не была развита идея ответственности для судьи, который неумолимо и буквально применяет правовую норму, даже если это приводит к несправедливым результатам, — то есть та проблематика, которая послужила причиной теоретических дискуссий в послевоенной Германии касательно «законного неправа и надзаконного права» (Густав Радбрух).

Преобладающее понимание функции судьи в современной мировой юридической науке сводится к тому, что от судей в первую очередь ожидаются 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 поддержания законности и порядка. Вынесение судебного решения предполагает способность 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.

Такой анализ является средством построения иерархии приоритетности аргументов и рационализации дискуссии о результатах конкретного дела в свете широкого социального контекста, в котором существуют применимые правовые нормы. Понимание более широкого социального контекста правового регулирования при толковании права (закона) позволяет увидеть, что законы исходят не только из усмотрения суверена и что они также основаны на общественных ожиданиях, динамике культурного развития общества и на долгосрочной государственной политике. Верность верховенству права не означает, что судьи должны уважать только текст законов и закрывать глаза на другие, неюридические соображения при применении этих законов.

Сама по себе проблематика законности в том виде, который она получила в советской и современной российской юриспруденции, уже достаточно давно выглядит анахронизмом в западной юриспруденции. В XX веке это механистическое убеждение о праве и о функции юристов в обществе было разрушено в западных правовых теориях и в правовой науке были сформированы новые, более тонкие, подходы, в том числе новая позитивистская традиция (Ганс Кельзен, Герберт Л. Харт и другие). Эти подходы актуализировали необходимость выявления и понимания социальных практик и стандартов, которые могут, при

некоторых условиях, дать судьям инструменты для выхода за буквальный смысл правовых норм, чтобы сбалансировать противоречивые толкования, урегулировать возможные конфликты между частными и общественными интересами, между волеустановленным правом и такими ценностями, как разумность и справедливость. К этому добавился комплекс проблем, связанных с ростом международного и транснационального права, правами человека, надзаконными стандартами действительности (юридической силы) правовых норм, деятельностью наднациональных юрисдикций, проблемами неконституционности законов, возможностью отмены правовых норм в судах и так далее.

Это развитие идей лишь незначительно повлияло на советскую и постсоветские системы юридического образования (в России и других странах бывшего СССР). Эти системы были и до сих пор в значительной степени основаны на вышеупомянутых заповедях первого позитивизма, понимавшего судью лишь в качестве глашатая суверенной воли государства, а всех остальных юристов – в качестве интерпретаторов этой воли. Эта точка зрения предполагала, что профессиональная подготовка юристов должна быть сведена к выполнению двух задач: получение знаний о новых законодательных актах и изучение того, в чем именно заключались политическая воля и идеология, стоящие за этими актами. В рамках решения первой из названных задач обучение в российских юридических вузах до настоящего времени сосредоточено на передаче знаний о законодательном регулировании и на авторитетных толкованиях, данных высшими судебными инстанциями. В рамках второй задачи к «проблематике исключения» будущего юриста в советских вузах косвенно готовили при помощи курсов диамата, истории КПСС или ВКП (б) и прочих идеологических дисциплин.

В реалиях советской эпохи эта информация была полезной для юристов, по крайней мере, с точки зрения их институционального выживания и лучшей адаптации к преобладающим идеологическим тенденциям. Но тот факт, что эта философия юридической подготовки осталась нетронутой в правовой системе России после распада СССР, играет свою роль в создании сложностей для развития правового государства и укрепления верховенства права. Юридическое образование в России преимущественно все еще сводится к изучению законодательных актов, наряду с набором банальных идеологических «истин» в рамках теории государства и права и конституционного права, а не к формированию юриста как личности, наделенной высоким уровнем юридических умений и компетенций – личности, способной толковать юридические тексты в их связи с социальной и культурной средой.

Юридическое образование по-прежнему основано преимущественно на формалистском анализе положений действующего права. Анализ судебных решений играет вспомогательную роль и используется скорее для подтверждения тех или иных доктринальных воззрений, а курсы по юридической технике и методологии юридического познания если и включены в учебные программы юридических вузов, то являются скучными и неубедительными. Нередко правовые норы воспринимаются механистически – как нечто, что нужно обязательно процитировать в жалобе или решении («мотивировочная часть»). Такое цитирование, как правило, делается без понимания сложной взаимосвязи между текстами, заключенным в них значениями (нормами), квалифицируемыми через нормы поведенческими актами участников спора и волевыми решениями судей. Это касается в первую очередь самих судебных актов, где отсылки к правовым нормам часто логически не увязываются с обстоятельствами дела и приводятся скорее как формальность («из нормы такой-то следует..., согласно такому-то закону установлено..., такая-то статья кодекса требует...»), без логической связки с решением о распределении прав и обязанностей по конкретному судебному спору.

Одним из недостатков такого «стиля права» (термин компаративистов К. Цвайгерта и Г. Кётца) является то, что он не признает необходимость обучения будущих юристов навыкам чтения и письма – познавать и раскрывать пресловутую волю законодателя в рамках разбираемой парадигмы можно и помимо текстов. Довольно очевидно, что любое произведение, любой текст после своего написания существует (если обладание значением можно рассматривать в категориях бытия применительно к тексту) независимо от автора, так что этому тексту может быть присвоено любое значение – опять-таки независимо от направленности воли и сознания его автора. С прагматической точки зрения улавливание политических тенденций, политический оппортунизм оказывается гораздо более эффективным и надежным путем к пониманию «воли законодателя» (политического суверена), чем аналитический разбор изданных этим сувереном текстов.

К этой проблеме добавляется еще и недостаточная аналитическая подготовка абитуриентов. Начальное и среднее образование в основных странах гражданского права (Франция, Германия, Италия и т.д.) обычно понималось как передача гуманитарных навыков, необходимых для дальнейшего высшего образования. Именно поэтому наличие умения анализировать и комментировать текст, а также излагать свои мысли в письменной форме обычно ожидалось от поступающих в университеты и служило основной базой для анализа казусов и текстов

в юридических вузах. Аналогичная методика являлась частью советской концепции среднего образования, довольно значительная часть которого состояла в обучении анализировать и писать тексты. Такое содержание советской системы начального образования было в состоянии обеспечить не только грамотность, но и сравнительно высокий уровень культуры текстуального анализа и навыков письма. Это означало, что школьники учились понимать явные и скрытые сообщения, заложенные в литературных текстах, чтобы обсуждать их, планировать структуру своих письменных заданий, писать сочинения и мнения по поводу проанализированных вопросов. Это создавало базу для дальнейшего изучения навыков работы с текстами, что составляет основной момент в работе юристов.

В классической советской системе образования целый ряд дисциплин в высших учебных заведениях был предназначен для обучения первокурсников основным навыкам теоретического мышления. Такие дисциплины, как марксистская диалектика, философия, логика, политическая экономия, наряду с их главной идеологической функцией, также выполняли дополнительную функцию обучения абстрактному мышлению, даже если оно не было независимым и критическим. После упразднения советской власти большая часть общегуманитарных дисциплин была исключена из учебных программ российских юридических вузов. Примечательно, что в юридическом образовании переход к формату четырехлетнего образования в рамках бакалавриата (вместо пяти лет специального высшего образования) был осуществлен в основном путем вычеркивания из учебных программ общих дисциплин (философии, логики, социологии, истории политучений и т.д.), либо решительного сокращения часов на такие общеметодологические дисциплины, как теория государства и права. Студенты российских юридических вузов преимущественно учатся работать с «проблематикой следования правилам» — знанию норм права и практики их применения, но в подавляющем большинстве не имеют понятия о том, что есть и «проблематика исключения из правил», не говоря уже о методологических подходах к этой проблематике. Эту проблематику обычно исследуют общетеоретические дисциплины или же сопредельные социальные науки (социология, философия, политология и проч.), на изучение которых студентам-юристам, как правило, не остается времени в программах учебных курсов.

На личном опыте работы со студентами приходится убеждаться, что в постсоветский период начальное и среднее образование постепенно деградирует в том, что касается культуры письменной речи. Крити-

ческий анализ текстов больше не преподается в начальных и средних школах в достаточных объемах, а экзаменационные испытания (ЕГЭ) фокусируются на заучивании «правильных ответов», а не на их нахождении в текстах, что предсказуемо разрушает культуру свободного, критического мышления. Это может не иметь значения для тех, кто впоследствии будет специализироваться в точных науках и других областях, но и для студентов-юристов такое положение дел существенно затрудняет работу с юридическими текстами после поступления в юридические вузы. Примечательна в этой связи неграмотность студентов, многие из которых не только не в состоянии писать без серьезных ошибок в грамматике, орфографии, пунктуации и т.д., но также не способны излагать своих мысли в последовательной и понятной форме как в устной, так и в письменной речи. Возможно, это проблема не только и не столько системы школьного образования, и что она в большей степени связана с дигитализацией, с новыми стандартами общения через социальные сети, чаты, sms и прочие средства коммуникации, для которых правильный язык и корректные формулировки уже не являются необходимыми: в некотором смысле использование правильного языка и связное изложение мысли в таких коммуникационных пространствах рассматриваются в качестве аномалии.

Поскольку основным инструментом работы юристов является устный и письменный язык, эта ситуация означает, что юристы не могут адекватно использовать свой основной инструмент как в годы обучения, так и после получения диплома. Это может быть одной из причин неудовлетворительного отправления правосудия в российских судах, поскольку с таким образованием судьи не в состоянии обеспечить последовательную и убедительную аргументацию своим решениям. Не секрет, что многие решения российских судов наполнены ошибками – как логическими, так и лингвистическими, не говоря уже о повальном использовании техники *copy-paste* (выдергивание формулировок из чужих решений) – которые хоть и могут объясняться чрезмерной нагрузкой на судебную систему, но неизменно понижают ее и так невысокий авторитет.

С точки зрения преобладающей формалистской концепции разделения власти, принимаемой многими российскими конституционалистами, судьи должны быть ограничены и контролируемы в их интерпретации юридических текстов. Другими словами, они должны воздерживаться от любой критики законодательных норм или от замены их своими собственными правилами, которые могли бы подорвать верховенство права. Этот экзегетический подход, некогда

имевший большое влияние и в Западной Европе до первых десятилетий XX века, в настоящее время выглядит как анахронизм. Общеизвестно, что смысл текста законодательного акта может меняться с течением времени и что суды и другие государственные органы могут не согласиться со смыслом слов, используемых в законе, так что выявление смысла правовой нормы потребует обращения к внеюридическим аргументам и рассуждениям¹.

Как бы ни была хороша идея контроля за тем, как судьи используют свое 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. Для того чтобы эффективно связывать знания о законодательных актах и об их применении, юристы должны учиться тому, как правильно использовать эти знания в процессе принятия решений, интерпретации правовых текстов, обоснования решений и объяснения выбора, который юристы делают в сложных делах в пользу одной из конкурирующих норм или даже против норм в пользу принципов. Из-за многочисленных концепций блага, существующих в каждом обществе, и из-за существования моральных разногласий пытаться прийти к правильному ответу можно, не выводя его из только одной системы ценностей или смыслов, замкнутой в себе, а следуя определенным правилам процедуры (логики, аргументации, риторики), которые делают правовое обоснование рациональным. Несмотря на предрассудки архаического формализма, право не является полным и согласованным набором правил и принципов, так что даже в очень хорошо технически развитых правовых системах обычными фактами юридической практики являются ситуации пробелов в праве или коллизии между правовыми нормами.

Незрелый тип юридической техники характеризуется таким способом составления решения, когда судья перечисляет все, что было заявлено сторонами (либо стороной, в чью пользу вынесено решение), перечисляет доказательства, цитирует пункты законов и провозглашает решение, не объясняя, как это решение связано с интерпретациями закона и представленными доказательствами, и не акцентируя момент своего личного выбора между противоречащими друг другу доводами и доказательствами. Конечно, судьи могут опустить из представленных аргументов или доказательств то, что они считают неважным, не останавливаясь на излишних или не имеющих отношения

¹ Это описание не должно восприниматься как предположение о том, что юридический формализм отсутствует в современной западной юриспруденции.

к делу основаниях, предоставленных тяжущимися, но причины для этого редко когда оказываются упомянутыми в решениях. В отличие от такой формалистской юридической техники, механизм обоснования допускает неоднозначность слов и различие ценностей, оставляя место для дискуссий и содействуя урегулированию конфликтов в обществе через отсылку к общей рамке смыслов и ценностей, что сплачивает социальное общение.

Структура субсумации (юридического силлогизма) устанавливает требования к процессу юридического мышления и может быть описана через правила дедуктивной логики. Однако в юридической аргументации обоснования через доводы о рациональности принимаемого решения могут быть дополнительно применены для того, чтобы при субсумации определить посылки, имеющие 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. Юридические вузы могли бы восполнить этот дефицит языковой культуры через соответствующие коррективы в учебных программах. Наличие этих навыков является необходимым условием для нормального юридического образования, и если студенты не обладают ими, они вряд ли получат хорошие знания о праве. Одним из решений этой проблемы могло бы стать установление жестких критериев для вступительных экзаменов, требующих от поступающих на юридические факультеты показать способность работать с текстами.

До недавнего времени российская юриспруденция и правовые доктрины других постсоветских правопорядков не обращали особого внимания на средства аналитической юридической техники, оценивая качество судебных решений и иных правовых актов не с точки зрения убедительности рассуждений автора юридического документа, а скорее рассматривая его на фоне достижения явных или неявных политических целей законодательного регулирования (в том числе и пресловутой «палочной системы»). В перспективе строгого юридического формализма 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 отменности правовых норм). Такого рода самостоятельность в принятии решений, согласно этой логике, внесла бы несправедливость в правовую систему.

Механистический взгляд на процесс правоприменения логически подразумевает отсутствие внимания к судебной практике. Если юрист способен установить волю законодателя непосредственно, схватывая законодательное намерение или буквальный смысл закона и применяя это намерение или смысл к разбираемому им казусу, по идее такому юристу не нужно будет обращать внимание на акты толкования, созданные другими участниками правопорядка (судьями и другими юристами). Нередко утверждения о возможности судей создавать правила, обязательные для других судей, порицаются со ссылкой на принцип разделения властей и на идею о том, что правовые системы, входящие в семью континентального права, не могут применять судебный прецедент в качестве источника права (к примеру, полемика в 2010 г. между Ю.К. Толстым и А.А. Ивановым по поводу прецедента в российском праве). Сквозь призму такого формалистского подхода, например, та или иная цитата или ссылка на другое судебное решение может потенциально послужить поводом для обращения в вышестоящие инстанции на том основании, что судья обосновал свое решение на источнике права (другом судебном решении, вынесенном не высшим юрисдикционным органом), который не признается действующим законодательством. В этой связи некоторые судьи, особенно общей юрисдикции, стараются воздерживаться от включения в свои решения ссылок на практику других судов, за исключением цитат из постановлений ВС РФ, КС РФ и бывшего ВАС РФ.

Некоторые важные признаки движения в сторону преподавания права судебной практики можно заметить в ряде юридических вузов, где учебные курсы включают в себя анализ судебных решений, проводятся учебные судебные процессы, студенты проходят тренинги (*case studies*) по разрешению смоделированных дел. Вместе с тем преподавание судебной практики по-прежнему ограничивается привитием студентам знания норм позитивного права и, кроме того, авторитетных толкований этого права, включая те теоретические позиции, которые разделяет составляющий задания преподаватель. Такой подход упускает основную цель изучения судебной практики, исторически сложившуюся в Англии и других странах, относящихся к общему праву. Эта цель сводится к формированию культуры мышления и обоснования на основе техники определения значимых обстоятельств дела, аргументации, базирующейся на фактах и принципах, на освоении приемов юридической аналогии, категоризации и других инструментах правовой логики. Начиная с середины XX века подобное понимание важности использования судебной практики в образовании одержи-

вает верх и в ведущих юридических вузах стран романо-германского права, проявляясь в таких важных аспектах, как правовое обоснование¹ и толкование права.

На пути преподавания аналитических методов в российских юридических вузах есть некоторые теоретические трудности, которые отчасти связаны с кратко описанной выше концепцией законности, которая должна пронизывать всю деятельность всех органов и, согласно некоторым интерпретациям, также и все важные аспекты личной жизни. Такой подход предполагает, что право представляет собой совокупность независимых директив, не оставляющих места для свободных интерпретаций. Другими словами, может быть только одно правильное толкование правовой нормы – то, которое открывает волю суверена, императивно устанавливающего эту волю в законах и других правовых актах. Предполагается, что эта воля будет контролировать все общественные отношения, так что последовательность, убедительность и другие аргументативные характеристики правового акта (решения, постановления и т.п.) не учитываются при оценке правильности интерпретации этой воли. Достаточно, чтобы судья установил суверенную волю (нередко понимаемую в смысле воли отдельно взятого субъекта власти) и разрешил дело, основываясь на ней, независимо от того, какое обоснование судья дает этому решению и насколько последовательной является его аргументация о выбранном им варианте решения судебного спора и о выборе применимых норм, которые легитимируют судебное решение.

Формалистское видение права, широко представленное в юридической науке и практике России, демонстрирует свою недостаточность, когда судьи решают дела, не задумываясь о социальных последствиях или о целях применяемых ими правовых норм, приходя к парадоксальным, хотя формально правильным решениям. Отказ от обращения к целям правовых норм, к общей политике, лежащей в основе правового порядка, либо к неюридическим ценностям не означает, что юрист в действительности отбрасывает эти измерения и придерживается строгого буквального значения соответствующего юридического текста. В большинстве случаев юристы, следуя этой формалистской стратегии, скрывают свои субъективные мнения или стратегии, усмотрение и выбор между вариантами толкования под такими общими формули-

¹ Правовое обоснование можно понимать как совокупность интеллектуальных процессов, посредством которых судьи приходят к определенным выводам при решении дела, или, другими словами, как искусство мышления, основанное на конкретных методах юридической логики, таких как различение, категоризация (посредством прецедента или аналогии), применение правил формальной логики и другие методы.

ровками, как «из закона вытекает, что ...» и так далее, без предоставления каких-либо рациональных объяснений, почему они видят смысл закона таким образом и не согласны с противоположной интерпретацией. Во многих случаях юристы просто не хотят нарушать «сон разума» и задумываться о множестве смыслов, которые могут раскрыть слова закона при помощи их внимательного герменевтического истолкования.

Довольно много теоретиков из стран романо-германского права соглашались с тем, что правовые нормы создаются только в ходе судебного истолкования и не имеют установленного смысла до вынесения соответствующих судебных актов или актов правоприменения (например, Ганс Кельзен, Риккардо Гуастини, Мишель Тропер). Вне зависимости от этих теоретических тонкостей, очевидным фактом является то, что большинство судей учитывает мнение вышестоящих инстанций под риском того, что в противном случае их решение будет отменено в этих инстанциях. Не существует непреодолимой концептуальной пропасти между идеей о том, что судьи могут до-создавать (*Rechtsfortbildung* в немецкой правовой доктрине) правовые нормы (то, что Кельзен и другие теоретики называют «индивидуальными правовыми нормами»), и идеей о том, что судья должен соблюдать закон и уважать волю законодателя («общие правовые нормы») при вынесении решений путем применения этих общих правил к конкретным делам.

Дискуссия о нормативном значении судебной практики не обязательно означает спор о судебном прецеденте, который в системах общего права имеет некоторые специфические особенности, делающие его отличным от судебного нормотворчества в странах романо-германского права¹. Тот факт, что судьи применяют одни и те же законы, может оправдать внимание к судебной практике и ее использованию при мотивировке судебных решений, направленное на конкретизацию этих законов в различных типичных социальных ситуациях, и может предоставить хороший аргумент в пользу уважения к актам толкования, сделанным другими судьями. Тем не менее принятие этого подхода поднимет вопросы об обучении юристов тому, как применять технику разграничения и как правильно проводить аналогии между обстоятельствами предыдущих актов толкования и обстоятельствами рассматриваемого дела.

¹ Тот факт, что судья с уважением относится и принимает во внимание судебные акты других судей и сформулированные в этих решениях акты толкования права, не означает того, что такие судебные акты и интерпретации наделяются нормативной (обязывающей) силой, что является главной характерной чертой прецедентного права в Англии и в других странах общего права.

Кроме того, судьи и другие субъекты правовой системы довольно часто сталкиваются с пробелами в законодательстве при выполнении своих функций. Господствующая теория предполагает, что в целях преодоления пробелов в законодательстве (отсутствие применимой правовой нормы), можно обращаться к двум интеллектуальным операциям: аналогии права и аналогии закона. Первая из них не является логической операцией аналогии и сводится к применению правовых принципов для создания индивидуальной правовой нормы в ситуации пробела. Аналогия закона имеет дело с проведением логической аналогии между двумя общими ситуациями: одна из которых регулируется правовыми нормами, а другая не регулируется; устанавливая аналогию между этими двумя ситуациями, юрист может применить правило, предназначенное для первой ситуации, чтобы принять решение по второй ситуации.

Проведение такой интеллектуальной операции требует развитых аналитических навыков, поскольку подобие двух ситуаций никогда не бывает абсолютным. Поэтому перед восполнением пробела путем применения правовой нормы, регулирующей другую ситуацию, юрист должен сравнить логические свойства обеих ситуаций и сделать логически обоснованный вывод о степени сходства. Практика российских судов показывает, что, когда суды решают восполнить пробел путем применения правовой нормы, регулирующей одну родовую ситуацию, к другой ситуации (в рамках аналогии закона), обращение к аналогии обычно принимает форму провозглашения, что одна конфликтная ситуация ничем не отличается от другой ситуации, правовое регулирование которой недвусмысленно сконструировано в действующем праве, поэтому эта норма будет подходить для первой ситуации. Типичное короткое основание, приводимое судами в таких случаях, сводится к тому, что «эти правовые отношения имеют схожую/аналогичную природу», без обращения к подробному объяснению.

Использование такой пояснительной схемы аналогично той интуиции, при помощи которой российские судьи толкуют законы. Как правило, применяя «анalogию закона» для устранения в нем пробелов, судьи не выходят за рамки интуитивного суждения о сходстве двух общественных отношений, что делает их решения более уязвимыми для логических и юридических ошибок, чем решения, основанные на рациональной аргументации о возможности и логической обоснованности аналогии. Это упрощением чревато юридическими ошибками, поскольку судьи учатся невнимательно рассматривать сходства и различия между признаками двух сравниваемых ситуаций. На самом деле

в подобных случаях получается, что судьи прибегают не к аналогии, а к логической операции отождествления двух ситуаций (которая пренебрегает различиями и классифицирует два объекта как то же самое); ведь операция аналогии по определению, предполагает различия существенных свойств сравниваемых предметов.

В российской правовой теории обычно не проводится важное различие между различными вариантами аналогии, которая может варьироваться в зависимости от силы: от близких аналогий, когда родовые ситуации совпадают по основным ключевым признакам (в судебной практике это происходит очень редко) и когда, следовательно, аналогия подводит сильную аргументацию под решение судьи; и до более отдаленных аналогий, когда есть лишь частичное совпадение сравниваемых ситуаций и их существенных признаков, так что здесь аналогия слабо поддерживает решение, требуя от судьи обеспечения более существенного и глубокого обоснования применения конкретной правовой нормой в случае пробела. Юристы обычно имеют дело с последним вариантом, поскольку никакие два дела не могут быть таковыми, где все факты имеют одинаковые свойства и признаки. Аналогия нередко служит для устранения неопределенности, вытекающей из несовершенства законодательства, которое может содержать фрагментированные и бессвязные правила.

Выше были рассмотрены некоторые общетеоретические и методологические проблемы развития отечественного правоведения, которые мне кажутся значимыми для развития юридического образования и для улучшения качества судопроизводства в России. Перечень этих проблем, конечно, не претендует на то, чтобы быть исчерпывающим. Публикуя данную работу, автор надеется, что она будет содействовать дальнейшему обсуждению путей и перспектив реформирования юридического образования в России.